



Demandantes: Carlos Alberto Bryan Uribe y otros
Demandado: Jorge Méndez Hernández
(Cámara de San Andrés, Providencia y Santa Catalina 2022 - 2026)
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00034-00 Acumulados

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA
Magistrado LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 11001-03-28-000-2022-00034-00 (principal)
11001-03-28-000-2022-00041-00 (acumulado)
11001-03-28-000-2022-00052-00
11001-03-28-000-2022-00100-00
Demandante: CARLOS ALBERTO BRYAN URIBE Y OTROS
Demandado: JORGE MÉNDEZ HERNÁNDEZ
(Representante a la Cámara por la circunscripción de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina 2022 - 2026)
Tema: La reserva en prueba documental trasladada

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que se merecen los integrantes de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones por las cuales, si bien acompañé la decisión adoptada por la Sección, encuentro necesario aclarar mi voto en el punto del entendimiento de la reserva documental de la prueba trasladada.

Al respecto, me permito recordar que en ese punto el fallo indicó:

38. De otro lado, se accedió a la prueba trasladada solicitada, por lo que se ordenó requerir a la Fiscalía, la Procuraduría General de la Nación y a la Corte Suprema de Justicia, para que remitieran copia de las actuaciones surtidas respecto de las denuncias y quejas presentadas frente a los presuntos hechos de corrupción que sustentan las demandas de nulidad electoral. Se advirtió que frente a la información remitida debía garantizarse su carácter reservado.
(...)

42. En cuanto a la prueba trasladada, se determinó que no podía incorporarse al proceso la documentación atinente a los trámites de naturaleza penal que se adelantan ante (I) la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia y (II) la Fiscalía General de la Nación, debido a que se encuentran en etapa de investigación previa y/o indagación. Tampoco, (III) la relativa a los procesos disciplinarios que cursan en la Procuraduría General de la Nación, respecto de los cuales se no se ha formulado pliego de cargos ni ordenado el archivo definitivo.

43. Lo anterior, al establecer una vez allegada, que sobre la misma existe reserva¹, por lo que respeto de aquélla no es posible garantizar “*por mandato legal, el principio de*

¹ “en tratándose de los procesos que se rigen por la Ley 600 de 2000, “*durante la investigación previa las diligencias son reservadas*” (art. 323); a los que le son aplicables la Ley 906 de 2004, “*la indagación será reservada*” (art. 212B), carácter que también tienen las audiencias preliminares de que trata el artículo 155 de la anterior ley. Y respecto de los procesos disciplinarios, el artículo 115 de la Ley 1952 de 2019, prescribe que serán reservados “*hasta cuando se cite a audiencia y se formule pliego de cargos o se emita la providencia que ordene el archivo definitivo*”.”



Demandantes: Carlos Alberto Bryan Uribe y otros
Demandado: Jorge Méndez Hernández
(Cámara de San Andrés, Providencia y Santa Catalina 2022 - 2026)
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00034-00 Acumulados

contradicción, lo que imposibilita su práctica, su plena incorporación al interior del trámite de la referencia”.

44. Se aclaró *“que si bien la mayoría de documentos allegados en virtud de la prueba trasladada decretada tienen carácter reservado, tal situación **no** se predica frente a los relacionados con en el trámite disciplinario IUS E-2022-183233- IUC D-2022-333056, teniendo en cuenta que finalizó en virtud de la decisión inhibitoria del 8 de abril de 2022 del Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial.*

En mi sentir, el tratamiento dado a la reserva documental de la prueba trasladada no puede ser entendido en términos tan absolutos, porque no siempre es oponible a los jueces tal veto probatorio dentro del ejercicio de sus funciones como administradores de justicia.

Al punto que cuando se trata de autoridad judicial, el propósito es que esta implemente formas de garantizar que con la prueba reservada no se perjudique la actuación penal o disciplinaria en curso, así también para que no se transgreda el derecho particular, pero considero que resulta alejado a la finalidad de la calificación de “reservado” que se impida a un juez conocer y pronunciarse sobre la prueba respectiva cuando se trate de adoptar la decisión de la causa que decide.

Resalto en este estadio de mi planteamiento que dependiendo de las circunstancias que rodeen el asunto bajo decisión judicial, el operador debe valorar cada caso en concreto, a fin de determinar hasta dónde puede plasmar el contenido o apoyarse en la prueba reservada en las consideraciones de su providencia, sin afectar o incidir en la cualificación de reserva.

De manera tal, que pueda conciliar las dos circunstancias, a saber, por un lado la reserva y por otro, el fundamento y consideraciones en que apoyará probatoriamente su decisión.

Normas ejemplarizantes como el artículo 27 de CPACA dan cuenta de que no resulta imposible valorar la prueba trasladada con cualificación de reserva, como se evidencia de su literalidad, al disponer: “el carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales... que siendo constitucional o legamente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”.

Así también, antecedentes como la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 11 de septiembre de 2013² dentro del medio de control de reparación directa, informa las directrices de cómo valorar investigaciones penales, disciplinarias e incluso las indagatorias. Esto, para indicar que la posición de negar en forma total la posibilidad de valorar la prueba trasladada reservada no resulta de recibo como una regla absoluta y general y menos oponible *per se* a los operadores judiciales.

² Radicado 41001-23-31-000-1994-07654-01. M.P. Danilo Rojas Betancur.



Demandantes: Carlos Alberto Bryan Uribe y otros
Demandado: Jorge Méndez Hernández
(Cámara de San Andrés, Providencia y Santa Catalina 2022 - 2026)
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00034-00 Acumulados

En esa línea, también puede observarse por vía del trámite de los procesos cómo resulta viable incorporar la prueba que lleva como impronta la calificación de reservada.

En efecto, en auto de 8 de abril de 2021³, se tramitó la incorporación de una prueba trasladada consistente en una investigación penal y en la documentación que remitió el juez de instrucción penal militar, con la restricción citada conforme a la Ley 522 de 1999⁴. De tal suerte, que el despacho instructor, a fin de garantizar el ejercicio del derecho al debido proceso de los sujetos procesales y respetando las restricciones que impone la reserva⁵, ordenó correr el respectivo traslado e indicó:

*...con la advertencia de que el Despacho **traslada la obligación de reserva a la Secretaría de la Sección Tercera** de esta Corporación, a fin de que en el cumplimiento de esta orden se adopten las medidas que resulten del caso para impedir que por cualquier medio se realice la copia, reproducción, almacenamiento, manipulación indebida o divulgación de la información del expediente que tiene el carácter de reservado. Para el efecto, la Secretaría citará a las partes para que se acerquen a las dependencias a consultar los documentos y solo a partir de la fecha dispuesta comenzará a correr el término del traslado, bajo las condiciones que garanticen la custodia y cuidado de tales documentos, con la advertencia de que únicamente podrán hacer consulta del mismo quienes tengan la condición de parte dentro de este proceso (Destacados del original).*

Es más, en el vocativo de nulidad electoral 11001-03-28-000-2021-00032-00⁶, se dispuso levantar la reserva respecto de los documentos indicados expresamente, previa la siguiente consideración: “no todos los documentos allegados por el presidente... deben mantenerse bajo reserva, por lo que esta se levantará sólo respecto de aquellos, cuya divulgación no afecte los derechos a la privacidad e intimidad de las personas o que contengan datos sensibles”, conforme las previsiones del artículo 5⁷ de la Ley 1581 de 2012.

³Radicación 66001-33-31-003-2008-00078-01(59668). Actor: José Joaquín Millán Alarcón y otros. Demandado: Nación - Ministerio De Defensa Nacional - Ejército Nacional. M.P. Nicolás Yepes Corrales.

⁴ “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”, que en sus artículos 453 y 461 establece la reserva de las diligencias preliminares y del sumario.

“Artículo 453. Reserva de las diligencias preliminares. Las diligencias de indagación preliminar son reservadas, pero poseionado legalmente el defensor, podrá conocerlas, cuando se le haya recibido versión al imputado.”

“Artículo 461. Reserva del sumario. El sumario es reservado en su instrucción. Solamente podrán intervenir el funcionario de instrucción, el juez del conocimiento, el fiscal, los secretarios, el agente del Ministerio Público, el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, los peritos y sus asesores.”

⁵ “Constitución Política, artículo 74.

Código Penal, artículos 194, 418, 419, 420, 431 y 463.

Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002 artículos 34 y 35, entre otros”.

⁶ M.P. Pedro Pablo Vanegas Gil.

⁷ “**Artículo 5°. Datos sensibles.** Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos”.



Demandantes: Carlos Alberto Bryan Uribe y otros
Demandado: Jorge Méndez Hernández
(Cámara de San Andrés, Providencia y Santa Catalina 2022 - 2026)
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00034-00 Acumulados

Por su parte, la Corte Constitucional al conocer sobre la exequibilidad de la Ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, ilustró sobre la necesidad de conciliar los derechos en juego. Al efecto indicó:

La tensión entre el derecho a acceder a la información pública clasificada o pública reservada deberá resolverse en cada caso concreto, para determinar si la posibilidad de negar el acceso a este tipo de información, resulta razonable y proporcionada a la luz de los intereses que se pretenden salvaguardar al garantizar el derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, cuando se trata de información clasificada, se deberá sopesar en el caso concreto si la divulgación de ese tipo de información cumple una función constitucional importante o constituye una carga desproporcionada e irrazonable para el derecho a la intimidad de las personas afectadas, que no están obligadas a soportar.

Y en concreto, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 19 de la ley citada, atinente a la “*información exceptuada por daño a intereses públicos*” entendida como aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, en circunstancias como la relacionada con la prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias “mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso” (literal d), la Alta Corporación lo declaró exequible de manera condicionada, en cuanto que la norma 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.

Es más, concluyó con un planteamiento general que resulta ilustrativo, a mi juicio, de que no se trata de establecer un imperativo categórico frente a la reserva de la prueba cuando se trate de la función de los jueces:

Sobre la posibilidad de establecer reserva sobre documentos o información preliminar, la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones. Ha sostenido esta Corporación, que de conformidad con el artículo 74 Superior, el hecho de que una información en poder o control **de una autoridad sea preliminar, o se encuentre en construcción, no conduce automáticamente a que tenga carácter reservado.** En todos los casos en los que se ha examinado esta problemática, la Corte ha evaluado si esta restricción al derecho de acceso a la información cumple los requisitos constitucionales mediante un juicio estricto de constitucionalidad.

Incluso en providencia de 27 de septiembre de 2021⁸, al resolver un asunto sobre suministro de información para una investigación que adelantaba la Fundación para la libertad de Prensa -FLIP, relacionada con la persecución judicial de la cual son víctimas los periodistas, la Alta Corporación consideró que se vulneraron derechos fundamentales de acceso a la información pública y a la libertad de expresión.

Lo de resaltar de este pronunciamiento, para efectos de esta aclaración de voto, es que se fundamentó en todas las normas que establecen la condición de reserva y con

⁸ Sentencia T-330 de 27 de septiembre de 2021. Referencia: Expediente T-8.110.532. Acción de tutela formulada por Jonathan Bock en nombre propio y como representante legal de la Fundación para la libertad de Prensa -FLIP-. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS



Demandantes: Carlos Alberto Bryan Uribe y otros
Demandado: Jorge Méndez Hernández
(Cámara de San Andrés, Providencia y Santa Catalina 2022 - 2026)
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00034-00 Acumulados

todo estableció límites y condicionamientos que evidencian que no se trata de una restricción absoluta y total, comoquiera que protegió los derechos fundamentales del accionante, teniendo como referente la Ley 1712 de 2014 (arts. 18 y 19), en la Ley 906 de 2004, artículos 18, 150, 151, 152, 155 y 212B, atinentes a los asuntos sobre los cuales opera la reserva de la información. Incluso dentro del contexto de que la entidad esgrimió la excepción contenida en el artículo 212B, a saber: *“toda la información relativa a la indagación es reservada”* y en la 1581 de 2012, que prohíbe en sus artículos 5 y 6 el tratamiento de datos sensibles.

Con mayor razón, en mi parecer, frente al juez en su labor de administrar justicia, no puede indicarse que como la prueba trasladada es reservada, esta tenga una prohibición o un impedimento absoluto para ser analizada por él y permitir proferir la decisión con fundamento en dicho medio de convicción, pues insisto que corresponde analizar la situación en cada caso concreto dentro del marco del litigio que le han judicializado al operador, quien de todos modos está sometido al estricto cumplimiento del tratamiento procedimental de las pruebas que se consideran son reservadas.

Dejo así consignada mi aclaración de voto,

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/Casos/procesos.apsx>”