



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación Interna: 110010306000201500152 00

Número Único: 2268

Referencia: Contratación directa. Dirección Nacional de Inteligencia

La Dirección Nacional de Inteligencia consulta a la Sala acerca de la posibilidad jurídica de contratar de forma directa y reservada los bienes, obras y servicios que requiere para el cumplimiento de sus funciones.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, la Dirección Nacional de Inteligencia presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Las actividades de inteligencia y contrainteligencia, las cuales están reguladas por la Ley Estatutaria 1621 de 2013, tienen entre sus propósitos recolectar, procesar, analizar y difundir información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir las amenazas internas o externas contra el régimen democrático, constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional. Asimismo, estas actividades se desarrollan para salvaguardar el orden y la paz mundial.
2. En virtud de la Ley estatutaria 1621 de 2013, el control a la gestión y las actividades desarrolladas por los organismos de inteligencia y contrainteligencia se encuentran a cargo de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia (control político), la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Inspector General de la entidad y el Presidente de la República.
3. A las mencionadas autoridades no se les puede oponer el carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia en aquellos casos en que estos sean solicitados para el ejercicio de sus funciones y no se ponga en riesgo

la seguridad ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, las fuentes o los métodos.

4. La Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012 señaló el deber que tienen los organismos de inteligencia y contrainteligencia de proteger la identidad de sus funcionarios.

5. El artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 establece el carácter reservado de los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, por un periodo máximo de 30 años.

6. La Dirección Nacional de Inteligencia, Departamento Administrativo creado a través del Decreto 4179 de 2011, adquiere bienes, obras y servicios por medio de la celebración de contratos estatales, los cuales están sujetos a las Leyes 80 de 1993, 1097 de 2006, 1150 de 2007, 1219 de 2008, 1474 de 2011 y 1753 de 2015 y al Decreto Ley 019 de 2012.

7. La contratación con cargo a gastos reservados está sometida a la Ley 1097 de 2006, la cual en su artículo 1º define dichos gastos en los siguientes términos:

“Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.

Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia.

Se podrán realizar gastos reservados para la protección de servidores públicos vinculados a actividades de inteligencia, contrainteligencia y sus familias.

Los gastos reservados podrán realizarse dentro y fuera del país y se ejecutarán a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados”.

8. Por su parte, el artículo 1º de la Ley 1219 de 2008 estableció:

“Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006, “por la cual se regulan los gastos reservados”, o las normas que la modifiquen o complementen.”

9. Si un bien o servicio que se pretende adquirir se enmarca dentro de la definición contenida en el artículo 1º de la Ley 1097 de 2006, debe aplicarse el procedimiento señalado a partir del artículo 3º de la Ley 1219 de 2008.

10. Gran parte de la contratación de la Dirección Nacional de Inteligencia recae sobre bienes y servicios necesarios para el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia que requieren reserva para su adquisición, y los cuales no se encuentran amparados bajo el cargo a gastos reservados.

11. El literal j) del numeral 4º del artículo 2º la Ley 1150 de 2007, el cual fue adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 establece que es posible contratar de forma directa “la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición”.

12. Esta norma debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, a través del cual se señaló:

“Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas.

Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición: (...)”

13. La Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente y de forma parcial el señalado artículo 78. Así, en auto del 27 de junio de 2014 indicó:

“En consecuencia, procede el Despacho a precisar el alcance de la suspensión provisional adoptada de manera parcial en relación con el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 (sic), para cuyo propósito se advierte que los bienes, obras o servicios que requieren reserva para su adquisición serán los que en esos términos y de manera expresa cuenten con el respectivo amparo legal, pues de lo contrario no podrá predicarse de los mismos condición reservada alguna”.

14. La decisión proferida por el Consejo de Estado ha generado dificultades dentro de la entidad en atención a que existen bienes, obras y servicios que no se encuentran bajo el amparo de la contratación con cargo a los gastos reservados, pero que son indispensables para cumplir las funciones de la Dirección Nacional de Inteligencia.

En otras palabras, se trata de bienes y servicios “de medio a fin” esenciales para llevar a cabo las labores directas y colaterales de inteligencia estratégica y contrainteligencia que tiene a su cargo la Dirección. Como ejemplos se pueden mencionar la contratación de: i) equipos o elementos técnicos para la recolección de información de inteligencia y contrainteligencia, ii) software con capacidad para identificar y suministrar información sobre los sitios web utilizados o frecuentados

por grupos terroristas, iii) personal internacionalmente calificado para capacitar y entrenar personal de inteligencia, iv) consultorías, interventorías u obras públicas cuyo objeto consista en la construcción de una edificación en donde ha de funcionar el organismo de inteligencia y contrainteligencia, en la que habría que publicar los estudios contentivos de las capacidades técnicas, infraestructura tecnológica a instalar, lugares estratégicos y logística, vi) exámenes médicos y de laboratorios de los servidores públicos del organismo, vii) software y Hayward necesarios para almacenar, custodiar, proteger y procesar información de inteligencia y contrainteligencia, viii) bienes y servicios asociados a la gestión, custodia y mantenimiento de archivos de inteligencia y contrainteligencia, ix) estudios de credibilidad y confiabilidad para el ingreso, permanencia y retiro de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, y x) el mantenimiento de la infraestructura física y tecnológica de los organismos de inteligencia y contrainteligencia.

15. Publicitar la adquisición de este tipo de bienes y servicios permitiría que su contratación sea conocida, por ejemplo, por grupos armados al margen de la ley lo cual les permitiría tomar acciones para neutralizar las actividades de inteligencia o contrainteligencia que motivaron la contratación de dichos bienes y servicios.

16. El carácter reservado de estos bienes y servicios es necesario para preservar el orden público y proteger bienes jurídicos superiores a la publicidad, tales como la vida, la integridad personal de los ciudadanos, la libertad, la paz, la soberanía y la seguridad nacional.

Con fundamento en lo anterior, la Dirección Nacional de Inteligencia formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. Al amparo de la reserva legal contenida en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, en especial en el artículo 33 ídem, y leyendo esta norma en concordancia con el recientemente expedido artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 ¿La Dirección Nacional de Inteligencia se encuentra legalmente facultada para contratar directamente y bajo condiciones reservadas, los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de "gastos reservados" se constituyen como elementos técnicos y/o se requieren como instrumentos de "medio a fin" para el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia del Estado?

2. Si la anterior respuesta es negativa, entonces ¿Cuál es la contratación reservada a que se refieren los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007?

3. Teniendo en cuenta que los artículos 18, 22, 34, 35, 39, 40 y 41 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 se ordena la reserva para los asuntos allí relacionados, ¿pueden leerse dichos artículos en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015, para contratar directamente y bajo condiciones reservadas los

bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de “gastos reservados”, se requieran para los propósitos señalados en los artículos que se enuncian en el presente numeral?

4. Teniendo en cuenta lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el auto de suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 (Exp. 110010326000201400035 00 (50.222). M.P. Mauricio Fajardo Gómez) ¿los operadores jurídicos pueden o no hacer uso de la contratación directa reservada autorizada por los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007? Si la respuesta es negativa, ¿Se está en presencia de una norma jurídica vigente que no puede ser aplicada?

5. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, los “documentos del proceso” que sirven de soporte a los procesos de contratación que se adelantan para adquirir los bienes y servicios descritos en la presente consulta, no cobijados por el régimen de “gastos reservados” ¿tendrían que publicarse en el SECOP?

II. CONSIDERACIONES

a. La contratación directa por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia

A través del Decreto 4179 de 2011 se creó la Dirección Nacional de Inteligencia bajo la naturaleza de Departamento Administrativo. Esta entidad tiene como propósito desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia para proteger los derechos de los ciudadanos residentes del país, así como también prevenir y contrarrestar amenazas internas y externas en contra del régimen democrático, el orden constitucional y legal y la seguridad y la defensa nacional. Igualmente, la Dirección cumple con los requerimientos que en materia de inteligencia le solicite el Presidente de la República y el Alto gobierno para alcanzar los fines esenciales del Estado¹.

Para la contratación de bienes y servicios, la Dirección Nacional de Inteligencia puede acudir al régimen especial de gastos reservados² dispuesto en las Leyes

¹ “La Dirección Nacional de Inteligencia tendrá como objeto desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y de las personas residentes en Colombia, prevenir y contrarrestar amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el orden constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, así como cumplir con los requerimientos que en materia de inteligencia le hagan el Presidente de la República y el Alto Gobierno para el logro de los fines esenciales del Estado, de conformidad con la ley”. Artículo 2º.

² “Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.

1097 de 2006³ y 1219 de 2008⁴, así como también a la regulación general de contratación estatal establecida en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Frente a la aplicación de uno u otro régimen, debe tomarse en consideración el artículo 1º de la Ley 1219 de 2008, el cual dispone:

*"Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006, "por la cual se regulan los gastos reservados", o las normas que la modifiquen o complementen."*⁵

Además, debe tenerse en cuenta el literal j) del referido numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual fue adicionado por la Ley 1753 de 2015, y que señala como una de las causales que permiten la contratación directa:

*"j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición"*⁶.

De acuerdo con estas normas, es claro que la Dirección Nacional de Inteligencia puede acudir al procedimiento de contratación directa⁷, y de manera reservada, cuando se trate de compras públicas cuyo objeto deba tener carácter confidencial.

Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia.

Se podrán realizar gastos reservados para la protección de servidores públicos vinculados a actividades de inteligencia, contrainteligencia y sus familias.

Los gastos reservados podrán realizarse dentro y fuera del país y se ejecutarán a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados." Artículo 1º. "Quedan autorizados para ejecutar gastos reservados, todos los organismos del Estado que realicen actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes y en general todos aquellos que realicen actividades descritas como gastos reservados en el artículo 1º de esta ley". Artículo 2º.

³ "Por el cual se regulan los gastos reservados".

⁴ "Por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados".

⁵ Artículo 1º. El numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 establece: "La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS*, que necesiten reserva para su adquisición".

⁶ Literal adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015.

La jurisprudencia de esta Corporación, ya se ha pronunciado sobre la importancia que tiene para el Estado acudir, en los casos reglados por la ley, a esta forma de contratación, como también la autoridad encargada de determinar los asuntos sometidos a contratación reservada. Así, ha indicado:

i) La reserva es una excepción al principio constitucional de publicidad que rige la función pública, principio que fue consagrado además por la propia Ley 1150 de 2007 en su artículo 2º.

ii) En atención a la existencia de intereses superiores del Estado que pueden verse afectados por la revelación de información sensible, es posible que ciertas entidades de la administración puedan adquirir directamente bienes y servicios de manera confidencial⁸.

iii) La determinación de los eventos en los cuales procede la contratación sometida a reserva, se encuentra en cabeza del legislador, y no del Gobierno Nacional. Por lo tanto, no puede el Ejecutivo, amparado en el ejercicio de su potestad reglamentaria, señalar los bienes o servicios sujetos a reserva. Así, se indicó:

“En este contexto legal, emerge con claridad que en cuanto la circunstancia de la contratación sometida a reserva constituye una excepción frente al aludido Principio Constitucional de Publicidad que constituye la regla general y que está llamado a orientar todas las actuaciones de la Administración Pública, el desarrollo de tal excepción y su detallada regulación acerca de los eventos e hipótesis en los que tiene cabida, tal y como lo sostiene el demandante, sólo puede estar en cabeza del

⁷ “[L]a contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34 00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447). Acumulados-.

⁸ “El Legislador del 2007, tal como se advierte de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de Ley presentado por el Gobierno Nacional y las discusiones parlamentarias, buscó privilegiar tanto la transparencia en la contratación, como la agilidad y oportunidad para la adquisición de los bienes y servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional, más que la reserva con la que debe ser manejada la información que en ellos está implícita. Sin embargo, considerando que puede existir información sensible que ponga en riesgo intereses superiores del Estado al ser revelada, el Legislador estableció la posibilidad que las entidades que hacen parte del sector administrativo de defensa, el DAS y aquellas que conforman la “comunidad de inteligencia” pudiesen adquirir, directamente, bienes y servicios que necesiten reserva para su contratación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015, Radicación número: 110010326000200900043 00 (36805).

legislador, sin que sea posible que el Gobierno Nacional asuma, a través del reglamento, la definición de tales excepciones.

No puede perderse de vista que de conformidad con las más elementales reglas de la lógica formal y de hermenéutica jurídica, se tiene que las excepciones a una regla general deben consagrarse de manera expresa, amén de que la creación de las excepciones únicamente compete a quien tiene la capacidad de adoptar, modificar o revocar la correspondiente regla general o se encuentra expresamente facultado para ello –como suele ocurrir con el legislador respecto de la consagración de excepciones a determinados postulados constitucionales– y, por tanto, las excepciones deben obrar en normas de igual o superior jerarquía a aquella que contiene o consagra la regla general⁹.

Adicionalmente, en el auto que aclaró la providencia anterior, la Sala dispuso:

“Siguiendo con el mismo derrotero argumentativo que sirvió de sustento del auto cuya aclaración se solicita, estima menester reiterar que la suspensión parcial del artículo 78 del Decreto 1510 en lo que toca específicamente a la supresión de las causales contempladas en los numerales 1 al 20 de dicho texto reglamentario, obedeció a que la determinación sobre la condición de reserva, es una materia que le compete de manera exclusiva al legislador, sin que sea posible establecer a través de un reglamento o a partir del juicio personal del director, jefe o representante legal de la entidad, cuáles bienes, obras y servicios deben estar revestidos de reserva.

En consecuencia, procede el Despacho a precisar el alcance de la suspensión provisional adoptada de manera parcial, en relación con el artículo 78 del Decreto 1510 de 2014, para cuyo propósito se advierte que los bienes, obras o servicios que requieran reserva para su adquisición serán los que en esos términos y de manera expresa cuenten con el respectivo amparo legal, pues de lo contrario no podrá predicarse de los mismos condición reservada alguna.”

Asimismo, el Consejo de Estado se pronunció en términos similares al indicar:

“Así las cosas, la Sala encuentra que el correcto entendimiento que debe darse de la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, supone la existencia de eventos definidos por el Legislador como reservados, pues sólo a través de ese medio constitucionalmente definido se puede garantizar el

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222). Véase igualmente: “A la anterior conclusión se arriba por la potísima razón que la restricción de acceso a la documentación pública es una atribución otorgada única y exclusivamente al Legislador, de suerte que no podría el Gobierno Nacional, so pretexto del ejercicio de su potestad reglamentaria, invadir las competencias constitucionales asignadas de manera exclusiva al Congreso de la República y señalar, motu proprio, en qué casos la adquisición de algunos bienes o servicios está sometida a reserva”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015, Radicación número: 110010326000200900043 00 (36805).

principio básico de la legitimidad democrática y se asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental.

(...)

Podría pensarse, sin embargo, que ya la Ley otorgó la autorización para la reserva de la información relativa a asuntos de defensa y seguridad nacional y que, en consecuencia, correspondería a las entidades señaladas por la letra i), del número 4 del artículo 2 de la Ley 1150 justificar la necesidad de la reserva en cada uno de los eventos previstos en el artículo 79 demandado o, como lo afirma el demandante, sin sujeción al listado indicado, la justificación se realizaría en todos los eventos en que, a juicio de la entidad contratante, resultara necesaria la contratación de bienes o servicios que requirieran reserva.

Sobre tal particular interpretación, la Sala debe indicar que la generalidad y vaguedad con que tal limitación de acceso a la información pública estaría estructurada reñiría con los dictados constitucionales a propósito y, evidentemente, con la jurisprudencia constitucional que se ha puesto de presente en esta providencia y en la que se fijan algunas de las condiciones que legislativamente deben garantizarse para respetar el derecho fundamental consagrado en el artículo 74 superior.

A título ilustrativo y como reafirmación de lo señalado en precedencia, resulta pertinente referir las consideraciones de la Corte Constitucional al declarar contrario a la Carta Política el parágrafo 2° del artículo 5 del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, "por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional". El parágrafo en mención establecía:

"Parágrafo 2°. Se exceptúan de la aplicación de esta ley y por tanto gozan de reserva legal la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Nacional, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, el artículo 27 de la Ley 594 de 2000, la Ley 1097 de 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1219 de 2008, el artículo 2° de la Ley 1266 de 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan".(Resalta la Sala)

La Corte Constitucional advirtió que la norma transcrita no determinaba de manera clara ni concreta el tipo de información objeto de reserva, ni el porqué de su imposición y agregó:

"Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP).

"Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional. Así por ejemplo, con esta fórmula abierta, quedan cobijadas por la reserva tanto el detalle de gastos reservados como la cuantía de los mismos, impidiendo así el control ciudadano sobre la forma como las entidades utilizan los recursos. También podían quedar amparados el contenido de un documento público y su existencia, y todo tipo de información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional.

"Por lo anterior, este párrafo desconoce el principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, según el cual el legislador puede establecer límites al acceso a la información pública que sean excepcionales, 'razonables y ajustadas a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales' ".

Así las cosas, en consonancia con el fallo de constitucionalidad, esta Sala debe observar que la expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la facultad reglamentaria en tratándose de la restricción de un derecho fundamental, por manera que la determinación precisa y clara de su contenido deberá ocupar, nuevamente, la labor legislativa, por manera que, para el caso de lo establecido en la letra i) del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de defensa y seguridad nacional debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones particulares que deberán realizar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. Sólo una interpretación en este sentido se ajusta a los dictados constitucionales y legales, y garantiza la transparencia y la publicidad de la actuación del Estado"¹⁰.

Revisados los anteriores pronunciamientos de la Corporación es posible concluir que para la aplicación del literal j) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva para su adquisición, es necesaria una ley que defina los eventos en los cuales debe reservarse la información contractual.

Para la Sala este requisito se entiende satisfecho al analizar las normas que establecen la reserva de las actividades de la Dirección Nacional de Inteligencia, las cuales para poder seguir conservando esta condición, requieren de bienes y servicios que sean adquiridos de manera confidencial.

¹⁰ Ibidem.

Así, la Ley estatutaria 1621 de 2013 reconoce el carácter reservado de ciertos recursos que son necesarios para que aquella entidad pueda cumplir su función. En esta dirección, el artículo 33¹¹ otorgó esta calidad a los documentos¹², información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia¹³.

¹¹ Es importante destacar que esta disposición fue calificada como exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012 en atención a las siguientes consideraciones: "Examinado el inciso primero de la norma en revisión, el cual señala que por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años, contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada, la Corte encuentra que se ajusta a la Constitución (arts. 2º, 74, 217 y 218 superiores).

Según se ha indicado las excepciones a la regla general del derecho de acceso a la información son constitucionalmente válidas si persiguen la protección de intereses como la seguridad y defensa de la Nación. El legislador puede establecer límites al derecho de acceso a la información, que serán legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente relevantes. En esta medida, se debe acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace indispensable mantener la reserva. La reserva ha de ser temporal y el plazo que se instituya debe resultar razonable y proporcional a los bienes jurídicos constitucionales que se buscan proteger.

La Corte en la sentencia C-913 de 2010 indicó que "es inherente a estas actividades [inteligencia y contrainteligencia] el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos [...] Se trata de detectar y prevenir posibles hechos ilícitos y/o actuaciones criminales, la información de inteligencia y contrainteligencia es normalmente recaudada y circulada sin el conocimiento, ni menos aún el consentimiento de las personas concernidas". De ahí que en los Estados democrático constitucionales puedan existir informaciones de carácter reservado, esto es, que no deban ser conocidas por el público, y que corresponde mantenerla a los funcionarios y demás personas sujetas expresamente a ella". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12.

¹² "Artículo 5º. Documentos de Inteligencia y Contrainteligencia. Son documentos de inteligencia y contrainteligencia todos aquellos originados, procesados y/o producidos en los organismos de inteligencia y contrainteligencia con los niveles de clasificación establecidos en el presente decreto. Estos documentos de conformidad con la ley están protegidos por la reserva legal.

Los documentos de inteligencia y contrainteligencia pueden estar contenidos en medios físicos, digitales o similares, de acuerdo con los desarrollos científicos o tecnológicos y deben encontrarse bajo la administración, protección, custodia y seguridad de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, los receptores autorizados o las entidades del Estado que de acuerdo con la ley deban conocer de ellos.

Artículo 6º. Protección de los documentos de inteligencia y contrainteligencia. De conformidad con la ley, los documentos de inteligencia y contrainteligencia estarán amparados, en todo momento, por la reserva legal en cualquiera de los niveles de clasificación que se les asigne. La difusión contenida en estos documentos de inteligencia y contrainteligencia observará los parámetros y restricciones consagrados en la Constitución, la Ley 1621 de 2013, el presente decreto, los manuales y protocolos que se establezcan al interior de cada organismo para su adecuada administración, protección, custodia y seguridad de la información".

¹³ "Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la

Igualmente, la Ley 1621 de 2013 considera de carácter confidencial la identidad de los funcionarios que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia (artículos 30¹⁴, 35¹⁵ y 40¹⁶), así como también a las fuentes, medios y métodos utilizados por organismos que desarrollen aquellas actividades (artículos 18¹⁷, 22¹⁸, 24¹⁹, 30, 34²⁰, 35 y 39²¹). También la mencionada ley reconoció la reserva en

reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada".

¹⁴ "(...) 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 (...)"

¹⁵ "En ningún caso los informes de inteligencia y contrainteligencia tendrán valor probatorio dentro de procesos judiciales y disciplinarios, pero su contenido podrá constituir criterio orientador durante la indagación. En todo caso se garantizará la reserva de la información, medios, métodos y fuentes, así como la protección de la identidad de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia".

¹⁶ "Con el fin de proteger la vida e integridad de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, y para facilitar la realización de las actividades propias de su cargo, el gobierno a través de la Registraduría Nacional del Estado Civil, les suministrará documentos con nueva identidad que deberán ser utilizados exclusivamente en el ejercicio de sus funciones y actividades.

(...)

La Registraduría Nacional del Estado Civil con el apoyo de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, reglamentarán la implementación del sistema de custodia de la información relacionada con la identidad funcional de los agentes con el fin de garantizar la seguridad de la información y la protección de la vida e integridad física de los agentes.

Los organismos de inteligencia serán responsables de garantizar la reserva de esta información de acuerdo con lo establecido en la presente ley".

¹⁷ "Para ello, estos Inspectores contarán con toda la colaboración de los diferentes organismos, quienes en ningún caso podrán revelar sus fuentes y métodos."

¹⁸ "Lo anterior sin perjuicio de la reserva necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones, las fuentes, los medios y los métodos".

¹⁹ "Parágrafo 1°. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la función de inteligencia; poner en riesgo las fuentes, los medios o los métodos; o atentar contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o la defensa nacional".

²⁰ "El carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo".

²¹ "En cualquier caso los servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia podrán denunciar las actividades delictivas de las que tengan

la ejecución de las funciones de inteligencia y contrainteligencia (artículos 22, 24 y 38²²).

Por lo tanto, a partir de las disposiciones de la Ley 1621 de 2013 es posible identificar una serie de eventos que permiten a la Dirección Nacional de Inteligencia contratar de forma directa y reservada. En este caso se trata de la contratación de bienes y servicios necesarios para adelantar las funciones de inteligencia y contrainteligencia que tiene a su cargo la Dirección, así como también para garantizar la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el cumplimiento de las referidas funciones.

Esta forma de contratar se justifica por las funciones desarrolladas por ese organismo, las cuales se relacionan con la seguridad y la defensa nacional, y exigen para su efectivo ejercicio del secreto y la confianza de quienes participan de esa actividad.

En efecto, las actividades de inteligencia y contrainteligencia que despliega la Dirección Nacional de Inteligencia se enmarcan dentro de la categoría de asuntos calificados como de seguridad y defensa nacional²³, tal como se desprende de los

conocimiento de manera directa o mediante representante del organismo de inteligencia y en condiciones que permitan garantizar su seguridad e integridad, garantizando la protección de fuentes, medios y métodos".

²² "Parágrafo 3°. Las personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán cumplir en todo momento los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para tal efecto cada una de las entidades que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, desarrollarán protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades".

²³ "En cuanto a la defensa nacional, está constituida por el conjunto de acciones que realiza el Estado para defender su territorio y sus legítimas instituciones. Implica una labor esencialmente de protección". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de enero de 1997, Radicación número: 938. Asimismo, la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado frente a los conceptos de seguridad y defensa nacional en los siguientes términos: "(i) La seguridad y la defensa nacionales son presupuestos materiales de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, y contribuyen a garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, obligaciones y libertades públicas.

(ii) Se trata de conceptos amplios, relativos y dinámicos, cuya concreción depende de los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de manera que son susceptibles de actualización y sufren constantes transformaciones y cambios.

(iii) La conservación y mantenimiento del orden público es la finalidad misma de la "seguridad" y encuentra en el Gobierno Nacional (C.P., art. 189.4) su principal responsable y garante, razón por la cual puede adoptar medidas y adelantar acciones coercitivas o militares y soluciones no armamentistas sino políticas negociadas (por ejemplo desmovilización y reinserción), para alcanzar la paz, que es un valor (preámbulo constitucional), un fin esencial del Estado (C.P., art. 2º), un derecho (C.P., art. 22) y un deber social (C.P., 95.6).

artículos 1º de la Ley 1219 de 2008²⁴, 1º de la Ley 1621 de 2013²⁵ y 6º del Decreto 4179 de 2011²⁶.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, también se ha reconocido que los servicios de inteligencia y contrainteligencia tienen como

(iv) Estos conceptos no están relacionados únicamente con los dispositivos o actividades bélicas o armamentistas, sino que abarcan todas aquellas estrategias y acciones que permitan la garantía de los derechos y libertades y, por ende, la coexistencia pacífica de los habitantes de la Nación, inclusive aquellas que permitan que los infractores de la ley se reincorporen a la vida civil.

(v) La política de seguridad y defensa nacionales, supone para el Estado no solo la adopción de estrategias y acciones militares directas, sino también soluciones negociadas y, por tanto, estas últimas y todas las acciones y actividades que requieran, también configuran evidentes manifestaciones de la defensa y la seguridad nacionales". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00(2168). Respecto al concepto de seguridad nacional, la doctrina nacional ha indicado: "Se entiende por Seguridad Nacional, la que es immanente para garantizar la existencia, permanencia, la continuidad y la estabilidad de la comunidad política, también entendida como la necesaria para garantizar tanto la seguridad externa como la seguridad institucional interna de una nación y por lo mismo, la soberanía la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, todo lo cual comprende la seguridad del Estado, esto es, la que corresponde garantizar el normal funcionamiento de las instituciones constitucional y legalmente constituidas". Jorge Enrique Ibañez Najar, Seguridad Nacional Seguridad del Estado y Seguridad Ciudadana, Universidad Sergio Arboleda, 2005, p. 48.

²⁴ "Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006.

²⁵ "La función de inteligencia y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta ley". Ley 1621 de 2013, artículo 1º.

²⁶ "1. Desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia bajo los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en cumplimiento del marco legal y objetivo misional, con el fin de:

a) contrarrestar en el ámbito nacional o internacional las capacidades y actividades de personas, organizaciones o gobiernos extranjeros que puedan representar un riesgo o una amenaza para la seguridad nacional;

b) contrarrestar acciones de grupos armados al margen de la ley y actividades de terrorismo;

c) contribuir a la desarticulación de organizaciones de crimen organizado cuando representen amenazas contra la seguridad nacional;

d) contrarrestar actos que atenten gravemente contra la administración pública y proteger a las instituciones de nivel nacional y regional de la influencia de organizaciones criminales;

e) contribuir a la protección de recursos naturales, tecnológicos y económicos de la Nación, cuando su amenaza comprometa el orden público;

f) proteger a las instituciones públicas de actos de penetración, infiltración, espionaje, sabotaje u otras actividades de inteligencia desarrolladas por gobiernos extranjeros, organizaciones criminales u organizaciones armadas al margen de la ley: (...)"

propósito la protección de los Estados y sus habitantes ante amenazas a la seguridad nacional²⁷. Asimismo, en el ámbito internacional en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, se señaló:

*"Los servicios de inteligencia desempeñan un papel importante en la protección de la seguridad nacional y la defensa del estado de derecho. Su principal objetivo consiste en recopilar, analizar y difundir información que ayude a los responsables de las políticas y a otras entidades públicas a tomar disposiciones de protección de la seguridad nacional; en este último concepto está incluida la protección de la población y de sus derechos humanos"*²⁸.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la contratación directa y reservada por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia tiene plena justificación por las delicadísimas funciones que cumple²⁹, toda vez que sin la existencia de dicha reserva la entidad se vería obligada a contratar públicamente, afectando gravemente el ejercicio de sus funciones y la protección de bienes y derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional al referirse a los gastos reservados indicó:

"La declaratoria inmediata de inconstitucionalidad de la norma estudiada supondría que la contratación de gastos reservados tendría que sujetarse a lo dispuesto en el régimen general de contratación administrativa, uno de cuyos principios esenciales

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

²⁸ Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión. Naciones Unidas, Asamblea General, 17 de mayo de 2010, p. 5. Desde el punto de vista de la doctrina internacional véase: Stan Taylor, *The role of intelligence in National Security*, en *Contemporary security studies*, (Allan Collins, ed.), Oxford University Press, 2007, p. 267. Igualmente, la doctrina internacional ha indicado: "The bottom line is intelligence safeguards national security, and today, when international terrorism, drug trafficking, money laundering, and organized crime are the main threats for most countries, intelligence effectiveness is vital". [En resumidas cuentas, la inteligencia salvaguarda la seguridad nacional, y hoy, cuando el terrorismo internacional, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el crimen organizado son las principales amenazas para la mayoría de los países, la efectividad de la inteligencia es vital] (traducción libre). Thomas Bruneau y Florina Cristiana Matei, *Intelligence in the developing democracies: the quest for transparency and effectiveness*, en *The Oxford Handbook of National Security Intelligence*, 2010, p. 768.

²⁹ "En definitiva, en materia de seguridad, la consecución de objetivos de defensa y seguridad no autoriza sólo la compra de armamento como prima facie parecería, sino que autoriza la adopción de medidas proporcionadas y razonables al logro de ese objetivo, medidas que serán evaluadas caso por caso para determinar si realmente guardan relación y conexidad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2008, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00003-00(29393).

*es la publicidad. Ello supondría, naturalmente, la pérdida de naturaleza de los gastos reservados, pues el proceso de contratación de los mismos resultaría público. Con esta medida entonces se verían gravemente desprotegidos bienes jurídicos que como la vida y la integridad de víctimas y testigos, son garantizados mediante la reserva de los gastos destinados a protegerlos. También podrían quedar al descubierto operaciones de inteligencia destinadas a proteger derechos fundamentales de los habitantes de Colombia gravemente amenazados por organizaciones criminales cuyo desmantelamiento depende de actividades financiadas con gastos reservados*³⁰.

La importancia del secreto justifica que la información relacionada con asuntos de inteligencia y contrainteligencia, los cuales hacen parte de actividades de defensa y seguridad nacional, sea reservada. De allí que además del artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, existan otras normas que refuerzan esta finalidad, tales como el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, que establece:

"Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

a) La defensa y seguridad nacional".

En esta misma dirección se manifiesta el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, disposición que establece:

"Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales. (...)"

Una interpretación que no permita a la Dirección Nacional de Inteligencia contratar de forma directa y reservada, llevaría a que esta se viera avocada a recurrir a otras formas de selección sometidas por la ley al principio de publicidad, lo cual afectaría gravemente el adecuado cumplimiento de las delicadas funciones que tiene a su cargo, pues dicha publicidad iría en clara contravía del carácter reservado que exigen las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Como bien lo señala la jurisprudencia³¹ y la doctrina internacional, el secreto o reserva es

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 27 de junio de 2007, C-491/07.

³¹ "[E]s inherente a estas actividades el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-913/10. Igualmente, en otra oportunidad señaló: "Identificó como elementos comunes acerca de las labores de inteligencia y contrainteligencia, las siguientes: i) se trata de actividades de acopio, recopilación, clasificación y circulación de información relevante para el logro de objetivos relacionados con la

un elemento esencial o fundamental para el cumplimiento de las funciones de inteligencia³². Para James J. Wirtz:

["Las agencias de inteligencia también se esfuerzan por proteger sus "fuentes y métodos" porque el compromiso de las formas como ellos recolectan y analizan la información puede dar a sus oponentes una profunda percepción de sus capacidades e intereses. Las agencias de inteligencia alrededor del mundo rodean

seguridad del Estado y de sus ciudadanos; ii) el propósito de esas actividades y el de la información es prevenir, controlar y neutralizar situaciones que pongan en peligro tales intereses legítimos, así como hacer posible la toma de decisiones estratégicas que permitan la defensa y/o avance de los mismos; y iii) toma importancia el elemento de la reserva de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12.

³² "However, secrecy remains a key component of the United States' IC's effectiveness. Compromised sensitive technical and human intelligence "sources and methods" will often lead to either the loss of that specific source of intelligence, or worse, the opportunity for our targeted adversary to pass phony or misleading information through the compromised sources as part of an elaborate deception operation. Two experts on intelligence, Abram N. Shulsky and Gary J. Schmitt, point out that secrecy is essential in all aspects of intelligence since the target is a human adversary who is fighting back. They point out that, "One side's intelligence failure is likely to be another side's counterintelligence success." [Sin embargo, el secreto permanece como un componente clave de la efectividad de la Comunidad de Inteligencia de los Estados Unidos. El compromiso de "fuentes y métodos" técnicos y humanos sensibles de inteligencia generalmente llevará a la pérdida de la fuente específica de inteligencia o peor, a la oportunidad del adversario objetivo de pasar información fraudulenta o engañosa a través de fuentes comprometidas como parte de una operación elaborada de engaño. Dos expertos de inteligencia, Abram N. Shulsky y Gary J. Schmitt, señalan que el secreto es esencial en todos los aspectos de la inteligencia porque el objetivo es un adversario humano que contrataca. Ellos señalan que, "el fallo de inteligencia de un lado es probablemente el éxito de contrainteligencia del otro lado.] (traducción libre de la Sala). Timothy J. Doorey, Intelligence Secrecy and Transparency: Finding the Proper Balance from the War of Independence to the War on Terror. Strategic Insights, Volume VI, Issue 3 (May 2007). "Secrecy is essential because intelligence is part of the ongoing struggle between nations. The goal of intelligence is truth, but the quest for that truth involves a struggle with a human enemy who is fighting back. Shulsky thus emphasizes the need for secrecy in intelligence activities and organizations.

(...)

Indeed, secrecy is the key to the definition of intelligence, as Random hinted. Without secrets, it is not intelligence". [El secreto es esencial porque la inteligencia es parte de la lucha continua entre las naciones. La meta de la inteligencia es la verdad, pero la cruzada por esa verdad envuelve una lucha con un enemigo humano que contrataca. Shulsky por lo tanto enfatiza la necesidad de secreto en las actividades y organizaciones de inteligencia (...) De hecho, el secreto es la llave en la definición de inteligencia, como Random lo señaló. Sin secretos, no es inteligencia] (traducción libre de la Sala). Michael Warner, Wanted: a definition of "intelligence", Studies in Intelligence, Vol. 46, No. 3, pp. 19-20. Otro autor indicó: "By definition, intelligence operations involve a considerable degree of secrecy". [Por definición las operaciones de inteligencia envuelven un considerable grado de secreto] John Gentry, Assessing Intelligence performance, en The Oxford Handbook of National Security Intelligence, 2010, p. 88.

sus "fuentes y métodos" con un manto de secreto porque ellos son cruciales para el éxito de operaciones y análisis en curso y futuros" (traducción libre)³³.

Otra justificación que legitima la contratación directa y reservada por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia, descansa en el hecho de que le permite, sin que desaparezca la obligación que tiene de contratar de manera transparente, adquirir bienes y servicios con contratistas de su entera confianza, elemento esencial para cumplir las delicadísimas funciones que tiene a su cargo³⁴.

En suma, teniendo en cuenta que:

i) El literal j) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 autoriza expresamente la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieren reserva para su adquisición.

ii) La Ley 1621 de 2013 somete a reserva: a) los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, b) la identidad de los funcionarios que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, c) las fuentes, medios y métodos utilizados por los organismos de esta índole, y d) la ejecución de las funciones de inteligencia y contrainteligencia.

³³ Traducción libre. Texto original: "Intelligence agencies also strive to protect their "sources and methods" because a compromise of the ways they collect and analyze information can give opponents a keen appreciation of their overall capabilities and interests. Intelligence agencies worldwide surround "sources and methods" with a cloak of secrecy because they are crucial to the success of ongoing and future operations and analysis". James J. Wirtz, The sources and methods of Intelligence studies, en The Oxford Handbook of National Security Intelligence, 2010, p. 59.

³⁴ La importancia de la confianza en el cumplimiento de las funciones de inteligencia y contrainteligencia fue reconocida por la propia Ley 1621 de 2013 en su artículo 38 al señalar: "Parágrafo 3º. Las personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán cumplir en todo momento los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para tal efecto cada una de las entidades que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, desarrollarán protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.

Parágrafo 4º. La no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia de acuerdo con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional. En los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, el retiro del servicio de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia se producirá cuando el nominador, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces, en ejercicio de la facultad discrecional considere que no se cumple con los estándares de idoneidad y confianza". Igualmente, el artículo 4º del Decreto 4179 de 2011 establece: "Régimen Laboral. La Dirección Nacional de Inteligencia contará con un régimen especial en materia salarial, que será fijada por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades constitucionales y legales. Los servidores públicos que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia o tengan acceso a información de carácter reservado se clasifican como de libre nombramiento y remoción, por la especial confianza que conlleva el desarrollo de la función."

iii) El efectivo y adecuado desarrollo de las funciones de inteligencia y contrainteligencia que adelanta la Dirección exige de una estricta reserva.

iv) Las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015 califican de reservados a los documentos o informaciones relacionados con la defensa y la seguridad nacional, y las actividades de inteligencia y contrainteligencia constituyen asuntos de esta índole.

v) Es forzoso concluir, que la Dirección Nacional de Inteligencia, tiene la competencia para contratar de forma directa y reservada los bienes y servicios que requiera para el cumplimiento de sus funciones y la ejecución de operaciones de inteligencia y contrainteligencia. Igualmente, podrá contratar bajo esta modalidad, cuando ello sea necesario para garantizar la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el cumplimiento de las referidas funciones.

De otra parte debe señalarse, que cuando la Dirección Nacional de Inteligencia acuda a la forma de seleccionar contratistas de manera directa y confidencial, debe tener en cuenta además los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional en relación con la información reservada. Lo anterior, como quiera que el principio de publicidad y el derecho al acceso a la información pública encuentran en este caso una importante excepción. Así, de acuerdo con el análisis que hizo la Corte Constitucional al artículo 19 de la Ley 1712 de 2014:

"[P]ara que un sujeto obligado pueda negar el acceso a información pública reservada relativa a las materias señaladas en el artículo: (i) solo puede hacerlo si ese acceso está expresamente prohibido por la Constitución o por una norma de carácter legal; y (ii) debe manifestarlo por escrito y de manera motivada.

(...)

A la luz de los parámetros constitucionales señalados en la sección 3.2 para que sea posible restringir el acceso a información pública para proteger intereses públicos, no sólo es necesario que el acceso a tal información tenga la posibilidad real, probable y específica de dañar esos intereses, sino que el daño a los mismos sea "significativo." Estos criterios deberán examinarse en cada caso concreto, frente a los intereses autorizados en el artículo 19.

(...)

En cuanto el listado de intereses públicos protegidos señalados en los literales del artículo 19, a la luz de lo dicho previamente, a pesar de la aparente generalidad de los términos empleados por el legislador estatutario para su consagración, la posibilidad de que tales intereses en concreto den lugar a una prohibición de publicidad o al establecimiento de una reserva depende en todo caso de que dicha

restricción obedezca a un interés legítimo e imperioso y no exista otro medio menos restrictivo para garantizar dicho interés.

No sobra resaltar que la aplicación de la reserva en estas materias, debe estar expresamente consagrada en la ley o en la Constitución, en términos precisos; (i) y motivarse en cada caso concreto (ii) que existe un riesgo real, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse sea significativo, si se autoriza el acceso a esa información. En otras palabras, el acceso se limita a la información calificada como reservada, no a las razones de la reserva, que son públicas y objeto de control y de debate.

Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 19, en el entendido de que la norma legal que establezca la prohibición del acceso a la información debe (i) obedecer a un fin constitucionalmente legítimo e imperioso; y ii) no existir otro medio menos restrictivo para lograr dicho fin. Restringir el acceso a una información no es una función discrecional, sino restringida, necesaria y controlable”.

De esta suerte, para determinar si en un caso existe reserva habría que acudir al test de daño³⁵, el cual ha sido definido por la doctrina en los siguientes términos:

³⁵ Junto al test de daño, la doctrina también se ha referido a un segundo test, denominado de interés público, el cual se ha definido en términos muy similares al del daño: “El test de interés público consiste en un proceso de ponderación entre el beneficio que reporta el dar a conocer la información solicitada versus el daño que su divulgación generaría en los derechos de las personas. (Si el perjuicio se predica de bienes públicos, como la seguridad o el interés nacional, la operación pasa a llamarse test de daño). Se denomina test de interés público porque se asume que sólo un interés público predominante justifica traspasar aquella barrera que impide revelar información que se encuentra protegida por los derechos fundamentales”. Ignacio Covarrubias Cuevas, Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVIII, 2012, p. 504. Como se puede observar, los test de interés público y de daño involucran un objetivo similar: “De esta forma, se ha optado por circunscribir los efectos de sus decisiones al caso concreto utilizando los denominados test de daño y de interés público, los que, en general, consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el de divulgarla para, así, determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. Consejo para la Transparencia de Chile, 26/06/2015, C545-15. Con todo, la diferencia entre uno y otro test radica en que aplican respecto a interés de distinta naturaleza: “El test de interés público ha sido definido por la doctrina como la ponderación entre el “interés de protección de la privacidad” entendido como “el control que un individuo tiene o debe tener sobre la información concerniente a su persona”, por un lado, y el interés de publicidad y de transparencia protegido por las leyes de acceso a la información pública...En el Derecho comparado, el test de daño ha sido adoptado a efectos de verificar la “afectación” de bienes colectivos de carácter constitucional que, en cuanto objetos de protección, han sido recogidos en las causales de secreto o reserva, mientras el test de interés público protege los derechos de terceros.” Pablo Contreras Vásquez, Andrés Pavón Mediano, La Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre Acceso a la Información Pública y Seguridad de la Nación, Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012, p. 365. “Un documento del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México señala que “(...) la prueba de daño tiende a aplicarse a aquellas causales donde el interés es de carácter predominantemente público (por ejemplo, en materia de seguridad nacional o relaciones internacionales), mientras que la prueba de interés público tiende aplicarse cuando el interés protegido por la excepción es de carácter particular o

*"Para efectos de determinar la aplicabilidad de las causales de reserva, uno de los mecanismos que se utiliza mayoritariamente en la doctrina comparada es el denominado "test de daño". Este test establece la obligación de la autoridad de demostrar que la divulgación de un determinado documento o información produce o puede producir un daño específico a un valor o un derecho jurídicamente protegido. Por ejemplo, frente a una solicitud de entrega de un documento relativo a seguridad nacional, no es suficiente que el documento en cuestión trate materias de seguridad nacional para que en forma automática se le otorgue el carácter de reservado. En este caso, corresponde que la autoridad lleve a cabo una ponderación de los valores en conflicto, esto es, el derecho de acceso a la información pública frente a la seguridad nacional, de manera de poder determinar si con motivo del ejercicio del primero de ellos se dañará el segundo y que, como consecuencia de esa ponderación, corresponda aplicar una reserva temporal o no del documento solicitado"*³⁶.

Igualmente, de manera más general se ha indicado:

*"El test de daño o principio de proporcionalidad consiste en el balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación."*³⁷

Lo anterior, se ve reflejado en el texto del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, el cual señala:

"Le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información

privado (por ejemplo, en los casos de información comercial sensitiva, secreto industrial o información personal)"" Enríque Rajevic Mosler, La jurisprudencia inicial del consejo para la transparencia, Revista de Derecho, No. 22., 2009, p. 45.

³⁶ Cristóbal Tello E, Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia. Anuario de Derechos Humanos, 2009, p. 198. Véase igualmente: "El último presupuesto en la determinación de la procedencia de una causal de reserva o secreto corresponde al denominado test de daño. La determinación de la afectación de la seguridad de la Nación se efectúa mediante la aplicación de un test de daño. Dicho test es el estándar que se ha construido por la dogmática comparada y ha sido asumido explícitamente por la temprana jurisprudencia del CplT.

El Consejo ha definido el test de daño como el "balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación". De acuerdo a la jurisprudencia del CplT, el test de daño se deriva del reconocimiento del estatus iusfundamental del DAIP y que su limitación a través de la reserva o secreto "debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto". Vásquez y Mediano, ob. cit., p. 362.

³⁷ Jessica Matus Arenas, Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2, No. 1, 2013, p. 208.

debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información”.

Por su parte, en lo que respecta al artículo 25 de la Ley 1755 de 2015, su texto parecería corresponder a lo que la doctrina internacional llama un test de clase (class test), en virtud del cual cualquier acceso a información que recaiga dentro de cierta categoría, como lo es la seguridad nacional, puede ser rechazado³⁸. Con todo, la interpretación realizada por la Corte Constitucional a esta norma, la sujeta también al test de daño. Así, dispuso la Corte:

“Con base en la línea jurisprudencial anteriormente referenciada, a juicio de la Sala Plena la restricción de información relacionada con la defensa y seguridad nacional constituye un objetivo constitucionalmente legítimo (art. 216 CP), que justifica la reserva de la información, razón por la cual el numeral 1 del artículo 24 del proyecto de ley estatutaria en estudio será declarado exequible, teniendo en cuenta que en su aplicación las autoridades competentes deben observar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad y que en ningún caso podrá ser utilizada la reserva para obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y en todo caso

³⁸ “Class tests and harm tests are two common ways to exempt information. Under class tests, any information that falls within a certain category (such as national security) can be denied. Under harm tests, the government can deny a request for information on the basis that disclosure would cause potential prejudice, for example, to an individual or harm to the defence of the state (the two most commonly used harm tests). The class tests applied by the greatest number of OECD countries concern exemptions related to national security, international relations and personal data. [Los test de clase y daño son dos formas comunes de excluir información. Bajo el test de clase, cualquier información que caiga dentro de cierta categoría (como la seguridad nacional) puede ser negada. Bajo el test de daño, el gobierno puede negar una solicitud de información bajo el argumento de que la revelación causaría un perjuicio potencial, por ejemplo, a un individuo o daño a la defensa del Estado (los dos test de daño más usados). El test de clase aplicado por el mayor número de países de la OCDE se refiere a excepciones relacionadas con la seguridad nacional, las relaciones internacionales y los datos personales.] (traducción libre de la Sala). OECD, Government at a Glance 2011, OECD, 2011, p. 138. Secondly, there are class-based exemptions, where all information falling into a particular class is exempt. One of these exemptions is information from, or relating to, certain security bodies (section 23) (...) Thirdly, there are prejudice-based exemptions. Under a prejudice-based exemption, information is only exempt where disclosure is likely to have the specified prejudicial effect (the prejudicial effect must be ‘actual, real or of substance’, not just speculative). National security is one of the prejudice-based exemptions”. John Wadham y Kavita Modi, National security and open government in the United Kingdom, en National Security and Open Government: Striking the right balance, Campbell Public Affairs Institute, The Maxwell School of Syracuse University, 2003, p. 84. [Segundo, hay excepciones de clase, donde toda la información que se encuentre dentro de una clase en particular se encuentra excluida. Una de estas excepciones es información de, o relacionada a ciertos cuerpos de seguridad (sección 23) (...). Tercero, Hay excepciones basadas en el perjuicio. Bajo una excepción basada en el perjuicio, la información solamente se encuentra excluida donde su revelación puede tener probablemente un efecto perjudicial (el efecto perjudicial debe ser presente, real o sustancial, no solo especulativo). La seguridad nacional es una de las excepciones basadas en el perjuicio] (traducción libre).

*conforme a lo decidido en la citada Sentencia C-274 de 2013: "...el sujeto obligado que niegue el acceso a un documento o información pública, alegando su carácter reservado deberá (i) hacerlo por escrito y demostrar que (ii) existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse es significativo."*³⁹.

Del análisis anterior, la Sala considera que la Dirección Nacional de Inteligencia tiene la competencia para contratar de forma directa y reservada los bienes y servicios que requiera, cuando pueda justificar que dicha modalidad de contratación es necesaria para evitar un riesgo presente, probable y específico que conlleve a un daño o afecte el cumplimiento de sus funciones, la ejecución de operaciones de inteligencia y contrainteligencia, así como la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el ejercicio de las funciones de la entidad.

De otra parte, es importante también señalar que el hecho de que se reconozca a la Dirección Nacional de Inteligencia la potestad de contratar directa y reservadamente, no significa que pueda hacerlo sin respetar el ordenamiento jurídico colombiano. No puede perderse de vista que a pesar de sus delicadísimas e importantes funciones, la Dirección se encuentra sometida al imperio de la Ley, tal como se desprende del artículo 3º del Decreto 4179 de 2011 que dispuso:

*"Todas las actividades de la Dirección Nacional de Inteligencia deberán desarrollarse de conformidad con la Constitución y la ley, y en particular con el marco legal que regule las actividades de inteligencia"*⁴⁰.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 4 de diciembre de 2014, C-951/14.

⁴⁰ Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha indicado: "No obstante, las atribuciones de los organismos de inteligencia y contrainteligencia deben desarrollarse en el marco de la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Esto es, hacerse compatibles con el respeto de las libertades ciudadanas, puesto que no pueden servir de pretexto para desconocer el Estado constitucional de derecho como fundamento de toda democracia". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12. Igualmente, en el ya referido Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo se señaló: "Práctica 5. Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente emprender cualquier actividad contraria a la Constitución o a la normativa internacional de los derechos humanos. Esta prohibición rige no sólo para el comportamiento de los servicios de inteligencia en el territorio nacional, sino también para sus actividades en el extranjero.

Esto significa que estos servicios están basados en leyes a las que el público tiene acceso y que son conformes con la Constitución y con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, entre otras, y que su funcionamiento es acorde con esas leyes. Los Estados no pueden invocar el derecho interno para justificar violaciones de la normativa internacional de los derechos humanos ni, evidentemente, de cualquier otra obligación jurídica internacional. El estado de derecho exige que las actividades de los servicios de inteligencia, y cualquier instrucción que les imparta el poder ejecutivo, cumplan esos conjuntos normativos. En consecuencia, los servicios de inteligencia tienen prohibido emprender cualquier acción que vulnere las leyes nacionales, la

Asimismo, y en desarrollo de lo anterior, cuando la Dirección Nacional de Inteligencia contrate de forma directa y reservada, debe en todo caso tomar en consideración los principios que guían la contratación estatal⁴¹, aunque con las particularidades que resultan aplicables. Así por ejemplo, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado:

"Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 CP.)–, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos.

(...)

*No obstante, se insiste, esto no significa que la contratación directa no deba garantizar aspectos, facetas y espacios posibles de la publicidad, de la moralidad o de la objetividad en la escogencia. De ninguna manera. Simplemente, se exige la que admite y cabe en el proceso simplificado que la ley y el reglamento establecieron. Esto es, se requiere, por ejemplo, que el contratista elegido no lo sea por razones políticas, o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos, sino en motivos como la buena calidad del trabajo, la experiencia profesional reconocida, la imagen pública de su actividad profesional, entre otros factores objetivos y criterios de valoración profesional que alejan la arbitrariedad, la subjetividad y el capricho de la selección del contratista, cuando se escoge en forma directa"*⁴².

Por lo tanto, aunque se trate de un procedimiento de contratación directa, no desaparece la obligación para la Dirección Nacional de Inteligencia de someterse a los principios que resulten aplicables, de tal suerte que contrate con el mejor, y no de manera caprichosa, arbitraria o injustificada.

Igualmente, debe resaltarse que la actividad de la Dirección Nacional de Inteligencia por expreso mandato legal se encuentra sometida a distintas

Constitución o las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, y también está prohibido darles instrucciones en este sentido."

⁴¹ En particular, no pueden desconocerse principios como los de transparencia y selección objetiva. En esta dirección se ha señalado: "Fluye de todo lo anterior, como síntesis, que en la contratación directa, aunque recaiga sobre bienes que se requieren para la seguridad y defensa nacional, no se puede conculcar el principio de transparencia ni el deber de selección objetiva". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011, Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752-01(18118).

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2011, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044).

herramientas de control⁴³, lo cual permite promover su efectividad y garantizar que su actuación se ajuste al ordenamiento constitucional y legal⁴⁴.

En este orden, el artículo 20 de la Ley 1621 de 2013, incorporado en el capítulo IV, denominado "Control y Supervisión", le otorga facultades de control a la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Así señala esta disposición:

"Adiciónese un artículo 61E a Ley 5ª de 1992 el cual quedará así:

"Artículo 61E. Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Esta comisión, sin perjuicio de las demás facultades otorgadas al Congreso de la República por la Constitución y la ley, cumplirá funciones de control y seguimiento político, verificando la eficiencia en el uso de los recursos, el respeto de las garantías constitucionales y el cumplimiento de los principios, límites y fines establecidos en la Ley estatutaria que regula las actividades de inteligencia y contrainteligencia."

Por su parte, el Decreto 4179 de 2011 en su artículo 8º estableció la figura del Inspector General de la Dirección Nacional de Inteligencia, el cual tiene entre sus funciones la de:

"[A]segurar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollen con eficiencia y eficacia, y en el marco de lo dispuesto en la Constitución y la ley".

El Inspector debe rendir un informe de carácter reservado al Presidente de la República con copia al Director General y a los órganos de control externo que se establezcan, en relación con la aplicación de la ley y la Constitución en el

⁴³ En materia de inteligencia se presenta una tensión entre el secreto y la transparencia: "Having an intelligence system that is equally transparent and effective is quandary in any democracy, because of two conflicting demands: secrecy (required by effectiveness) and transparency (required by democratic control, openness, and accountability). [Tener un Sistema de inteligencia que sea equitativamente transparente y efectivo es un dilema en cualquier democracia, debido a dos demandas en conflicto: el secreto (requerido por efectividad) y la transparencia (requerido por el control democrático, apertura y rendición de cuentas) (traducción libre). Bruneau y Matei, ob. cit., pp. 770-771.

⁴⁴ "Control is needed to ensure intelligence agencies work within specific limits and respect the legal framework imposed upon them. With the increased emphasis on augmenting agencies' abilities to better fight the current security challenges, there is even more need for robust democratic control mechanisms in place to make sure the ICs do not use national security and terrorism prevention as excuses to become intrusive in citizens' private lives. And, finally, democratic control is needed to boost the effectiveness of the intelligence forces". [El control es necesario para asegurar que las agencias de inteligencia trabajen dentro de límites específicos y respeten el marco legal impuesto a ellas. Con el creciente énfasis en aumentar las capacidades de las agencias para enfrentar mejor los retos de seguridad actuales, hay una mayor necesidad de robustecer los mecanismos de control democráticos existentes para asegurar que las CI no usen la seguridad nacional y la prevención del terrorismo como excusa para invadir la vida privada de los ciudadanos. Y, finalmente, el control democrático es necesario para estimular efectividad de las fuerzas de inteligencia] (traducción libre). Ibídem, p. 765.

desarrollo de las actividades adelantadas por la Dirección Nacional de Inteligencia⁴⁵.

De otra parte, teniendo en cuenta que la Dirección Nacional de Inteligencia es una entidad que administra recursos públicos, se encuentra también sometida al control de la Contraloría General de la República⁴⁶ y a la competencia de la autoridad competente en materia disciplinaria⁴⁷.

Con todo, es importante resaltar que el ejercicio de estas actividades de control debe adelantarse respetando y garantizando estrictamente la reserva de acuerdo con los parámetros señalados en la ley. Así por ejemplo, el artículo 38 de la Ley 1621 de 2013 señaló expresamente la obligación de reserva de la información conocida en el desarrollo de actividades de control. En este sentido, dispuso la norma:

"Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y los receptores de productos de inteligencia, se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento. Quienes indebidamente divulguen, entreguen, filtren, comercialicen, empleen o permitan que alguien emplee la información o documentos

⁴⁵ "Funciones del Inspector General. Son funciones del Inspector General:

1. Asegurar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se ajusten a la Constitución, la ley y el marco legal que regule las actividades de inteligencia, y se enmarquen en el respeto de los derechos humanos.
2. Supervisar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollen de manera eficiente y eficaz.
3. Supervisar que el uso de gastos reservados se ajuste a los objetivos misionales de la entidad.
4. Informar al Director General sobre cualquier irregularidad y hacer las recomendaciones a las que haya lugar, así como proponer planes de mejoramiento y de gestión de riesgo, y hacer seguimiento a su cumplimiento.
5. Rendir un informe anual de carácter reservado al Presidente de la República con copia al Director General y a los órganos de control externo que establezca la ley, sobre la aplicación de la ley, la Constitución y la protección y garantía de los derechos humanos en las actividades llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Inteligencia". Decreto 4179 de 2011, artículo 15.

⁴⁶ "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación". Constitución Política, artículo 267.

⁴⁷ En materia disciplinaria, el párrafo 3° del artículo 18 la Ley 1621 de 2013 establece: "En cualquier caso el informe rendido por cada entidad no exime al Director de cada organismo de su responsabilidad de velar por el cumplimiento de la presente ley y demás obligaciones constitucionales y legales. Cualquier incumplimiento a los principios, fines y límites contemplados en la presente ley deberá ser reportado de inmediato al Presidente de la República, y a las autoridades disciplinarias y judiciales a las que haya lugar". Asimismo, el párrafo 2° del artículo 22 indica: "En cualquier caso la Comisión pondrá en conocimiento de las autoridades competentes los hechos delictivos o las faltas disciplinarias de las que tenga conocimiento."

reservados, incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar”.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 1621 de 2013 estableció que los miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia tienen la obligación de guardar reserva sobre la información y documentos a los que tengan acceso. Igualmente, determinó que ningún documento que tenga origen en la Comisión puede revelar datos que puedan perjudicar la función de inteligencia, colocar en riesgo las fuentes, los medios o los métodos o atentar contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o la defensa nacional⁴⁸. Asimismo, el artículo 27 de la misma ley ordenó expresamente que los debates en materia de inteligencia y contrainteligencia se adelanten en sesión reservada⁴⁹.

En el caso del Inspector General, el artículo 18 de la Ley 1621 de 2013 dispuso:

“Para ello, estos Inspectores contarán con toda la colaboración de los diferentes organismos, quienes en ningún caso podrán revelar sus fuentes y métodos.”

Finalmente, el artículo 34 estableció:

⁴⁸ “Los miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia están obligados a guardar reserva sobre las informaciones y documentos a los que tengan acceso durante y después de su membresía, hasta el término que establece la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la función de inteligencia; poner en riesgo las fuentes, los medios o los métodos; o atentar contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o la defensa nacional.

PARÁGRAFO 2o. Los miembros de la Comisión así como el personal permanente o eventual asignado a la misma que hicieran uso indebido de la información a la que tuvieran acceso en ocasión o ejercicio de sus funciones, en los términos de la ley, serán considerados incursos en causal de mala conducta sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar y quedarán inhabilitados para ser miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia”. Ley 1621 de 2013, artículo 24. Igualmente, el parágrafo primero del artículo 22 dispuso: “Con el fin de verificar el cumplimiento de los mecanismos de control establecidos en la presente Ley en casos específicos que sean de su interés, la Comisión podrá: (a) realizar reuniones con la JIC; (b) solicitar informes adicionales a los Inspectores (incluyendo a los inspectores ad hoc designados por los organismos de inteligencia), las Oficinas de Control Interno, o quienes hagan sus veces; (c) citar a los Jefes y Directores de los organismos de inteligencia; (d) conocer los objetivos nacionales de inteligencia trazados en el Plan Nacional de Inteligencia; y (e) conocer los informes presentados anualmente por los inspectores de conformidad con el artículo 18 de la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de la reserva necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones, las fuentes, los medios y los métodos.”

⁴⁹ “Adiciónese el artículo 94 de la ley 5a de 1992 así: Artículo 94. Debates. El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación, es lo que constituye el debate. El debate empieza al abrirlo el Presidente y termina con la votación general. Los debates en materia de inteligencia y contrainteligencia se adelantarán en sesión reservada”.

"El carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo".

Como puede observarse, a pesar de que la Dirección Nacional de Inteligencia puede contratar de forma directa y reservada, debe hacerlo dentro de los límites señalados, pues el hecho de que goce de dicha prerrogativa no significa que pueda hacerlo de forma arbitraria, caprichosa o irrazonable.

b. Sobre la publicidad de los documentos de contratación

Ahora bien, en lo que respecta a la reserva de los documentos del proceso para contratar bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia, esta se infiere, además de lo dispuesto por los ya mencionados artículos 24 de la Ley 1755 de 2015 y 19 de la Ley 1712 de 2014, de lo establecido en los artículos 33 de la Ley 1621 de 2013 y 2.2.1.2.1.4.3, 2.2.1.2.1.4.6 y 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto Único 1082 de 2015. Así, la primera de dichas disposiciones reconoce el carácter reservado de los documentos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia:

"Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada".

La segunda de las señaladas normas determina:

"Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes Procesos de Contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el 2.2.1.2.1.4.6 del presente decreto".

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.6 establece expresamente la naturaleza de los documentos del proceso para la adquisición de bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva:

"Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos

*procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas*⁵⁰.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 78)".

Finalmente, la cuarta disposición determinó lo que debe entenderse por documentos del proceso al indicar que estos consisten en:

"(a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación".

De esta suerte, a partir de una interpretación sistemática de las referidas normas, se concluye que los documentos del proceso de contratación de bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva para su adquisición, no deben ser publicados en el SECOP. Esta postura permite garantizar la necesaria reserva que demanda la contratación de dichos bienes y servicios, toda vez que si se exigiera su publicación en el mencionado sistema, la reserva se vería gravemente afectada al igual que el adecuado desarrollo de las funciones que tiene a su cargo la Dirección.

c. La suspensión del Decreto 1510 de 2013

La figura de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo se encuentra consagrada a nivel constitucional en el artículo 238 de la Carta Política⁵¹, y a nivel legal en el artículo 230 del CPACA. Tiene como propósito, en los términos del artículo 229 del mismo estatuto, proteger y garantizar de forma provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁵². En línea con este argumento, la jurisprudencia ha indicado:

⁵⁰ Frente a este inciso, la Sección Tercera lo suspendió provisionalmente de forma parcial y condicional. Así, señaló: "CUARTO: SUSPENDER, de manera provisional y parcial, de forma condicionada, el segmento del primer inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que determina "sin que sea necesario recibir varias ofertas", pero únicamente en cuanto se entienda que esa norma autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, en los casos de adquisición de bienes y servicios que requieren reserva, para que celebren los correspondientes contratos sin dar cumplimiento al principio de selección objetiva y, por tanto, prescindiendo de cualquier modalidad encaminada a obtener pluralidad de ofertas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222).

⁵¹ "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial."

⁵² "La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es una medida cautelar prevista en el numeral 3 del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 229 ibídem es

"Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción"⁵³.

La determinación de la suspensión provisional, la cual procede frente a actos particulares o generales⁵⁴, requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 231 del CPACA, de tal suerte que su decreto no resulte caprichoso o violatorio del debido proceso⁵⁵.

En lo que respecta a su alcance, la decisión de suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo provoca la interrupción temporal de los efectos del acto⁵⁶, y en consecuencia la suspensión de su fuerza obligatoria⁵⁷. En

la de "proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 23 de julio de 2014, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00221-01(3531-13).

⁵⁴ "El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. La Constitución no distingue si la medida de suspensión provisional solo cabría contra los actos administrativos de contenido particular y no contra los actos generales o normativos, conocidos comúnmente como reglamentos, y que son de naturaleza diferente de los primeros. Como la norma no distingue, el intérprete tampoco. En consecuencia, la suspensión provisional puede recaer frente a cualquier clase de actos". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

⁵⁵ "No obstante, la adopción de una medida cautelar no es caprichosa sino que en aras del respeto del derecho al debido proceso, es necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA. Por ello, no puede sostenerse que con la medida tomada en el auto suplicado se confundieron el objeto de la medida y los requisitos para su procedencia". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

⁵⁶ "El recuento de la jurisprudencia de esta Corporación, permite a la Sala formular estos planteamientos: que por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido, que la consecuencia natural de la orden judicial consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. "La medida suspende los efectos que produce el acto administrativo sub iudice, pero el restablecimiento del derecho solo deriva de la declaratoria de nulidad del acto que se efectúa en la sentencia. La medida provisional afecta la eficacia del acto, mientras que el restablecimiento del derecho solo es posible si se declara la nulidad del acto demandado, esto es, si se deja sin validez la decisión administrativa". Consejo de

consecuencia, el acto continúa siendo válido, pero no puede seguir siendo ejecutado o aplicado por la administración⁵⁸.

En el caso particular que se analiza, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó la suspensión parcial del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013. En esta dirección indicó:

CUARTO: SUSPENDER, de manera provisional y parcial, de forma condicionada, el segmento del primer inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que determina “sin que sea necesario recibir varias ofertas”, pero únicamente en cuanto se entienda que esa norma autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, en los casos de adquisición de bienes y servicios que requieren reserva, para que celebren los correspondientes contratos sin dar cumplimiento al principio de selección objetiva y, por tanto, prescindiendo de cualquier modalidad encaminada a obtener pluralidad de ofertas.

(...)

QUINTO: SUSPENDER, de manera provisional, en su totalidad, el segundo inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, incluyendo sus numerales 1 al 20, en el cual se dispone “Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición”, así como se enlistan los bienes, obras y servicios que requieren reserva para su adquisición.

Con todo, esta decisión no implica que los operadores jurídicos no puedan hacer uso de la contratación directa autorizada en los literales d) y j) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, pues esta se encuentra vigente. Sin embargo, para su aplicación es necesario acudir a otras normas de orden legal que definan los eventos que requieren reserva para su contratación. En otras palabras, y tal como lo ha señalado esta corporación, se presenta un caso de reenvío a otras normas de carácter legal⁵⁹, como precisamente ocurre en el caso de la Ley 1621 de 2013.

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).

⁵⁷ “Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00038-00 (39.040).

⁵⁸ “[P]ero que por sí misma ataca la eficacia del acto mas no su validez, de manera que el acto administrativo continúa siendo válido hasta la sentencia definitiva que lo anule, pero no puede seguir siendo ejecutado ni por la misma administración ni por ninguna de las partes interesadas en la decisión suspendida”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 1981, Radicación número: 1.511.

⁵⁹ “Así las cosas, la Sala encuentra que el correcto entendimiento que debe darse de la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, supone la existencia de eventos definidos por el Legislador como reservados, pues sólo a través de ese medio constitucionalmente definido se puede garantizar el principio básico de la legitimidad democrática y

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. Al amparo de la reserva legal contenida en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, en especial en el artículo 33 ídem, y leyendo esta norma en concordancia con el recientemente expedido artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 ¿La Dirección Nacional de Inteligencia se encuentra legalmente facultada para contratar directamente y bajo condiciones reservadas, los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de "gastos reservados" se constituyen como elementos técnicos y/o se requieren como instrumentos de "medio a fin" para el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia del Estado?

La Dirección Nacional de Inteligencia tiene la competencia para contratar de forma directa y reservada los bienes y servicios que requiera, bajo su responsabilidad, en la medida en que dicha modalidad de contratación sea necesaria para evitar un riesgo presente, probable y específico que conlleve a un daño o afecte el cumplimiento de sus funciones, la ejecución de operaciones de inteligencia y contrainteligencia, así como la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el ejercicio de las funciones de la entidad.

De esta suerte, si la Dirección Nacional de Inteligencia, atendiendo los parámetros anteriores, requiere contratar de forma directa y reservada elementos técnicos o instrumentos necesarios o de medio, para cumplir sus labores de inteligencia y contrainteligencia, o garantizar la reserva indicada, puede acudir a dicho procedimiento, se repite, bajo su entera responsabilidad.

se asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental.

(...)

Así las cosas, en consonancia con el fallo de constitucionalidad, esta Sala debe observar que la expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la facultad reglamentaria en tratándose de la restricción de un derecho fundamental, por manera que la determinación precisa y clara de su contenido deberá ocupar, nuevamente, la labor legislativa, por manera que, para el caso de lo establecido en la letra i) del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de defensa y seguridad nacional debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones particulares que deberán realizar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. Sólo una interpretación en este sentido se ajusta a los dictados constitucionales y legales, y garantiza la transparencia y la publicidad de la actuación del Estado." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015, Radicación número: 110010326000200900043 00 (36805).

2. Si la anterior respuesta es negativa, entonces ¿Cuál es la contratación reservada a que se refieren los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007?

Teniendo en cuenta la respuesta anterior, no hay lugar a absolver esta pregunta.

3. Teniendo en cuenta que los artículos 18, 22, 34, 35, 39, 40 y 41 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 se ordena la reserva para los asuntos allí relacionados, ¿pueden leerse dichos artículos en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015, para contratar directamente y bajo condiciones reservadas los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de "gastos reservados", se requieran para los propósitos señalados en los artículos que se enuncian en el presente numeral?

La contratación directa y reservada de bienes, obras y servicios requeridos para alcanzar los propósitos señalados en los artículos 18, 22, 34, 35, 39, 40 y 41 de la Ley 1621 de 2013, es posible siempre y cuando esta se enmarque dentro de los parámetros señalados en la respuesta a la primera pregunta.

4. Teniendo en cuenta lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el auto de suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 (Exp. 110010326000201400035 00 (50.222). M.P. Mauricio Fajardo Gómez) ¿los operadores jurídicos pueden o no hacer uso de la contratación directa reservada autorizada por los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007? Si la respuesta es negativa, ¿Se está en presencia de una norma jurídica vigente que no puede ser aplicada?

A pesar de la suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, se puede hacer uso de la contratación directa autorizada en los literales d) y j) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, pues esta última ley se encuentra vigente. Sin embargo, para su aplicación debe acudirse a las normas de orden legal que señalen los bienes y servicios que requieren confidencialidad para su contratación, tal como ocurre en el caso de la Ley 1621 de 2013.

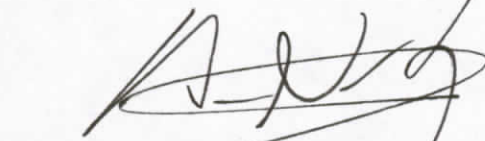
5. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, los "documentos del proceso" que sirven de soporte a los procesos de contratación que se adelantan para adquirir los bienes y servicios descritos en la presente consulta, no cobijados por el régimen de "gastos reservados" ¿tendrían que publicarse en el SECOP?

Los documentos del proceso de contratación de bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia, no cobijados por el régimen de gastos reservados y que requieran reserva para su adquisición en los términos señalados en la pregunta No.1, no deben ser publicados en el SECOP.

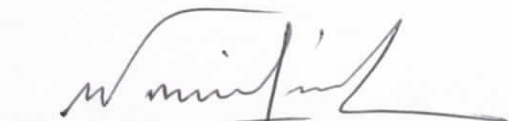
Remítase a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



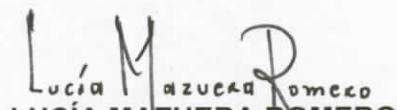
GERMÁN BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala



ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

12 ENE. 2016

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 2-2016-7
DEL 05 DE ENERO DE 2016 - DIRECCIÓN NACIONAL DE
INTELIGENCIA