





#### **PROYECTO**

# FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE LA CAPACIDAD COLOMBIANA PARA AUMENTAR LA TRANSPARENCIA Y LA INTEGRIDAD

(DCI-ALA/2013/330-003)

LINEA ESTRATEGICA: INTEGRIDAD PÚBLICA Y GOBIERNO ABIERTO

LINEA DE ACCIÓN: LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

# RESERVA Y CLASIFICACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL MARCO DE LA LEY 1712

El presente producto es un documento de lineamientos para la creación de ajustes normativos y de política, que responde a las necesidades que se identificaron en las entidades priorizadas del sector de Seguridad y Defensa Nacional (incluido Inteligencia y Contrainteligencia), y que apunta a resolver los retos del posacuerdo en la temática.

**AUTOR:** Dejusticia

FECHA: Julio 2017





Cláusula ad cautelam, aclaración y exoneración

Este documento se ha realizado con ayuda financiera de la Unión Europea. Las opiniones expresadas en él no reflejan necesariamente la opinión oficial de la Unión Europea.





# CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD

#### **PRODUCTO XXIV**

## Contenido

1	In	troducción	4
2	Aj	justes normativos	5
I.		Reservas y clasificaciones que se deben crear 5	
	a)	Por no existir norma alguna que las contenga	5
	b) Por estar actualmente consagradas en normas de inferior jerarquía		ıía a la ley
		12	
II.		Reservas y clasificaciones que se deben derogar o modificar	13
	a)	De orden legal	13
	b)	De orden inferior al legal	34
3	Aj	justes de política	37
I.		Modificación de la guía para responder solicitudes de la Secret	aría de
Transparencia 38			
II.		Protocolo de contestación de solicitudes de información 44	
III		Manual de aplicación de determinadas reservas y clasificacio	nes de
información que ameritan especial atención en el marco del posacuerdo			
		47	





# CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD

#### **PRODUCTO XXIV**

## 1 Introducción

El presente documento constituye el vigésimo cuarto producto que se entrega en ejecución del contrato de consultoría suscrito entre la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (en adelante la "FIIAPP") y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (en adelante "Dejusticia"). Este producto, y los que vendrán en adelante fueron pactados en el *Adenddum al contrato*, firmado el 12 de julio de 2016, por medio del cual se amplió la consultoría en cuestión para garantizar también el uso de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y la correcta aplicación del test de daño a otras áreas temáticas del sector salud, así como a sectores adicionales relevantes para la consultoría.

Concretamente, el presente producto es un documento de lineamientos para la creación de ajustes normativos y de política, que responde a las necesidades que se identificaron en las entidades priorizadas del <u>sector de Seguridad y Defensa Nacional (incluido Inteligencia y Contrainteligencia)</u>, y que apunta a resolver los retos del posacuerdo en la temática.





# 2 Ajustes normativos

### I. Reservas y clasificaciones que se deben crear

#### a) Por no existir norma alguna que las contenga

En el producto # 20 de la consultoría se hizo el análisis de la información que según las entidades del sector de Seguridad y Defensa Nacional entrevistadas debería estar protegida y no lo está. A partir de allí, se identificó un conjunto de restricciones de acceso a la información que en efecto hace falta establecer en nuestro ordenamiento jurídico para proteger información que puede afectar intereses particulares o públicos. Pasamos ahora a proponer formalmente la expedición de esas normas como parte de los ajustes a adoptar.

#### • Reserva de ciertas categorías de información de defensa y seguridad nacional

De conformidad con las conclusiones del producto # 20, no existe como tal una norma que cumpla con los requisitos exigidos para ser aducida como fundamento legal de la reserva de la información por razones de seguridad y defensa nacional. Al respecto, el Principio 9 (b) de Tshwane¹ resalta que "se considera buena práctica que la legislación nacional establezca una lista exclusiva de categorías de información limitadas" en materia de seguridad y defensa nacional. Sin embargo, las normas de rango legal actualmente existentes en Colombia no proveen una lista de categorías de información. Por el contrario, se limitan a reservar toda la información relacionada con la defensa y seguridad nacional.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Estos "Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información", emitidos el 12 de junio de 2013, fueron redactados por 22 organizaciones durante un periodo de dos años, en el que se contó con la asesoría de más de 500 expertos de al menos 70 países. El proceso de redacción culminó con una reunión en la ciudad sudafricana de Tshwane, de la que estos Principios tomaron su nombre. Tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-511 de 2010, "si bien [estos principios] en principio no integran el bloque de constitucionalidad, en todo caso constituyen doctrina relevante para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del mismo".





Para lograr la precisión requerida, nos parece conveniente recurrir al literal a) del Principio 9 de Tshwane ya mencionado. De acuerdo con dicho literal, las siguientes categorías de información pueden ser reservadas en forma legítima:

"(i) Información sobre planes de defensa **en curso**, operaciones y cuestiones sobre capacidad **durante el período en que la información resulte de utilidad operativa**.

"Nota: Debe entenderse que la frase "durante el período en que la información resulte de utilidad operativa" exige divulgar la información una vez que esta ya no suponga revelar datos que podrían ser aprovechados por enemigos para conocer la capacidad de reacción del Estado, su capacidad, sus planes, etc.

"(ii) Información sobre la producción, capacidades, o uso de los sistemas de armamentos y otros sistemas militares, incluidos los sistemas de comunicaciones.

"Nota: Dicha información incluye datos e inventos tecnológicos, e información sobre su producción, capacidad o uso. La información sobre partidas presupuestarias relativas a armamento y otros sistemas militares deberían encontrarse disponibles para el público. Ver los Principios 10C(3) y 10F. El que los Estados mantengan y publiquen una lista de control de armamento supone una buena práctica alentada por el Tratado sobre el Comercio de Armas en lo que concierne a armas convencionales. La publicación de información relativa a armas, equipos y números de tropas también es una buena práctica. "(iii) Información sobre medidas específicas destinadas a resguardar el territorio del Estado,

infraestructura crítica o instituciones nacionales fundamentales (institutions essentielles) contra amenazas, uso de la fuerza o sabotaje, **cuya efectividad depende de su confidencialidad**;

"Nota: "Infraestructura crítica" hace referencia a recursos estratégicos, activos y sistemas, ya sea físicos o virtuales, de tal importancia para el Estado que su destrucción o incapacidad tendría un impacto debilitador en la seguridad nacional.

- "(iv) Información perteneciente a, o derivada de, operaciones, fuentes y métodos de los servicios de inteligencia, **siempre que conciernan a asuntos relativos a la seguridad nacional**; e
- "(v) Información relativa a asuntos de seguridad nacional suministrada por un Estado extranjero u organismo intergubernamental con una expectativa expresa de confidencialidad;





y otras comunicaciones diplomáticas en tanto tengan que ver con asuntos relativos a la seguridad nacional.

"Nota: Se considera buena práctica dejar constancia de estas expectativas por escrito.

"Nota: en la medida en que la información relativa a terrorismo y a medidas para la lucha contra el terrorismo esté comprendida en una de las categorías expuestas anteriormente, el derecho del público al acceso de dicha información podría estar sujeta a restricciones por motivos de seguridad nacional de acuerdo con estas y otras disposiciones de los Principios. A su vez, alguna información relacionada con terrorismo, o con medidas para la lucha contra el terrorismo podría ser de alto interés público: ver ej. Principios 10A, 10B y 10H(1)" (negrillas fuera del texto).

En consecuencia, proponemos expedir una norma legal que replique el contenido del literal b) del Principio 9 de Tshwane, o que al menos, lo tome de referencia. En caso de tomarse sólo como referencia, resulta pertinente agregar que de conformidad con el literal (c) del Principio 9, es aconsejable que el Estado colombiano sólo añada categorías adicionales a las de la lista anterior de categorías de información si: i) dichas categorías están específicamente identificadas y definidas de forma limitada; ii) la preservación del secreto de la información es necesaria para proteger un interés legítimo de seguridad nacional establecido por ley; y, iii) al proponer las categorías, el Estado explica que la divulgación de la información contenida en las mismas supondría una amenaza para la seguridad nacional.

En lo que respecta al término de duración de la reserva de información que se propone crear, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1712 de 2014, "[l]a reserva de las informaciones amparadas por el artículo 19 no deberá extenderse por un período mayor a quince (15) años". Entonces, siendo que la reserva de información que aquí se propone responde al bien jurídico consagrado en el literal a) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 (defensa y seguridad nacional), su término de duración no podrá exceder el término general de 15 años allí establecido.

Caso diferente es el de la información de inteligencia, la cual como ya se ha dicho, goza de una reserva especial consagrada en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, y de un término de





duración especial de máximo 30 años. Sin embargo, consideramos apropiado aprovechar la oportunidad legislativa para proponer la inclusión de un artículo adicional en el que se aclare que lo que respecta a la reserva de 30 años de la que habla el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, una vez cumplidos los primeros 15 años de reserva, los organismos de la comunidad de inteligencia y contrainteligencia deberán a hacer un test de daño más estricto. Así, a la hora de establecer el daño presente, probable y específico que se puede generar con la entrega de la información, el funcionario encargado debe tener presente si la información solicitada aún goza de utilidad operativa. En otras palabras, el funcionario debe estar obligado a preguntarse si se trata de medidas cuya efectividad aún depende de su confidencialidad. De lo contrario, estará obligado a entregar la información, sin importar que aún se tenga un margen adicional de 15 años para reservarla. En consecuencia, se propone la creación de un artículo que sea del siguiente tenor:

"Una vez transcurridos los primeros quince (15) años de la reserva de información de máximo treinta (30) años establecida en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, los organismos de la comunidad de inteligencia y contrainteligencia deberán hacer un test de daño más estricto a la hora de negar dicha información, en el que se tenga en cuenta si la información solicitada aún goza de utilidad operativa, o si se trata de medidas cuya efectividad aún depende de su confidencialidad. De lo contrario, estarán obligados a entregar la información".

Antes de finalizar, resulta necesario hacer varias aclaraciones frente a la reserva de información que aquí se propone crear. En primer lugar, cabe destacar que esta reserva de información será exigible tanto a los funcionarios uniformados del Sector Defensa, como a los empleados públicos civiles y no uniformados de los distintos niveles jerárquicos del sector. Caso similar a lo que sucede hoy en día con la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia consagrada en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, la cual debe ser entendida como aplicable tanto a los agentes de inteligencia y contrainteligencia, como a los empleados públicos civiles y no uniformados del Sector de Inteligencia.

En segundo lugar, es preciso recordar que en virtud del artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, el carácter reservado de una información o de determinados documentos, "(...) no será oponible a





las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente 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". En esa medida, debe quedar claro que la reserva de información que aquí se propone no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, soliciten acceso para el debido ejercicio de sus funciones.

Al respecto, cabe recordar que de conformidad con el artículo transitorio 2º del Título Transitorio incluido en la Constitución por medio del Acto Legislativo 01 de 2017, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) será un ente autónomo del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio. Por su parte, y tal como lo establece el artículo transitorio 3º ibid., la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en Contexto y en Razón del Conflicto Armado (UBPD) será un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. Por último, el artículo transitorio 5º ibid. señala que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. En esa medida, la inoponibilidad de la reserva aquí propuesta también se predica frente a estos mecanismos de justicia transicional (CEV, UBPD y JEP), que de acuerdo con la Constitución tienen el carácter de autoridades administrativas, y en el caso de la JEP, judiciales. De hecho, por medio de los Decretos Legislativos 588 y 589 de 2017², el Presidente de la República se encargó de organizar el funcionamiento de la CEV y la UBPD, dotándo así a estas entidades estatales de la debida estructura administrativa.

Por último, cabe destacar que la reserva de información que aquí se propone crear tampoco será oponible en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad. Lo anterior, de conformidad con el tercer inciso del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, así como con lo

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cuya entrada en vigencia se encuentra aún sujeta a la revisión de constitucionalidad que haga la Corte Constitucional.





establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, aplicable en Colombia por virtud del artículo 92 de la Constitución Política.

## Clasificación de la información relacionada con la identidad del denunciante de actos de corrupción

Tal como ya se desarrolló en el producto # 20, la clasificación de la identidad de los denunciantes de actos de corrupción pretende proteger el derecho de toda persona a la seguridad personal, consagrado en el literal b) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Así mismo, se trata de una medida idónea para la consecución de ese fin legítimo, no existiendo tampoco otros medios menos gravosos para conseguirlo. Por último, consideramos que en este caso el interés público en la divulgación de la información bajo examen no supera el riesgo de perjuicio que ésta puede acarrear para la vida y seguridad personal de dichos denunciantes. Más aún si se tiene presente el mecanismo especial para la atención, trámite y seguimiento de denuncias y alertas de ciudadanos y ciudadanas y las organizaciones y movimientos, por posibles hechos de corrupción en general, que el Gobierno se comprometió a crear como parte del programa especial para la eliminación y prevención de la corrupción en la implementación del Acuerdo de paz<sup>4</sup>.

Sin embargo, hasta el momento no hay una norma constitucional o legal que consagre de forma clara y precisa la clasificación de dicha información. Al respecto, el pasado 18 de agosto, el senador Guillermo Antonio Santos Marín radicó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 116 de 2016 Senado, "[p]or medio de la cual se adopta la Ley de Protección y Compensación al Denunciante de Actos de Corrupción Administrativa en el Gobierno nacional y se dictan otras disposiciones". En el artículo 8 de esta proyecto, se establecía la reserva de la identidad —por medio de la asignación de un código de identificación individual— para aquellos ciudadanos que presentaran denuncias de corrupción ante la Contraloría General de la Republica, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Comisión del Programa de

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha Do Araguaia") vs. Brasil, sentencia del 24 de noviembre de 2010; Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario militar") vs. Guatemala, sentencia del 20 de noviembre de 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Al respecto, ver el Punto 2.2.5 del Acuerdo de paz, sobre veeduría ciudadana, incluido en el Acuerdo del Punto 2 sobre participación política (p. 48 del Acuerdo de paz).





Protección a Reportantes de Actos de Corrupción y las entidades (DIAN, superintendencias) que conlleven inmersa esta facultad propia de control con base en la normatividad vigente, dentro del ámbito de su competencia y jurisdicción. Sin embargo, el mencionado proyecto de ley fue archivado debido al tránsito de legislatura.

Por ello, <u>se recomienda retomar dicho proyecto de ley</u>, modificando la redacción del artículo 8 para establecer que lo que se clasifica es la información relacionada con la identidad del denunciante, y que como método de pseudoanonimización se recurrirá a la asignación de un código de identificación individual.

#### • Reserva de la información sobre infraestructuras críticas cibernéticas nacionales

Tal como ya se desarrolló en el Producto # 20, la reserva de la información sobre infraestructuras críticas cibernéticas nacionales pretende proteger la seguridad y defensa nacional, consagrada en el literal a) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014. Así mismo, se trata de una medida idónea para la consecución de ese fin legítimo, no existiendo tampoco otros medios menos gravosos para conseguirlo. Por último, consideramos que en este caso el interés público en la divulgación de la información bajo examen no supera el riesgo de perjuicio que ésta puede acarrear para aquellas infraestructuras soportada por las TIC y por las tecnologías de operación, cuyo funcionamiento es indispensable para la prestación de servicios esenciales para los ciudadanos y para el Estado.

Sin embargo, hasta el momento no hay una norma constitucional o legal que consagre de forma clara y precisa la reserva de dicha información. Por ello, tomando como fuente de referencia el contenido de la Directiva 2008/114/CE del Consejo de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección, se propone crear una reserva legal de la información sobre infraestructuras críticas cibernéticas nacionales, que podría ser del siguiente tenor:





"Serán reservados los datos concretos sobre elementos infraestructurales críticos que puedan ser utilizados para planear y causar consecuencias inaceptables para las instalaciones de las infraestructuras críticas".

# b) Por estar actualmente consagradas en normas de inferior jerarquía a la ley

En el producto # 20 de la consultoría se hizo el análisis de las reservas y clasificaciones de información del sector de Seguridad y Defensa Nacional que están actualmente consagradas en normas de inferior jerarquía. A partir de allí, se identificó un conjunto de normas cuyo contenido debe consagrarse en leyes, toda vez que protegen información que puede afectar intereses particulares o públicos. Pasamos ahora a proponer formalmente la expedición de esas normas como parte de los ajustes a adoptar.

 La clasificación de la información relacionada con la seguridad del presidente de la República y su familia, vicepresidente y su familia, ministros y expresidentes en poder de la Unidad Nacional de Protección.

Esta restricción de acceso a la información pública responde a la excepción consagrada en el literal b) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege el derecho de toda persona a la vida y a la seguridad personal. Así mismo, se trata de una medida idónea para la consecución de ese fin legítimo, no existiendo tampoco otros medios menos gravosos para conseguirlo. Por último, consideramos que en este caso el interés público en la divulgación de la información bajo examen no supera el riesgo de perjuicio que ésta puede acarrear para la seguridad personal del presidente, el vicepresidente, los ministros, los expresidentes y sus familias.

Incluso, se podría evaluar la posibilidad de ampliar esta clasificación a la información relacionada con la seguridad de los integrantes de los partidos y movimientos políticos y sociales, especialmente los que ejerzan la oposición, y el nuevo movimiento que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal y de sus integrantes en proceso de reincorporación a la vida





civil, que esté en poder de la Instancia de Alto Nivel del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política que se comprometió a crear el Gobierno en el Acuerdo de paz<sup>5</sup>.

Sin embargo, esta clasificación de información está actualmente contenida en el numeral 14 del artículo 2º del Decreto 643 de 2004, que es una norma de inferior jerarquía a la ley. Por ello, consideramos necesario consagrar su contenido en una ley, y ampliarlo a la información antes mencionada que repose en cabeza de la Instancia de Alto Nivel del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política.

### II. Reservas y clasificaciones que se deben derogar o modificar

#### a) De orden legal

En el inventario de las normas de rango constitucional o legal del Sector Seguridad y Defensa Nacional, desarrollado en el producto # 8 de la consultoría, incluimos las normas que actualmente están siendo aplicadas en el Sector Defensa y Seguridad Nacional (incluyendo Inteligencia y Contrainteligencia) con el fin de reservar o clasificar información. Dentro de este conjunto de normas, existen algunas que deben ser derogadas o modificadas por no cumplir con los criterios que exige la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional en materia de reservas y clasificaciones de información. Pasamos ahora a proponer cada uno de esos ajustes.

#### • Literal b) del artículo 262 de la Decisión 486 de 2000 (CAN)

De acuerdo con dicho literal,

"Artículo 262. (...).Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial: (...)

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Al respecto, ver el Punto 3.4.7 del Acuerdo de paz, sobre Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política, incluido dentro del Acuerdo del Punto 3 sobre el fin del conflicto (p. 87 del Acuerdo de paz).





b) comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor; (...)"

En la medida en que prohíbe comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso como resultado de una relación contractual o laboral, este literal establece la clasificación de la información que esté cubierta por el secreto empresarial. Esta clasificación de información responde a la excepción consagrada en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege los secretos industriales y comerciales. En ese orden de ideas, la clasificación persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para conseguirlo.

Sin embargo, la norma bajo estudio no cumple con los **requisitos de claridad y precisión** que ha exigido la jurisprudencia constitucional frente a las reservas y clasificaciones de información, pues no establece claramente las categorías de información sobre las que recae el secreto empresarial. Según la Corte Constitucional, "[d]ado 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"<sup>6</sup>. Del mismo, en varias sentencias la Corte ha sostenido que las reservas y clasificaciones de información "[d]eben estar contenidas de forma clara, expresa, taxativa, previa y precisa en una ley de la república o en una norma con fuerza de ley"<sup>7</sup>.

Teniendo en cuenta que el artículo 260 de la Decisión 486 de 2000 (CAN)<sup>8</sup> define claramente lo que se considerará como secreto empresarial, <u>se propone interpretar el alcance de la clasificación incluida en el artículo 262 bajo estudio, a la luz del artículo 260 ib.</u>

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). No. de expediente: PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencias T-391 de 2007, T-473 de 1992, T-511 de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Según el cual:





#### Artículo 74 de la Constitución Política

Según este artículo constitucional:

"Artículo 74. (...)El secreto profesional es inviolable."

En la medida en que instituye la inviolabilidad del secreto profesional, este artículo constitucional establece la clasificación de la información que esté cubierta por este secreto. Esta clasificación de información responde a la excepción consagrada en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege los secretos profesionales. En esa medida, persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea, necesaria y proporcional para conseguirlo.

Sin embargo, la norma bajo estudio no cumple con los **requisitos de claridad y precisión** que ha exigido la jurisprudencia constitucional frente a las reservas y clasificaciones de información, pues no establece claramente las categorías de información sobre las que recae el secreto profesional. Según la Corte Constitucional, "[d]ado 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

<sup>&</sup>quot;Artículo 260. Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

<sup>&</sup>quot;a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

<sup>&</sup>quot;b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

<sup>&</sup>quot;c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios".





 $excepcional''^9$ . Del mismo, en varias sentencias la Corte ha sostenido que las reservas y clasificaciones de información "[d]eben estar contenidas de forma clara, expresa, taxativa, previa y precisa en una ley de la república o en una norma con fuerza de ley"<sup>10</sup>.

Por ello, <u>se propone reglamentar el artículo 74 bajo estudio, para definir claramente la información sobre la que recae el secreto profesional</u>. En esa medida, en la ley estatutaria que lo reglamente debe quedar claro que:

"El secreto profesional es inviolable y **recae sobre toda aquella información que por razón del** ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido una persona".

#### Artículo 12 de la Ley 57 de 1985

De acuerdo con ese artículo:

Artículo 12. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.

Este artículo establece la reserva de toda la información que haga relación a la defensa o seguridad nacional. Esta reserva responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional. En ese orden de ideas, persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para el efecto.

Sin embargo, y tal como se señaló previamente en el Producto # 20, la norma bajo estudio no cumple con los **requisitos de claridad y precisión** que ha exigido la jurisprudencia constitucional

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). No. de expediente: PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencias T-391 de 2007, T-473 de 1992, T-511 de 2010.





frente a las reservas y clasificaciones de información, pues no establece claramente las categorías de información sobre las que recae la reserva. Según la Corte Constitucional, "[d]ado 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"<sup>11</sup>. Del mismo modo, en varias sentencias la Corte ha sostenido que las reservas y clasificaciones de información "[d]eben estar contenidas de forma clara, expresa, taxativa, previa y precisa en una ley de la república o en una norma con fuerza de ley"<sup>12</sup>. Por su parte, el Principio 12 de Johannesburgo<sup>13</sup> establece que "[u]n estado no podrá denegar acceso de modo terminante a toda la información relativa a la seguridad nacional, sino que deberá designar en ley sólo aquellas categorías específicas y estrictas de información que sea necesario no revelar para proteger un interés legítimo de seguridad nacional". En esa medida, siendo que el artículo 12 de la Ley 57 de 1985 no cumple con el carácter taxativo y preciso que ha reclamado la jurisprudencia y la doctrina, no puede continuar considerándose una reserva de información válida.

Siendo que la Ley 57 de 1985 es anterior y contraria a la Ley 1712 de 2014, debe considerarse que fue derogada por el artículo 33 de la citada ley 1712 de 2014, según el cual "(...) La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias". No obstante, para evitar que se continúe prestando a confusiones, aconsejamos hacer una derogación expresa de esa norma.

 Numeral 4 del "Reglamento de Publicaciones Militares" FF.M.M. 3-1 (Público) aprobado por el Decreto Ley 1605 de 1988

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). No. de expediente: PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencias T-391 de 2007, T-473 de 1992, T-511 de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Estos "Principios sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información" fueron aprobados el 1 de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos convocado por ARTÍCULO 19, el Centro Internacional Contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, en Johannesburgo, ciudad de la que toman su nombre. Tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-511 de 2010, "si bien [estos principios] en principio no integran el bloque de constitucionalidad, en todo caso constituyen doctrina relevante para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del mismo".





De acuerdo con los literales k) y j) de este numeral:

#### <u>"k) T.O.E:</u>

Las T.O.E., son documentos reservados en los cuales se determina la misión, organización, equipo de dotación de las Unidades Orgánicas de las Fuerzas Militares. Las aprueba el Ministerio de Defensa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto número 2335 del 03 de diciembre de 1971.

#### I) Escalafones:

Los escalafones son publicaciones reservadas y numeradas, que contienen los nombres del personal de Oficiales y Suboficiales de cada Fuerza, clasificados por antigüedad. El escalafón general de las Fuerzas Militares es elaborado y aprobado por el Comando General y los particulares por los respectivos Comandos de Fuerza. "

Así, este numeral establece la reserva de los documentos T.O.E. y la clasificación de los escalafones. De acuerdo con el numeral en comento, los T.O.E. son documentos en los cuales se determina la misión, organización y equipo de dotación de las Unidades Orgánicas de las Fuerzas Militares. Por su parte, los escalafones son publicaciones numeradas que contienen los nombres del personal de Oficiales y Suboficiales de cada Fuerza, clasificados por antigüedad. Mientras la reserva de los documentos T.O.E responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional, la clasificación de los escalafones responde a la excepción consagrada en el literal b) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que en este caso protege la vida y la seguridad personal de los miembros de las fuerzas militares. En ese orden de ideas, la excepción de acceso a estos documentos responde a fines legítimos establecidos en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para el efecto. Del mismo modo, se trata de normas legales que establecen con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva y clasificación.

No obstante, la reserva de los documentos T.O.E. no cumple con el **requisito de proporcionalidad** que ha exigido la jurisprudencia constitucional frente a las reservas y





clasificaciones de información. Concretamente, consideramos que los beneficios que proporciona la medida no se encuentran en una relación de estricta proporcionalidad con las restricciones que genera para el derecho de acceder a la información pública. Así, la misión, organización y equipo de dotación de las Unidades Orgánicas de las Fuerzas Militares es información sobre la cual existe un interés preponderante a favor de su divulgación, en la medida en que su conocimiento facilita la rendición de cuentas por parte de las Fuerzas Militares. Al respecto, cabe destacar que el Principio 10 de Tshwane incluye dentro de las categorías de información sobre las cuales existe una fuerte presunción de divulgación "[1]a existencia de autoridades militares, de policía, seguridad e inteligencia, así como las subunidades". Por su parte, dentro de las notas hechas al Principio 9 de Tshwane por las organizaciones e individuos que intervinieron en la redacción de los mencionados principios, se señala que "[1]a publicación de información relativa a armas, equipos y números de tropas también es una buena práctica". En consecuencia, dada la relevancia que esta información reviste para el proceso de control democrático y el Estado de derecho, consideramos que debería ser pública y divulgada en forma proactiva.

Por su parte la clasificación de los escalafones no cumple con los **requisitos de necesidad ni proporcionalidad** exigidos por la jurisprudencia. Por un lado, en la sentencia T-1025 de 2007 la Corte Constitucional señaló claramente que la protección de la vida y seguridad personal de los agentes de la Fuerza Pública puede lograrse a través de medidas menos lesivas del derecho de acceso a la información, como puede ser el diseño de mecanismos de seguridad necesarios para impedir amenazas a la vida o integridad de estos agentes y de sus familiares. Por otro lado, la clasificación tanto de los nombres del personal de Oficiales y Suboficiales de cada Fuerza, como de su clasificación por antigüedad, comporta una afectación extrema del derecho de acceder a la información, dada la condición de servidores públicos de los miembros de las Fuerzas Militares por la que están sometidos al principio de publicidad. Frente al particular, cabe resaltar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, en la que señaló:

"(...) puede afirmarse sin duda alguna que el rechazo de la solicitud de suministro de los nombres, con el fin de garantizar la vida e integridad personal de los miembros de la Fuerza Pública, persigue un objetivo fiel a la Constitución, y además imperioso. También se





puede asegurar que el medio escogido para ello – reservarse los nombres – es adecuado para lograr el fin.

"Sin embargo, también en este caso puede concluirse que la medida escogida para lograr la no identificación de los miembros de la Fuerza Pública –la reserva de los nombres de los efectivos que participan en determinadas acciones distintas a las de inteligencia— no cumple con los requisitos de necesidad y de proporcionalidad que incorpora el juicio estricto de proporcionalidad de la medida. Ciertamente, para garantizar la seguridad de los miembros de la Fuerza Pública aludidos se puede acudir a medidas menos lesivas del derecho ciudadano a obtener información que reposa en las instituciones del Estado.

"La afectación de este derecho es aún menos tolerable si se tiene en cuenta que las personas cuyos nombres son solicitados por el actor son agentes de la Fuerza Pública. Si el Ejército y la Policía Nacional consideran que la identificación de sus agentes puede acarrearles riesgos para su vida e integridad personal, deben diseñar los mecanismos necesarios para impedir que cristalicen esos riesgos. Y, ciertamente, pocas instituciones cuentan con mejores condiciones para lograr este objetivo" (negrillas fuera del texto).

Por estas razones, <u>se propone derogar el numeral 4 del Reglamento de Publicaciones Militares"</u> FF.M.M. 3-1 (Público) aprobado por el Decreto Ley 1605 de 1988.

 Numeral 6 del "Reglamento de Publicaciones Militares" FF.M.M. 3-1 (Público) aprobado por el Decreto Ley 1605 de 1988

De acuerdo con el literal c) de dicho numeral:

"c) Reservados:

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1025 del tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007). No. de expediente: T-1401460. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.





Son aquellos que contienen información sobre procedimientos tácticos, operativos, estratégicos o logísticos que permiten acceso sólo a quienes tienen a su cargo la responsabilidad específica del contenido del manual o reglamento."

En consecuencia, este numeral establece la reserva de los reglamentos y publicaciones tanto de carácter general como particular que contienen información sobre procedimientos tácticos, operativos, estratégicos o logísticos. Esta reserva responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional. En ese orden de ideas, la excepción de acceso a estos documentos persigue fines legítimos establecidos en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para el efecto. Del mismo modo, se trata de una norma legal que establece con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva y clasificación.

No obstante, esta reserva no cumple con el **requisito de proporcionalidad** que ha exigido la jurisprudencia constitucional frente a las reservas y clasificaciones de información. En concreto, consideramos que la reserva de los *"procedimientos tácticos, operativos, estratégicos o logísticos"* sin consideración alguna sobre el tiempo durante el cual dicha información resulta de utilidad operativa, no es proporcional al interés que la justifica. Entonces, si bien somos conscientes de la importancia de esta reserva para la consecución de los fines de las Fuerzas Militares, consideramos que esto únicamente se predica de la información que continúa siendo útil para esos organismos. Al respecto, dentro de las notas hechas al Principio 9 de Tshwane por las organizaciones e individuos que intervinieron en la redacción de los mencionados principios, se señala:

"Debe entenderse que la frase "durante el período en que la información resulte de utilidad operativa" exige divulgar la información una vez que esta ya no suponga revelar datos que podrían ser aprovechados por enemigos para conocer la capacidad de reacción del Estado, su capacidad, sus planes, etc.".

Por ello, <u>recomendamos modificar el numeral 6 del "Reglamento de Publicaciones Militares"</u> <u>FF.M.M. 3-1 (Público) aprobado por el Decreto Ley 1605 de 1988</u>, de tal forma que quede claro





que la reserva de esa información se limita únicamente a aquellos reglamentos y publicaciones que continúen siendo de utilidad operativa para las Fuerzas Militares.

#### • Artículo 9 de la Ley 526 de 1999

Según el inciso cuarto de este artículo:

"Artículo 9. (...) La información que recaude la Unidad de que trata la presente ley en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis, estará sujeta a reserva, salvo solicitud de las autoridades competentes y las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista."

De esta forma, el presente artículo establece la reserva de la información que recaude la Unidad de Análisis Financiero (UIAF) en cumplimiento de sus funciones y la que produzca como resultado de su análisis. Esta restricción de acceso a información pública responde tanto a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 18 de la ley 1712 de 2014, que protege el derecho de toda persona a la intimidad, como a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional. En ese orden de ideas, persigue fines legítimos establecidos en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para lograrlos. Del mismo modo, se trata de una norma legal que establece con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de restricción.

Sin embargo, esta restricción de acceso a información pública se establece bajo el único argumento de que fue recaudada o generada por la UIAF. En esa medida, contraría lo establecido por el Principio 5(b) de Tschwane, según el cual "[n]o se podrá clasificar información por motivos relativos a la seguridad nacional simplemente con el argumento de que fue generada por, o transmitida a un Estado extranjero o un organismo intergubernamental, determinada autoridad pública o unidad dentro del ámbito de una autoridad" (negrillas fuera del texto).





Por esa razón, <u>se recomienda modificar el artículo 9 de la Ley 526 de 1999</u>, para que quede claro que únicamente estará restringido el acceso la información que recaude la UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis, cuyo conocimiento pueda causar un daño al derecho a la intimidad de los titulares de la información, o a la seguridad y defensa nacional.

#### Artículo 116 de la Ley 836 de 2003

De acuerdo con este artículo:

"Artículo 116. Reserva de la actuación disciplinaria. Están sometidas a reserva las investigaciones preliminares y las investigaciones disciplinarias, tanto del procedimiento ordinario como sumario. Los fallos son públicos".

Este artículo establece la reserva de las investigaciones preliminares y disciplinarias, tanto del procedimiento ordinario como del sumario. Esta reserva responde a la excepción consagrada en el literal d) del artículo 19 de la ley 1712 de 2014, que protege la prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias. En ese orden de ideas, persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para conseguirlo. Del mismo modo, se trata de una norma legal que establece con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva y clasificación.

No obstante, esta reserva no cumple con el **requisito de proporcionalidad** exigido por la jurisprudencia para las reservas y clasificaciones de información pública. Frente al particular, es preciso traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 1996 respecto del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, que establece la reserva de las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos. En ese fallo, la Corte Constitucional consideró que:

"La disposición demandada ha introducido una restricción desproporcionada para el ejercicio de los mentados derechos fundamentales y será, por lo tanto, declarada





exequible sólo bajo el entendido de que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica. En estas condiciones, el público puede libremente ser informado sobre los cargos y los descargos y las pruebas que los sustentan y, para el efecto, acceder al respectivo expediente, inclusive antes de que se expida el fallo de primera instancia, lo cual asegura que si a raíz del escrutinio público surgen nuevos elementos de prueba éstos podrán ser aportados antes de que se adopte la decisión final"15.

En esa medida, al igual que sucedió con el artículo 33 de la Ley 190 de 1995, el artículo bajo estudio debe dejar claro que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica. De lo contrario, se estará ante una reserva de información parcialmente **innecesaria** y que, por ende, no es **proporcional** al interés que la justifica.

Por ello, <u>se recomienda modificar el artículo 116 de la Ley 836 de 2003</u>, de tal forma que quede claro que la reserva a la que hace referencia sólo es válida hasta que se practiquen las pruebas a que haya lugar o hasta que expire el término general fijado por la ley para su práctica.

#### Artículo 155 de la Ley 906 de 2004

De conformidad con este artículo:

"Artículo 155. Publicidad. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-038 del cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). No. Expediente: D-980, D-981, D-982, D-986, D-988, D-992, D-994, D-995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.





la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decrete una medida cautelar."

Así, este artículo establece la reserva de varias audiencias penales, y entre ellas, la de las audiencias en las que se decrete una medida cautelar. Aunque podría pensarse que dicha restricción se refiere únicamente a la entrada a las audiencias, resulta necesario recordar que: i) en el sistema penal acusatorio, fundado en la oralidad, las audiencias pueden ser registradas en grabaciones de audio o video; y, ii) las grabaciones magnetofónicas son consideradas documentos<sup>16</sup>. En esa medida, estamos ante información pública que según el artículo *sub examine* es de carácter reservado.

Si bien la reserva de las demás audiencias mencionadas en el artículo ("de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales"), responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 18 de la ley 1712 de 2014, que protege el derecho de toda persona a la intimidad, no es claro el fin legítimo al que responde la reserva aquí examinada.

En ese orden de ideas, siendo que esta reserva de información no responde a ninguna de las excepciones establecidas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, y en esa medida, no persigue la protección de un fin constitucional legítimo, se recomienda derogar el aparte pertinente<sup>17</sup> del artículo 155 de la Ley 906 de 2004, de tal forma que su nueva redacción sea del siguiente tenor:

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Ver numeral 2º del artículo 424 de la Ley 906 de 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Que establece: "[i]gualmente aquella en la que decrete una medida cautelar".





"Artículo 155. Publicidad. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales."

#### Artículo 5 de la Ley 1097 de 2006

De acuerdo con este artículo:

"Artículo 5°. Reserva legal. La información relacionada con gastos reservados gozará de reserva legal por un término de 20 años, sin perjuicio de las investigaciones de orden penal, disciplinario o fiscal.

Con excepción del control político que determina la Constitución Nacional y de las investigaciones formales de que trata el inciso anterior, la información a que se refiere el presente artículo solo podrá ser examinada por el grupo auditor definido en el artículo 4º de la presente ley.

La información por su carácter reservado no podrá hacerse pública y el informe respectivo se rendirá en informe separado que tendrá también el carácter de reservado, al cual solo tendrán acceso las autoridades competentes con fines de control político, penal, disciplinario o fiscal."

Este artículo establece la reserva de la información relacionada con gastos reservados, siendo éstos los destinados a financiar las actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación





criminal y protección de testigos e informantes. Esta reserva responde a la excepción consagrada tanto en el literal b) del artículo 18, que protege la vida y seguridad personal de los testigos e informantes, como en el literal a) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional. En ese orden de ideas, persigue fines legítimos establecidos en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea y necesaria para el efecto. Del mismo modo, se trata de una norma legal que establece con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva y clasificación.

Incluso, la disposición bajo estudio incluye expresamente un término para permitir el acceso a la información. No obstante, consideramos que el término de 20 años establecido no cumple con los **requisitos de razonabilidad y proporcionalidad** exigidos por la jurisprudencia para las reservas de información<sup>18</sup>. Al respecto, cabe destacar en primer lugar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 2007, según la cual:

"La reserva debe ser temporal. Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término debe levantarse. A este respecto, por ejemplo, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de una norma que no establecía un plazo razonable para la reserva de las investigaciones disciplinarias. La Corte encontró que la reserva de ley sobre la investigación disciplinaria debía levantarse una vez se practicaran todas las pruebas de la investigación o, una vez vencido el término legal para su práctica. Extender la reserva más allá de dicho plazo resulta desproporcionado y viola el derecho de acceso a la información Pública" (negrilla fuera del texto).

Defensoría del Pueblo". Por el contrario, no emitió pronunciamiento alguno respecto de la constitucionalidad del término de reserva allí incluido.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Es preciso resaltar que al analizar la constitucionalidad de este artículo 5º, en la sentencia C-491 de 2007 la Corte Constitucional se refirió únicamente al hecho de que el mismo no consagraba dentro de las autoridades que pueden tener acceso a información sobre gastos reservados a la Defensoría del Pueblo. En esa medida, la Corte se limitó a "declarar la exequibilidad del artículo demandado sólo respecto del cargo adecuadamente formulado, es decir, por la presunta violación de la Constitución dado el simple hecho de la existencia de una reserva legal oponible a la

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de Expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.





En el mismo sentido, el Principio 7 de Lima<sup>20</sup> dispone que "[I]as normas que desarrollen este derecho deben garantizar (...) que el plazo para permitir el acceso o entrega de la información debe ser oportuno y razonable" (negrilla fuera del texto). Por su parte, el Principio 8 ib. señala, en su parte pertinente: "La ley, habiendo determinado los casos específicos de información clasificada, establecerá plazos y procedimientos razonables para su desclasificación tan pronto como el interés de seguridad nacional lo permita. En ningún caso una información podrá ser mantenida clasificada indefinidamente" (negrilla fuera del texto).

Adicionalmente, es pertinente traer a colación el contenido del artículo 22 de la Ley 1712 de 2014 (ley estatutaria y posterior), según el cual "[l]a reserva de las informaciones amparadas por el artículo 19, no deberá extenderse por un período mayor a quince (15) años". Siendo así, parece claro que el término razonable para las reservas de información que responden a motivos de defensa y seguridad nacional es el de 15 años. Esto, a excepción de las reservas de información de inteligencia y contrainteligencia, las cuales, tal y como lo señala el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, pueden establecerse por un término máximo de 30 años.

En esa medida, consideramos que la reserva de la información relacionada con gastos reservados debe sujetarse a un término máximo de 15 años, teniendo como única excepción la reserva de los gastos destinados a financiar las actividades de inteligencia y contrainteligencia, la cual podrá ser de máximo 30 años. Por ello, recomendamos modificar el artículo 5 de la Ley 1097 de 2006, de tal forma que quede claro que la calificación de la información relacionada con gastos reservados se sujetará a los términos establecidos en las Leyes Estatutarias 1712 de 2014 y 1621 de 2013, según corresponda.

#### • Artículo 7 de la Ley 1219 de 2008

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Estos principios fueron formulados en una declaración conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión de la ONU y la OEA y presidentes de las sociedades de prensa de varios países europeas y americanas. Tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-511 de 2010, "si bien [estos principios] en principio no integran el bloque de constitucionalidad, en todo caso constituyen doctrina relevante para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del mismo".





De conformidad con el presente artículo:

"Artículo 7°. Publicidad de los contratos. Por la naturaleza de la contratación por el rubro de gastos reservados, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 1097 de 2006, no requieren publicación en el Diario Único de Contratación Pública, ni en el portal de contratación de la Entidad. Los contratos así celebrados, gozarán de reserva legal."

De esta forma, este artículo y el 5º del Decreto 1837 de 2007 que lo reglamenta, establecen la reserva de los contratos que celebren 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 la Ley 1097 de 2006. Así mismo, señalan que "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 1097 de 2006, no requieren publicación en el Diario Único de Contratación Pública, ni en el portal de contratación de la Entidad". Frente al particular, cabe interpretar que la referencia al Diario Único de Contratación Pública debe entenderse hecha al Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), toda vez que el artículo 223 del Decreto Legislativo 019 de 2012 eliminó el primero y dispuso que los contratos celebrados a partir del 1º de junio de 2012 sólo se publicarán en el SECOP.

Al igual que en el caso del artículo 5 de la Ley 1097 de 2006, esta reserva responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional. En ese orden de ideas, persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea, necesaria y proporcional para el efecto. Del mismo modo, se trata de una norma legal que establece con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva y clasificación.

No obstante, consideramos que la exención de la obligación de publicar en el SECOP los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 1097 de 2006, contaría lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia en cuanto a la **publicidad de la existencia de la información pública**. Al respecto, el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 establece en su parte





pertinente que "[l]a reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia". Del mismo modo, en la sentencia C-491 de 2007 la Corte Constitucional señaló:

"La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia. Al respecto la Corte ha indicado que "el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.)""<sup>21</sup>.

En consecuencia, si bien parece claro que *el contenido* de los contratos con cargo a gastos reservados es reservado y por ende, no puede ser publicado en el SECOP, no sucede lo mismo con *la existencia* de dichos contratos. Por esa razón, <u>recomendamos modificar el artículo 7 de la Ley 1219 de 2008</u>, de tal forma que quede claro que si bien no hay obligación de publicar el contenido de esos contratos en el SECOP, no sucede lo mismo con su existencia, la cual sí debe ser reportada al sistema por medio del registro de: i) la celebración del contrato; y, ii) la temática del mismo (incluso, sería deseable que se publiquen también los datos básicos del contrato, como valor y duración). En consecuencia, se propone que la nueva redacción del artículo en comento sea del siguiente tenor:

"Artículo 7°. Publicidad de los contratos. Por la naturaleza de la contratación por el rubro de gastos reservados, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 1097 de 2006, no requieren publicación de su contenido en el Diario Único de Contratación Pública, ni en el portal de contratación de la Entidad. Los contratos así celebrados, gozarán de reserva legal, pero su existencia deberá ser reportada, así como la temática del contrato celebrado, su valor y su duración".

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). No. de Expediente: D-6583. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.





#### • Numeral 2 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011

#### Según este numeral:

"Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial: (...)

2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales."

En esa medida, este numeral establece la reserva de las informaciones y documentos relacionados con la defensa o seguridad nacionales. Esta reserva responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, que protege la seguridad y defensa nacional. En ese orden de ideas, persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para el efecto.

Sin embargo, y tal como se señaló previamente en el producto # 20, al igual que en el caso del artículo 12 de la Ley 57 de 1985 la norma bajo estudio no cumple con los **requisitos de claridad y precisión** que ha exigido la jurisprudencia constitucional frente a las reservas y clasificaciones de información, pues no establece claramente las categorías de información sobre las que recae la reserva. Al respecto, cabe destacar lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-274 de 2013 frente al parágrafo 2° del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, el cual establecía de manera general que toda la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional era reservada. En esa ocasión, la Corte Constitucional consideró que:

"(...) este parágrafo es contrario al artículo 74 de la Carta, pues transforma en secretas informaciones y documentos que deberían estar sometidos al escrutinio público, facilitando actuaciones claramente contrarias al Estado de derecho y al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática (...). En efecto, este listado genérico cobija todo tipo de información, sin precisar de manera clara y





concreta el tipo de información cobijada por la reserva, ni las razones por las cuales esa reserva deba garantizarse. 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"<sup>22</sup> (negrillas fuera del texto).

En esa medida, siendo que el numeral 2 bajo estudio tampoco cumple con el carácter taxativo y preciso que se exige para las reservas y clasificaciones de información, <u>aconsejamos que sea derogado</u>.

#### Artículo 54 de la Ley 1476 de 2011

De conformidad con este artículo:

"Artículo 54. Reserva. Están sometidas a reserva las averiguaciones previas y las investigaciones administrativas. Los fallos son públicos."

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). Expediente PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.





Este artículo establece la reserva de las averiguaciones previas y las investigaciones administrativas por pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública. Esta reserva responde a la excepción consagrada en el literal d) del artículo 19 de la ley 1712 de 2014, que protege la prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias. En ese orden de ideas, persigue un fin legítimo establecido en la Ley 1712 de 2014, y es una medida idónea para conseguirlo. Del mismo modo, se trata de una norma legal que establece con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva y clasificación.

No obstante, esta reserva no cumple con el **requisito de proporcionalidad** exigido por la jurisprudencia para las reservas y clasificaciones de información pública. Frente al particular, es preciso traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 1996 respecto del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, que establece la reserva de las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos. En ese fallo, la Corte Constitucional consideró que:

"La disposición demandada ha introducido una restricción desproporcionada para el ejercicio de los mentados derechos fundamentales y será, por lo tanto, declarada exequible sólo bajo el entendido de que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica. En estas condiciones, el público puede libremente ser informado sobre los cargos y los descargos y las pruebas que los sustentan y, para el efecto, acceder al respectivo expediente, inclusive antes de que se expida el fallo de primera instancia, lo cual asegura que si a raíz del escrutinio público surgen nuevos elementos de prueba éstos podrán ser aportados antes de que se adopte la decisión final".

Si bien en esta ocasión no se trata de una investigación propiamente disciplinaria, consideramos apropiado adoptar el mismo razonamiento. En esa medida, al igual que sucedió con el artículo 33





de la Ley 190 de 1995, el artículo bajo estudio debe dejar claro que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica. De lo contrario, se estará ante una reserva de información parcialmente innecesaria, y que por ende, no es proporcional al interés que la justifica.

Por ello, <u>se recomienda modificar el artículo 54 de la Ley 1476 de 2011</u>, de tal forma que quede claro que la reserva a la que hace referencia sólo es válida hasta que se practiquen las pruebas a que haya lugar o hasta que expire el término general fijado por la ley para su práctica.

#### b) De orden inferior al legal

Como ya se mencionó, en el producto # 20 de la consultoría se analizaron las reservas y clasificaciones de información del sector de Defensa y Seguridad Nacional que están actualmente consagradas en normas de inferior jerarquía. A partir de allí, se identificó un conjunto de normas que deben ser derogadas, pues además de vulnerar el principio de reserva legal, tienen un contenido inconstitucional o ilegal. En consecuencia, las normas jurídicas de orden inferior al legal que por las razones ya expuestas en el producto # 20 se propone derogar, son:

• El numeral 8.3.2.1. del Reglamento Aeronáutico Colombiano<sup>23</sup>, que establece la reserva de a) Las declaraciones de las personas responsables de la operación segura de la aeronave; b) Las comunicaciones de las personas que tienen bajo su responsabilidad la operación segura de la aeronave; c) La información de carácter médico o personal sobre

-

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Según el cual: "Ni los miembros del Consejo de Seguridad Aérea, ni los funcionarios o técnicos llamados por el Jefe de la Oficina de Control y Seguridad Aérea, como asesores en una investigación de un accidente aéreo podrán suministrar o revelar información alguna sobre cualquiera de los registros que se indican a continuación: a) Las declaraciones de las personas responsables de la operación segura de la aeronave; b) Las comunicaciones de las personas que tienen bajo su responsabilidad la operación segura de la aeronave; c) La información de carácter médico o personal sobre personas implicadas en la investigación; d) Las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las transcripciones de las mismas; e) Las opiniones expresadas en el análisis de la información, incluida la información contenida en los registradores de vuelo".





personas implicadas en la investigación; d) Las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las transcripciones de las mismas; e) Las opiniones expresadas en el análisis de la información, incluida la información contenida en los registradores de vuelo; obtenidas en el marco de las investigaciones de un accidente aéreo.

• El aparte pertinente<sup>24</sup> del artículo 2.2.5.1.5.2.6. del Decreto 1069 de 2015, que establece la clasificación de la información "que por algún motivo ponga en riesgo los derechos fundamentales de las personas". En consecuencia, se propone que la nueva redacción del artículo en comento sea del siguiente tenor:

"Artículo 2.2.5.1.5.2.6. Información sometida a reserva. La información que por ley tenga carácter de reservada deberá conservar su carácter reservado. En consecuencia, la misma solo podrá ser suministrada a las entidades pertenecientes al SIIJT, quienes garantizarán esta reserva.

Dicha información podrá igualmente ser utilizada para efectos

Parágrafo. Protección de datos. Con el propósito de garantizar la reserva y confidencialidad de la información, el Subcomité Técnico definirá los mecanismos de seguridad y control de acceso al SIIJT."

• Los apartes pertinentes<sup>25</sup> de los artículos 2.2.3.4.1., 2.2.3.4.2. y 2.2.3.6.1. del Decreto 1070 de 2015, que establecen la reserva de **todos** aquellos documentos originados, procesados o producidos por los organismos de inteligencia y contrainteligencia. En consecuencia, se propone que en la nueva redacción de los artículos en comento se

estadísticos.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Según el cual: "(...) o que por algún motivo ponga en riesgo los derechos fundamentales de las personas".

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> El aparte del artículo 2.2.3.4.1. según el cual: "Estos documentos de conformidad con la ley están protegidos por la reserva legal (...)"

El aparte del artículo 2.2.3.4.2. según el cual: "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".

El aparte del artículo 2.2.3.6.1. según el cual: "estarán amparados por la reserva legal y".





elimine cualquier referencia a la reserva de esa información (la cual ya existe legalmente en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013), quedando entonces del siguiente tenor:

"Artículo 2.2.3.4.1. 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.

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 2.2.3.4.2. Protección de los documentos de inteligencia y contrainteligencia. La difusión contenida en **los** 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".

"Artículo 2.2.3.6.1. **Niveles de clasificación.** En los términos del artículo 37 de la Ley 1621 de 2013, **a** los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia se les asignará un nivel de clasificación de acuerdo con lo establecido en el siguiente artículo."





• El aparte pertinente<sup>26</sup> del artículo 2.2.3.5.1. del Decreto 1070 de 2015, que establece la reserva de los manuales de inteligencia y los demás documentos que hagan parte de ellos. En consecuencia, se propone que la nueva redacción del artículo en comento sea del siguiente tenor:

"Artículo 2.2.3.5.1. Manuales. Los Jefes o Directores de los organismos que integran la comunidad de inteligencia establecerán los contenidos, adoptarán y expedirán los manuales de inteligencia y contrainteligencia en cada uno de sus organismos, derogando aquellas disposiciones contrarias a la Constitución y a la Ley 1621 de 2013.

Los manuales deberán ser revisados y actualizados periódicamente, dejando constancia de la fecha en que se revisan o actualizan, de los cambios que se efectúan y de la fecha a partir de la cual entran en vigencia las modificaciones.

Los manuales y los demás documentos que hagan parte de ellos tendrán el nivel de clasificación que establezca cada organismo.

• El Parágrafo 1º del artículo 2.2.3.9.3. del Decreto 1070 de 2015<sup>27</sup>, que establece la clasificación de las hojas de vida, los perfiles y los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades.

## 3 Ajustes de política

A continuación se proponen las siguientes medidas institucionales para facilitar la aplicación de las reservas y clasificaciones: i) La modificación de la *Guía para responder solicitudes de información* creada por la Secretaría de Transparencia; ii) La creación de un protocolo de contestación de solicitudes de información que enfatice en la importancia de que el test de daño

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Según el cual: "(...) y mantendrán la reserva legal, de acuerdo con la Constitución, la ley estatutaria vigente en materia de inteligencia y contrainteligencia y el presente Título."

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Según el cual: "Parágrafo 1°. Las hojas de vida, los perfiles o los datos de los servidores públicos de inteligencia y contrainteligencia y de los contratistas que lleven a cabo estas actividades, no deberán ser revelados, incorporados, ni publicados en páginas y/o portales electrónicos o web u otros medios similares".





sea realizado por un funcionario con conocimientos jurídicos y iii) Un manual de aplicación de determinadas reservas y clasificaciones de información que ameritan especial atención en el marco del posacuerdo.

## Modificación de la guía para responder solicitudes de la Secretaría de Transparencia

Actualmente, la Secretaría de Transparencia cuenta con cuatro (4) guías para la implementación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información. Una de estas guías es la *Guía para responder a solicitudes de Información Pública*, que contiene información relevante sobre los pasos que deben ser seguidos por los sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014 para responder a las solicitudes de información que está en su poder, custodia o posesión. A pesar de los insumos útiles que incluye esta guía, consideramos que su contenido podría mejorarse con algunas reglas y lineamientos que hemos estudiado en el marco de esta consultoría, principalmente en lo relacionado con la identificación y calificación de la información clasificada y reservada. A continuación, describiremos los ajustes y modificaciones que proponemos para algunos pasos que contiene la mencionada guía.

a. <u>Aclaración sobre el tiempo de respuesta que tienen las entidades obligadas para responder las solicitudes de información</u>

En el Paso 2 de la guía<sup>28</sup> (*Identificar si se trata de una solicitud de información*) se mencionan los tiempos que tienen los sujetos obligados para responder a las solicitudes de información, los derechos de petición en interés general, los derechos de petición de interés particular, los derechos de petición de consulta y los derechos de petición interadminsitrativos. En este sentido, recomendamos aclarar que *la solicitud de información* es lo mismo que *el derecho de petición para solicitar información* (artículo 14 de la Ley 1577 de 2015). Esta aclaración es

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Presidencia de la República de Colombia. Secretaría de Transparencia. *Guía para responder a solicitudes de información pública.* 2016. Página 15. Disponible en:

 $http://www.secretaria transparencia.gov.co/prensa/2016/Documents/guia-para-responder-a-solicitudes-de-acceso-a-informacion% 20 publica\_web.pdf$ 





importante para que las autoridades sepan con certeza que las solicitudes de información deben tramitarse en un máximo de diez (10) días siguientes a su recepción, independientemente del nombre o asunto que se le atribuya.

b. Aclaración sobre la obligación que tienen los sujetos obligados de crear la información en caso de que no exista

En el Paso 4 de la guía (Asegurar la existencia de la información) se menciona que "[e]l sujeto obligado debe identificar si la información que es solicitada existe o si debe ser creada (...)"<sup>29</sup>. Consideramos que en este punto es importante aclarar que los sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014 tienen la obligación de crear la información solicitada por ciudadanos o autoridades administrativas o judiciales en cumplimiento de sus funciones en caso de que dicha información no exista. Recomendamos específicamente explicar el sustento legal de esta afirmación.

Debe recordarse que en la Sentencia C-274 de 2013, mediante la cual se hace el control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, la Corte Constitucional establece que el derecho de acceso a los documentos públicos impone deberes correlativos a todas las autoridades estatales. Uno de esos deberes, afirma la Corte, es el de "suministrar a quien lo solicite, **información clara, completa, oportuna, cierta y actualizada** (...)" (negrilla fuera de texto). De forma similar, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>30</sup> sostiene que "[t]oda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, **en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla**" (negrilla fuera de texto). Según esto, las entidades del Estado están obligadas a suministrar información actualizada, con el fin de que, tanto los ciudadanos como las demás entidades y sujetos interesados, puedan hacer un control efectivo sobre el estado actual de diversos eventos o situaciones de interés público.

-

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Íbid. Página 19.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Ver Corte Constitucional. Auto 034 de 2007. La Convención Americana y los derechos y deberes que incluye hacen parte del ordenamiento colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad.





De manera correlativa, esta obligación implica el deber de estructurar sistemas que permitan el almacenamiento y conservación de la información<sup>31</sup>. Es decir, no solo existe la obligación de publicar y suministrar información actualizada a quien lo solicite, sino que las entidades también están obligadas a mantener archivos ordenados y accesibles, y suministrar información que ha sido previamente publicada o versiones anteriores de los documentos públicos. Por esta razón, el artículo 14 de la Ley 1712 de 2014 establece que los sujetos obligados deben garantizar la información previamente publicada. En concreto, este artículo impone el deber de publicar determinada información en el sitio web de la entidad cuando los ciudadanos soliciten el acceso a esta.

#### c. Precisiones sobre la calificación de información como clasificada y reservada

En el paso 5 de la guía<sup>32</sup> (*Establecer si es información clasificada y reservada*) se incluyen instrucciones básicas de cómo determinar si la información que se solicita tiene el carácter de clasificada o reservada. En efecto, se estipula cuáles deben ser las consideraciones que debe tomar el sujeto obligado para establecer si, ante una solicitud de información, esta se encuentra clasificada o reservada. En ese sentido, la guía propone una explicación en la que se menciona cuáles son los requisitos mínimos de la respuesta que niega la información solicitada, la casilla en la que puede encontrar esta información en el Índice de Información Clasificada y Reservada y cómo determinar ese requisito si no se encuentra en tal índice.

Sin embargo, consideramos que hace falta una serie de precisiones sobre temas específicos que son fundamentales para que el sujeto obligado pueda tener claridad sobre qué información tiene el carácter de clasificada y reservada. Estas precisiones podrán serle de gran utilidad al momento de contestar solicitudes de información y motivar respuestas negativas a dichas solicitudes. Se recomienda, en concreto, complementar esta parte de la guía con el contenido que presentamos a continuación.

 Especial importancia del acceso a la información pública como regla general en el posconflicto

-

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> CIDH. El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Internacional. 2012. P.31

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Íbid. Página 20.





Debe recordarse que las reservas y clasificaciones constituyen una excepción a la regla general de máxima divulgación de la información pública. El Acuerdo de Paz incluye nuevos compromisos que acentúan el deber de máxima divulgación de los sujetos obligados. En específico, la *Guía para responder a solicitudes de información* debería hacer énfasis en las nuevas exigencias del Acuerdo con relación a la divulgación de información pública. En resumen, en cada punto del acuerdo se imponen los siguientes compromisos<sup>33</sup>:

En el **Punto 2** del Acuerdo (*Participación Política y Apertura Democrática*) existen compromisos relacionados con la creación de un Sistema de Seguridad para el Ejercicio de la Política<sup>34</sup>, en el que se debe garantizar la existencia de sistemas de información y monitoreo de las políticas de seguridad para líderes políticos, movimientos sociales y defensores de derechos humanos

En el Punto 3 (*Fin del Conflicto*) también hay compromisos interesantes con relación a la garantía del acceso a la información. Específicamente, el punto 3.1.1.3 indica que el **Gobierno Nacional** y las FARC-EP deben proporcionar de manera gradual datos e información sobre los siguientes puntos: i) Labor de Mecanismo de Monitoreo y Verificación; ii) Presupuesto y Logística; iii) **Seguridad y dispositivos en el terreno**; iv) **Dejación de armas**; y, v) Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil.

En el punto 5 (*Víctimas*) también es posible encontrar algunos compromisos que se relacionan directamente con el acceso a la información y pueden ser de gran importancia en materia de restricciones y máxima divulgación:

Punto 5.1.1.1.8 sobre Compromisos de Contribución al Esclarecimiento de la Verdad: se sostiene que, de conformidad con las leyes aplicables, el Gobierno Nacional se compromete a facilitar la información que requiere la Comisión del Esclarecimiento de la Verdad, la Reconciliación y la No Repetición para el efectivo cumplimiento de sus funciones.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> En este punto no se profundiza en el contenido específico de cada exigencia, pues más adelante nos concentraremos en esbozar el contenido de un Manual de aplicación de las reservas y clasificaciones de información que ameritan especial atención en el marco del posacuerdo.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Gobierno Nacional de Colombia. *Acuerdo para la Terminación del Conflicto y la Consolidación de una Paz Estable y Duradera*. Punto 2.1.2.1 sobre el Sistema Integral para el Ejercicio de la Política.





- Punto 5.1.1.2 sobre la creación y funciones de la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto: se estipula que, mientras se pone en marcha el funcionamiento de la Comisión, se decidió crear un mecanismo de recolección de información estrictamente humanitaria entre: Gobierno Nacional, FARC-EP, Organizaciones de Víctimas y Organizaciones Sociales. De igual manera, en este punto se establece que el Gobierno Nacional se compromete a facilitar la consulta de información que requiera la Unidad para el cumplimiento de sus funciones.
- Precisiones sobre la clasificación por motivos de intimidad

En el literal (a) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 se explica que es clasificada toda información cuyo acceso pueda causar un daño al "derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011". Debe tenerse en cuenta que esta restricción a la información pública no es absoluta y se debe tener en cuenta su alcance y su procedencia en cada caso.

En primer lugar, las normas que debe citar el sujeto obligado cuando vaya a negar una solicitud de información pública por motivos de intimidad deben ser las siguientes:

En general, cuando se aduce la protección del derecho a la intimidad para negar el acceso a información pública, el sujeto obligado debe: i) señalar que se trata de la excepción contenida en el literal a) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014; y, ii) citar el artículo 15 de la Constitución Política, que en su parte pertinente establece: "[t]odas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar"35.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Frente a las reservas y clasificaciones de información, la Corte Constitucional ha señalado claramente que "la norma que establece el límite [debe ser] (...) precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos" (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-491 del veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007). M.P.: Jaime Córdoba Triviño). En principio, el artículo 15 de la Constitución Política no parece cumplir con los criterios de precisión y claridad exigidos por la Corte. No obstante, es necesario tener en cuenta que la noción de intimidad trae implícito el concepto de secreto; en esa medida, la expresión "y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar" puede ser interpretada como la exigencia de clasificación de la información que tenga que ver con la intimidad personal y familiar de las personas.





- Cuando la información cuyo acceso se niega es la historia clínica: en lugar de citar el artículo 15 de la Constitución Política, corresponde citar el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, de conformidad con el cual "[l]a historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley" (negrilla fuera del texto).
- Cuando la información que se pretende negar son las hojas de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y los registros de personal: en lugar de citar el artículo 15 de la Constitución Política es más apropiado citar el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015), según el cual: "Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: (...) 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica" (subrayas y negrillas fuera del texto).

De igual forma, se recomienda incluir en la guía de la Secretaría de Transparencia las siguientes subreglas sobre la aplicación de la clasificación por razones de intimidad<sup>36</sup>:

✓ La clasificación de la información no aplica a los titulares del derecho

\_

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> La Corte Constitucional ha entendido que esta excepción comprende los derechos a la intimidad y al habeas data. El derecho a la intimidad, por un lado, protege la vida privada de las personas, entendida por la Corte Constitucional como una esfera, ámbito o espacio ontológico—no material— del individuo, que está sustraído a la injerencia o al conocimiento de terceros, y en el que se encuentran fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que sólo le interesan al titular del derecho. Por su parte, el derecho al habeas data es un derecho autónomo "que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-729 del cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). Expediente T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.





- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso a los datos personales de servidores públicos que tengan que ver con la gestión y el ejercicio de su cargo.
- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso a datos impersonales.
- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso a datos personales solicitados por los causahabientes del titular de los datos.
- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso a datos personales solicitados por los representantes legales del titular de los datos.
- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso de datos personales requeridos por entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales.
- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso de datos personales requeridos por orden judicial.
- ✓ La protección del derecho al habeas data no puede ser aducida para negar el acceso a datos personales a terceros que hayan sido autorizados por el titular de los datos o por la ley.

La protección del derecho a la intimidad **sí** puede ser aducida para negar el acceso a la información de alguien que ya ha fallecido, pues en ese caso lo que se intenta proteger es el derecho a la intimidad de su núcleo familiar.

### II. Protocolo de contestación de solicitudes de información

<u>Objetivo</u>: servir de guía para las entidades priorizadas de los sectores administrativos estudiados, para que contesten de manera correcta y eficaz las solicitudes de información que llegan a sus diferentes oficinas o dependencias.





Es fundamental que el siguiente protocolo sea insertado en un documento jurídico vinculante emitido por la entidad líder de la política pública de transparencia. Esta medida se orienta a garantizar que las entidades cumplan con este protocolo, no como un procedimiento recomendado, sino como un deber surgido de la política pública de transparencia.

<u>Contenido</u>: El protocolo debe señalar el siguiente procedimiento de respuesta a solicitudes de información, que consta de tres etapas:

- 1. Primera etapa: Identificación de la solicitud de información.
  - 1.1. Recibir la solicitud de acceso a la información: los medios idóneos para recibir las solicitudes de acceso a la información son los siguientes: i) Presencialmente, por escrito o verbalmente; ii) Telefónicamente, al número que haya dispuesto el sujeto obligado; iii) Correo físico o postal; vi) Correo electrónico institucional; v) Formularios que el sujeto obligado habilite en su sitio web, de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; y, vi) A través del medio que determine el Ministerio Público para recibir solicitudes de información con identidad reservada.
  - 1.2. Diferenciar solicitud de información con derecho de petición: esta distinción es relevante para determinar los plazos de respuesta. Si se trata de una solicitud de información en los términos de la Ley 1712 de 2014, el tiempo para responder es de 10 días hábiles después de la recepción; mientras que para responder un derecho de petición de interés particular o general el término es de 15 días hábiles después de la recepción. Por último, el término para responder un derecho de petición de consulta es de 30 días hábiles después de la recepción. En este punto es necesario recordar que, en la práctica, y con motivo de determinar los términos de respuesta, la presentación de un derecho de petición de solicitud de información y de una solicitud de acceso a la información pueden equipararse. Sin embargo, no debe olvidarse que, jurídicamente, se trata del ejercicio de derechos distintos, con instrumentos y regulación diferente.
- **2. Segunda etapa:** Determinación de la competencia para responder la solicitud de información.



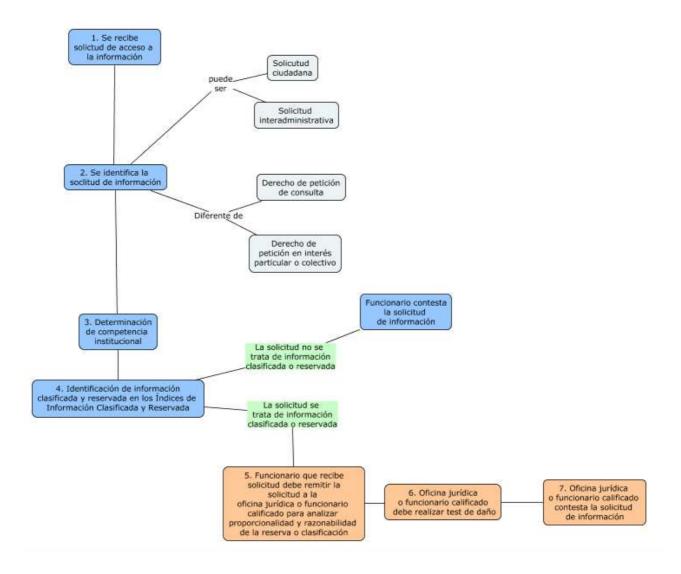


- **2.1. Determinación de competencia institucional:** en caso de que el sujeto obligado no sea competente para responder sobre la solicitud de información, se deberá remitir a la autoridad competente.
- **2.2. Determinación de existencia de la información:** el sujeto obligado deberá identificar si la información que es solicitada existe o debe ser creada. En este sentido, debe revisar el Registro de Activos de Información.
- 2.3. Identificación de clasificaciones y reservas en la información solicitada: al recibir la solicitud, el funcionario deberá revisar el Índice de Información Clasificada y Reservada de la entidad con el fin de identificar si la información solicitada está clasificada o reservada. Hay que recordar que las restricciones de acceso a la información deben cumplir con tres requisitos: i) Estar establecidas en una norma de orden constitucional o legal; ii) Ser amparadas por unas de las excepciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014; y, iii) Contar con una motivación sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la calificación y las pruebas de que se disponga sobre la existencia de un daño presente, probable y específico.
- 2.4. Pérdida de competencia del funcionario: en caso de que la información solicitada sea, según el índice, clasificada o reservada, los funcionarios que reciben la solicitud de información pierden competencia para contestarla y deben remitir la solicitud a la oficina jurídica o al funcionario calificado para el test de daño de la reserva o clasificación.
- **3. Tercera etapa:** Aplicación del test de daño y contestación de la solicitud.
  - **3.1.** Aplicación del test de daño: la oficina jurídica o los funcionarios capacitados por la entidad para el efecto, deben aplicar el test de daño. Se trata del análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la calificación de la información por la existencia de un daño que sea: i) Presente: el daño no es remoto ni eventual; ii) Probable: que existan las circunstancias que hagan factible su materialización; y, iii) Específico: el daño es individualizable y no responde a afectaciones genéricas. Además, deberán identificarse las pruebas de que se disponga sobre la existencia de dicho daño.





**3.2. Contestación de la solicitud:** la respuesta a la solicitud deberá hacerse por escrito (medio electrónico o físico) y de acuerdo a la preferencia que haya expresado el solicitante.



Gráfica I: Etapas del Protocolo de contestación de solicitudes de información

III. Manual de aplicación de determinadas reservas y clasificaciones de información que ameritan especial atención en el marco del posacuerdo





<u>**Objetivo:**</u> Llamar la atención sobre ciertas excepciones al acceso a la información pública cuya apropiada aplicación resulta de vital importancia para el éxito del Acuerdo de Paz.

**Contenido:** El manual debe estar dirigido a los funcionarios públicos, y llamar su atención sobre, al menos, los siguientes puntos:

a) La importancia de respetar la clasificación de la historia clínica y el secreto profesional en el acompañamiento psicosocial de los menores de edad de las FARC-EP

En el Punto 3.2.2.5 del Acuerdo de Paz el Gobierno se comprometió a trabajar por la reincorporación de los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC-EP. Dentro de las medidas de especial atención y protección que se deben impulsar, el Gobierno se comprometió a garantizar la reincorporación integral del menor y **su acompañamiento psicosocial**. En lo que respecta a dicho acompañamiento, el mismo incluye "la apertura de espacios de expresión y reconocimiento del impacto emocional que los hechos violentos ocasionan en las personas, a través de los cuales, se brindan elementos de apoyo terapéutico para disminuir el sufrimiento emocional, se propicia la reconstrucción de los lazos sociales y familiares, se apunta al desarrollo de las potencialidades individuales y de las capacidades locales, que permitan el restablecimiento de los derechos de las personas"<sup>37</sup>. En esa medida, el proceso de reincorporación de los menores de edad incluirá apoyo terapéutico de tipo psicológico.

Frente a esta situación, resulta necesario recordar que de conformidad con el artículo 34 de la Ley 23 de 1981,

"Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley".

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Jaramillo, M.I. (2014). *La importancia del acompañamiento psicosocial para la recuperación de las personas en situación de desplazamiento.* Bogotá: CHF International.





Del mismo modo, el artículo 37 de la misma ley establece:

"Artículo 37. Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquellos que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales" (negrilla fuera del texto).

Si bien estas clasificaciones de información son de vital importancia en todos los casos, su respeto por parte de los profesionales de la salud será especialmente importante en las actividades relacionadas con la atención psicosocial que se adelanten con los menores de edad que salgan de los campamentos de las FARC-EP. Más aún, teniendo en cuenta que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 y con la interpretación que de él ha hecho la Corte Constitucional, el tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes sólo es procedente cuando responda al interés superior de éstos.

En esa medida, debe quedar claro que los datos que las entidades de salud reciban sobre los menores a través de los procesos terapéuticos y de atención psicosocial sólo podrán ser compartidos con el paciente, sus familiares o responsables, y las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley. Todo lo anterior, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

### b) La importancia de respetar la clasificación de los datos personales que se manejen en el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política

En el Punto 2.1.2.1 del Acuerdo de Paz el Gobierno se comprometió a poner en marcha un Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política, que sirva de garantía efectiva de los derechos y libertades de quienes están ejerciendo la política en el marco de reglas democráticas. Para el efecto, se acordó la creación de una instancia de alto nivel dependiente de la Presidencia de la República, encargada de coordinar el Sistema. Para poder adelantar esta labor, la instancia deberá ineludiblemente contar con información tanto sobre quienes hayan sido elegidas popularmente, quienes se declaren





en oposición política, y líderes y lideresas de partidos y movimientos políticos, como sobre las personas integrantes del nuevo movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal.

Al igual que en el caso de los usuarios de drogas, los datos personales de las personas que ejerzan la política deben ser considerados sensibles, en tanto revelan la orientación política de las personas. En consecuencia, con miras a prevenir la discriminación de estas personas, así como a proteger su vida y seguridad personal, quienes hagan parte del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política deben garantizar la absoluta reserva de los datos personales que tengan en su poder. Lo anterior, en virtud del literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, según el cual:

"d. Todas las personas que intervengan en el tratamiento de **datos personales que no tengan la naturaleza de públicos** están obligadas a garantizar la reserva de la información" (negrilla fuera del texto).

 c) La importancia de respetar la clasificación de los datos personales que se recojan en el Sistema General de Información Catastral que se pretende poner en marcha en el marco del posacuerdo

En el Punto 1.1.9 del Acuerdo de Paz el Gobierno se comprometió a poner en marcha un Sistema General de Información Catastral, integral y multipropósito, que en un plazo máximo de 7 años concrete la formación y actualización del catastro rural, vincule el registro de inmuebles rurales y se ejecute en el marco de la autonomía municipal. Lo anterior, buscando propiciar el uso adecuado, productivo y sostenible de la tierra, crear un sistema de información que sirva para la promoción del desarrollo agrario integral, incrementar el recaudo efectivo de los municipios y la inversión social, estimular la desconcentración de la propiedad rural improductiva, y en general regularizar con transparencia la propiedad de la tierra. En esa medida, el sistema contará con información desagregada por sexo y etnia, que permita, entre otros, contar con información sobre el tamaño y las características de los predios y las formas de titulación.





Frente al particular, es necesario llamar la atención sobre el carácter clasificado de los datos personales que allí se recojan, el cual se encuentra sustentado en el literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 según el cual "[t]odas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información". En particular, se debe tener especial cuidado con guardar la debida clasificación de los datos personales que puedan revelar el origen racial o étnico de las personas censadas. Así, si bien las entidades competentes podrán recoger esta información para el ejercicio de sus funciones legales, los datos personales recolectados deberán ser divulgados de forma agregada, con miras a prevenir la discriminación de los propietarios de origen étnico, así como a proteger su vida y seguridad personal.

# d) La importancia de respetar la clasificación de los datos personales de las víctimas que se recojan para construir el mapa de victimización, individual y colectivo

En el Punto 5.1.3.7 del Acuerdo de Paz el Gobierno se comprometió a construir un mapa de victimización, individual y colectivo, que servirá como fuente de información e instrumento de reconocimiento y memoria, de hechos cometidos con ocasión del conflicto que no estén dentro del universo de víctimas objeto de registro en el Programa de Reparación Integral de Víctimas. En esa medida, se trata de una medida que implica necesariamente el tratamiento de datos personales de víctimas del conflicto armado.

Al igual que en el caso de los registros de víctimas, en este caso estamos también ante información pública clasificada, pues nuevamente se trata de datos personales de las víctimas, los cuales se encuentran cubiertos por la clasificación de información incluida en el literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, según el cual "[t]odas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información". Siendo así, las autoridades competentes de construir el mapa de victimización deben asegurarse de respetar la clasificación de esa información, y de adoptar las medidas conducentes a la supresión de identidad de los titulares de ésta.





e) La importancia de aplicar el test de daño a la hora de aducir la clasificación de la información de carácter científico, técnico, económico y estadístico que las empresas extractivas les entreguen a las autoridades competentes

Dentro de los retos que puede traer la transición hacia un país sin conflicto armado, se encuentra la garantía de una verdadera democracia ambiental, que "implica que tanto las autoridades locales que tienen competencia legal para regular asuntos relacionados con el medio ambiente, como los ciudadanos afectados por esas decisiones tengan la posibilidad real de participar de forma activa y eficaz en las decisiones ambientales y cuenten con la debida información para hacerlo"38. Tal y como lo establece el Principio 10 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, para lograrlo, "toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos".

Sin embargo, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 7 del Decreto Ley 1056 de 1953:

"Artículo 7. (modificado por el artículo 4 de la Ley 10 de 1961, publicada en el Diario Oficial No 30.477, del 27 de marzo de 1961.) Las personas que se dediquen a la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas, suministrarán al Gobierno los datos que hubieren obtenido del carácter científico, técnico y económico y estadístico. El Gobierno guardara la debida reserva sobre aquellos datos que, atendida su naturaleza, la requieran en defensa de los legítimos intereses de dichas personas. Cuando el Ministerio respectivo lo juzgue necesario, podrá verificar directamente o por medio de sus agentes, la exactitud de los datos a que refiere el inciso anterior.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup>Rodríguez, C., Rodríguez, D., & Durán, H. *La paz ambiental. Retos y propuestas para el posacuerdo.* Bogotá: Centro de Estudios en Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2017. Disponible en: <a href="https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi">https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi</a> name recurso 924.pdf p.47.





Las personas a que se refiere este artículo prestarán a los empleados nacionales encargados de la inspección, vigilancia, fiscalización y conservación, todas las facilidades necesarias para el buen desempeño de su cargo".

Por su parte, el artículo 88 de la Ley 685 de 2001 establece:

"Artículo 88. Conocimiento y reserva de información. El concesionario suministrará al Sistema Nacional de Información Minera previsto en el Capítulo XXX la información técnica y económica resultante de sus estudios y trabajos mineros. Su divulgación y uso para cualquier finalidad por parte de la autoridad fiscalizadora o por terceros se hará luego de haber sido consolidada en el Sistema aludido, y sólo para los fines establecidos en este Código" (subraya y negrilla fuera de texto).

Si bien estas excepciones al acceso a la información de carácter científico, técnico, económico y estadístico que las empresas extractivas les entreguen a las autoridades competentes tienen que ver con la protección de los secretos industriales y comerciales de dichas personas jurídicas, las mismas deben ser aplicadas de forma restrictiva por parte de las entidades públicas, teniendo en cuenta que el acceso a información pública de este tipo será de vital para la protección y el fortalecimiento de la democracia ambiental. Por esa razón, se requiere que al aplicar el respectivo test de daño al que hace referencia el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, los funcionarios balanceen adecuadamente los intereses de las empresas extractivas frente a las necesidades que es posacuerdo plantea en términos de democracia ambiental.

f) La importancia de aplicar el test de daño a la hora de oponer la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia frente a los mecanismos de justicia transicional

En el Punto 5.1.1.1.8 del Acuerdo de Paz el Gobierno se comprometió a facilitarle a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición la consulta de la información que requiriese para el cumplimiento de sus funciones, <u>de conformidad con</u>





las leyes aplicables. En el mismo sentido, el acceso a los archivos por parte de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas quedó estipulado en el Punto 5.1.1.2 del Acuerdo, que en su parte pertinente estableció: "De conformidad con las leyes vigentes al momento de implementar el Acuerdo, el Gobierno Nacional se compromete a facilitar la consulta de la información que requiera la UBPD para el cumplimiento de sus funciones, y la UBPD, por su parte, le dará el tratamiento legal correspondiente". Por último, en el Punto 5.1.2 del Acuerdo se estableció que los magistrados de las Salas de Justicia y del Tribunal para la Paz y los fiscales integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación de la Justicia Especial para la Paz podrían acceder a los documentos y fuentes de investigación conforme a lo establecido en las leyes colombianas que en cada momento regulen el acceso a documentos y fuentes de investigación para magistrados, jueces y fiscales de la República.

Como se ve, el acceso de los diferentes mecanismos de justicia transicional a la información en poder del Estado quedó supeditado a lo que establezcan las leyes vigentes al momento de la implementación del acuerdo. Dentro de dichas leyes se encuentra, por ejemplo, la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia (Ley 1621 de 2013), que en su artículo 33 establece la reserva de los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, por la naturaleza de las funciones que éstos últimos cumplen.

Sin embargo, oponer esta reserva a los mecanismos de justicia transicional implicaría privarlos del acceso a información de los organismos de inteligencia y contrainteligencia con la que podrían esclarecer los hechos constitutivos de violaciones graves, reconocer a víctimas y victimarios, y reconstruir su memoria histórica. En otras palabras, implicaría negarles el acceso a los instrumentos necesarios para hacer efectivo el derecho a la verdad de las víctimas, y de forma indirecta, sus derechos a la justicia, reparación y no repetición.

Por esa razón, a la hora de aplicar esta reserva es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 33 de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, la aplicación de la mencionada reserva requiere **motivar en cada caso concreto la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión**. A partir de una interpretación armónica y sistemática de las normas aplicables al acceso a la información pública, lo anterior implica la asunción de la





carga de la prueba por parte de la respectiva entidad, lo que a su vez implica el cumplimento de los elementos exigidos por el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, a saber: i) informar el fundamento constitucional o legal que justifica la clasificación o la reserva, señalando expresamente la norma, artículo, inciso o párrafo que la ampara; ii) señalar la excepción que, dentro de las previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, cobija la calificación de la información como reservada o clasificada: e, iii) incluir la explicación de la forma en la que la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a dicha información en el marco del posacuerdo y de la justicia transicional.

Así mismo, se tendrá que tener presente que ninguna reserva de información es oponible en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, tal y como lo establece el tercer inciso del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014. De acuerdo con el numeral 6 del Principio 10 de Tshwane, en esos casos la información exenta de reserva incluye:

- a) Descripción completa de los actos u omisiones que constituyan las violaciones, y los registros que den cuenta de las mismas, además de las fechas y circunstancias en las que dichas violaciones hayan tenido lugar, y cuando corresponda, la ubicación de las personas desaparecidas o del lugar donde se encuentran los restos mortales.
- b) Los datos generales o anónimos referentes al número de víctimas y características que pudieran ser relevantes para la salvaguarda de los derechos humanos.
- c) Los nombres de las agencias e individuos que perpetraron o fueron, de algún modo, responsables de las violaciones, y de forma más genérica, de cualquier unidad del sector seguridad que estuviera presente al momento de las mismas, o implicada de otro modo, en dichas violaciones, al igual que sus superiores y comandantes, así como la información sobre el alcance de su mando y control.
- d) Información sobre las causas de las violaciones y la incapacidad de impedirlas. Así mismo, es importante tener en cuenta el numeral 4 ibd, según el cual "[c]uando la existencia de violaciones se refute o se sospeche en lugar de haberse establecido, este Principio

se aplica a la información que, por sí sola, o en conjunto con otra información, pudiere arrojar

alguna luz sobre la verdad relativa a las supuestas violaciones".





Por último, hay que tener presente que en virtud del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, el Presidente de la República está facultado para autorizar la desclasificación total o parcial de los documentos cuando considere que el levantamiento contribuirá al interés general y no amenaza el régimen democrático. Por ello, en vista del posacuerdo, este puede ser un momento adecuado para que el presidente se aventure a constatar la existencia de esas dos circunstancias. Al respecto, es preciso señalar que:

"Teniendo en cuenta que la apertura de los archivos de inteligencia puede contribuir al efectivo ejercicio de los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano, así como a la construcción de la memoria en su sentido individual y colectivo, se cumple con uno de los dos requisitos que deben ser constatados por el presidente para optar por la desclasificación, siendo este la contribución al interés general. Por su parte, definir si la desclasificación constituye una amenaza contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o defensa nacional, o la integridad de los medios, métodos y fuentes no es otra cosa que aplicar los principios de necesidad, legitimidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, que lo que el presidente de la república debe realizar es un test de proporcionalidad en el que se pondere si divulgar la información configura un daño presente, probable o específico superior al daño que represente mantener dicha información oculta. Para ello habrá que tener en cuenta que, a menos de que se trate de la revelación de métodos o fuentes actuales que continúan en uso, las amenazas se habrán reducido dada la coyuntura de posacuerdo. Entonces, si de lo que se trata es de información obsoleta como es el caso de la interceptación de teléfonos fijos o que ya se ha vuelto pública por otros medios, como es el caso de la Escuela de las Américas (SOA), no existe razón para alegar una posible amenaza o riesgo para el régimen democrático"39.

-

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Ramírez, A.M., Ángel, M.P., Albarracín, M., Uprimny, R. & Newman, V. *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Bogotá: Centro de Estudios en Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2017. Disponible en: <a href="https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi">https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi</a> name recurso 926.pdf p.101-102.





# g) La importancia del tratamiento estadístico y agregado de los datos personales en la generación de conocimiento en materia de consumo de drogas ilícitas

En el Punto 4.2.1.6 del Acuerdo de Paz el Gobierno se comprometió a generar conocimiento en materia de consumo de drogas ilícitas, que contribuya a la toma de decisiones y que sirva como insumo para el diseño, la implementación, el seguimiento, la evaluación y ajustes de la política basada en evidencia. En ese orden de ideas, se acordó, entre otras cosas, realizar investigaciones y estudios especializados relacionados con el consumo de drogas ilícitas que incluyan un enfoque diferencial, de género y etario. Así mismo, el Gobierno se comprometió a crear mecanismos de difusión de la información sobre el consumo de drogas ilícitas considerando los diferentes públicos de interés. En esa medida, el proceso de generación de conocimiento incluirá la recolección y difusión de datos de usuarios de drogas ilícitas.

Frente al particular, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, está prohibido el tratamiento de los denominados datos sensibles, que de acuerdo con el artículo 5° ibid. se entienden como

"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".

En consecuencia, según el artículo 6° antes mencionado, los datos sensibles sólo pueden ser tratados cuando: a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho tratamiento; b) El tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado; c) El tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad; d) El tratamiento se





refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial; o, e) El tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.

Al tratarse de datos de usuarios de drogas ilícitas, en el presente caso nos encontramos ante datos personales sensibles, en la medida en que están relacionados con la salud de la persona y su conocimiento puede eventualmente generar su discriminación. Siendo así, a la hora de realizar las investigaciones y estudios a los que se comprometió, el Gobierno debe asegurarse de que el tratamiento de estos datos tenga una finalidad únicamente estadística y no de discriminación. Así mismo, deberá adoptar las medidas conducentes a la supresión de identidad de los titulares de dichos datos, de suerte que la información a la que finalmente acceda la ciudadanía por medio de los sistemas de información que se pretende crear no contenga datos personales.

h) La importancia del uso de acuerdos de confidencialidad en las transferencias de datos personales que se hagan entre las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación de las Víctimas

En el Punto 5.1.3.6 del Acuerdo de Paz el Gobierno Nacional se comprometió a incluir en el Registro Único de Víctimas la información resultante de las inscripciones en el Registro de Tierras Despojadas y abandonadas forzosamente y las posteriores sentencias que ordenan la restitución de tierras. Lo anterior, con miras a armonizar los registros y el acceso a las diferentes medidas de reparación.

Al respecto, se debe recordar que la información incluida en dichos Registros es información pública clasificada, pues se trata de datos personales de las víctimas, los cuales se encuentran cubiertos por la clasificación de información incluida en el literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, según el cual "[t]odas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información". Siendo así, se debe tener un especial cuidado en las transferencias de información que se planea hacer entre los diferentes Registros, para no





poner en peligro los derechos a la intimidad, el habeas data, la vida y la integridad personal de las personas allí registradas. Para el efecto, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 1448 de 2011,

""Artículo 29. (...) Las autoridades garantizarán la confidencialidad de la información suministrada por las víctimas y de manera excepcional podrá ser conocida por las distintas entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación de las Víctimas para lo cual suscribirán un acuerdo de confidencialidad respecto del uso y manejo de la información" (negrilla fuera de texto).

Entonces, si bien debe quedar claro que lo que obliga a las diferentes entidades del Sistema Nacional de Atención y Reparación de las Víctimas (SNARV) a guardar la clasificación de la información suministrada por las víctimas es la clasificación legal consagrada tanto en el literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, como en el artículo 29 de la Ley 1448 de 2011, y no el acuerdo de confidencialidad, éste último es un instrumento que puede resultar de utilidad en las transferencias de información interinstitucional. En esa medida, se recomienda a las entidades que hacen parte del SNARV que a la hora de hacer las transferencias de información a las que haya lugar en el marco del posacuerdo, suscriban los respectivos acuerdos de confidencialidad de los que habla el artículo 29 de la Ley 1448 de 2011, respecto del uso y manejo que se le debe dar a los datos personales de las víctimas que por disposición legal gozan del carácter de clasificados.