



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 pública, que responde a las necesidades que se identificaron en las entidades priorizadas del Sector Salud y Protección Social, 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 XXIII

Contenido

1	Introducción	4
2	Ajustes normativos	5
I.	Reservas y clasificaciones que se deben crear.....	5
a)	<i>Por estar consagradas en normas de inferior jerarquía.....</i>	<i>5</i>
II.	Reservas y clasificaciones que se deben derogar o modificar.....	6
b)	<i>De orden legal.....</i>	<i>6</i>
c)	<i>De orden inferior al legal.....</i>	<i>9</i>
3	Ajustes de política.....	10
I.	Modificación de la guía para responder solicitudes de la Secretaría de Transparencia.....	11
II.	Protocolo de contestación de solicitudes de información.....	18
III.	Manual de aplicación de determinadas reservas y clasificaciones de información que ameritan especial atención en el marco del posacuerdo.....	22

1 Introducción

El presente documento constituye el vigésimo tercer 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 *Adendum 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 pública, que responde a las necesidades que se identificaron en las entidades priorizadas del Sector Salud y Protección Social, y que apunta a resolver los retos del posacuerdo en la temática.

2 Ajustes normativos

I. Reservas y clasificaciones que se deben crear

Por estar consagradas en normas de inferior jerarquía

En el producto # 19 de la consultoría se hizo el análisis de las reservas y clasificaciones de información del sector de Salud y Protección Social que están actualmente consagradas en normas de inferior jerarquía a la Constitución Política y la ley. A partir de allí, se identificó un conjunto de normas cuyo contenido debe consagrarse en normas de orden legal, toda vez que protegen información que puede afectar intereses particulares o públicos. Pasamos ahora a proponer formalmente la expedición de esas leyes como parte de los ajustes normativos a adoptar.

a) La prohibición de oponer el secreto profesional a la autoridad sanitaria en relación con la información relacionada con la ocurrencia de un evento de interés en salud pública

Actualmente, el artículo 18 del Decreto 3518 de 2006 incluye una prohibición de utilizar la clasificación del secreto profesional para negarse a suministrar a la autoridad sanitaria la información relacionada con la ocurrencia de un evento de interés en salud pública.

Consideramos que esta norma busca un fin constitucional legítimo, siendo éste la protección de la salud pública, y es una medida necesaria para la protección de este fin pues el secreto profesional y los intereses individuales que ampara deben ceder ante eventos de interés general, como lo sería uno relacionado con la salud pública. Sin embargo, para ser oponible a la clasificación del secreto profesional, consagrada en el numeral 7 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por el artículo 1 de la Ley

1755 de 2015), esta disposición debe estar también incluida en una norma de orden legal. De lo contrario, primará la norma superior que regula el secreto profesional. Por eso se propone consagrar el contenido del artículo 18 del Decreto 3518 de 2006 en una ley.

II. Reservas y clasificaciones que se deben derogar o modificar

De orden legal

En el inventario de las normas de rango constitucional o legal del Sector Salud y Protección Social, desarrollado en el producto # 7 de la consultoría, incluimos las normas de rango constitucional o legal que actualmente están siendo aplicadas en el Sector Salud y Protección Social 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.

- **Numeral 6 del Artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015)**

De acuerdo con este numeral:

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

*6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, **así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos**” (negrilla fuera del texto)*

En esa medida, el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015) establece como clasificados “*los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos*”. Esta clasificación de información parece responder al literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege el secreto comercial e industrial. En consecuencia, se trata de una medida que responde a un fin legítimo.

Sin embargo, consideramos que la clasificación en comento goza de varios problemas. En primer lugar, la norma bajo estudio no cumple con los **requisitos de precisión y claridad** requeridos para clasificar información. Concretamente, esta norma le permite a las empresas públicas de servicios públicos reservar cualquier tipo de información que consideren parte de sus planes estratégicos, incluso aquella que no tenga vocación de afectar su competitividad. Siendo así, contraría el mandato de precisión que rige a las reservas y clasificaciones de información, y que la Corte Constitucional describió acertadamente de la siguiente manera:

(...) no son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado¹.

En segundo lugar, la medida en comento no es **necesaria** para lograr el fin legítimo propuesto, en la medida en que no toda divulgación de información de los planes estratégicos de las empresas de servicios públicos afecta su competitividad y, además, porque las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios y la misma CREG podrían restringir la información que consideren propia del ámbito privado y comercial

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

de la empresa con base en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que establece la excepción de la información relativa a los secretos comerciales e industriales, fundamentando dicha clasificación en las normas constitucionales o legales que regulan la materia.

Por esas razones, consideramos que el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 debe ser derogado o, en su defecto, modificado para precisar que la clasificación allí incluida se refiere exclusivamente a la información que pueda representar una desventaja competitiva para la respectiva empresa pública de servicios públicos. En consecuencia, en caso de preferir su modificación en lugar de su derogatoria, proponemos que la nueva redacción del artículo en comento sea del siguiente tenor:

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

*6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, **así como la información contenida en los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos cuya divulgación pueda representar una desventaja competitiva para la respectiva empresa**” .*

- **Parágrafo del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011**

Según dicta este parágrafo:

“Parágrafo. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses. Esta podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis (6) meses a los que se refiere este parágrafo el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva.

En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo”.

A primera vista, la reserva que se busca establecer en esta norma no responde a ninguna de las excepciones consagradas en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014. Por ello, recomendamos modificar la norma, de tal forma que se entienda que los conceptos amparados por la reserva son aquellos cuya información se encuentre exceptuada en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014, y siempre que, aplicado el test de daño establecido en el artículo 28 de la misma ley, se encuentre necesario mantener la reserva de la información por el plazo señalado en este precepto normativo. En consecuencia, proponemos que la nueva redacción del artículo en comento sea del siguiente tenor:

*“Parágrafo. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses **cuando su divulgación pueda afectar los derechos o bienes jurídicos contemplados en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014, y siempre que, aplicado el test de daño establecido en el artículo 28 de la misma ley, se encuentre necesario reservar esta información.** Esta **reserva** podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis (6) meses a los que se refiere este parágrafo el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva.*

En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo”.

De orden inferior al legal

Como ya se mencionó, en el producto # 19 de la consultoría se analizaron las reservas y clasificaciones de información del Sector Salud y Protección Social actualmente consagradas en normas de inferior jerarquía a la Constitución Política y la ley. 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 # 19 se propone derogar, son:

- El artículo 7 de la Resolución 1344 de 2012², que establece la clasificación de la información presentada en medio físico, magnético, archivos o bases de datos de los sistemas de información administrados por el Ministerio de Salud y Protección Social, incluida la contenida en la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA.
- b) El Parágrafo 2 del artículo 26 de la Resolución 3687 de 2016³, que establece un plazo de 30 años para las reservas de información en el sector de Salud y Protección Social.

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 sea realizado por un funcionario con conocimientos

² Según el cual: “Artículo 7°. Reserva en el manejo de los datos. La información presentada en medio físico, magnético, archivos o bases de datos de los sistemas de información administrados por este Ministerio, incluida la contenida en la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA, es de circulación restringida para los terceros totalmente ajenos al ámbito propio en el cual se obtuvo dicha información y deberá ser protegida con la debida reserva, custodia y conservación”.

³ Según el cual: “Parágrafo 2. De conformidad con el artículo 13 de la Ley 57 de 1985, modificado en su inciso 2o por el artículo 28 de la Ley 594 de 2000, la reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta (30) años de su expedición, término después del cual, el documento por este sólo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano y la autoridad que esté en su posesión, adquirirá la obligación de expedir a quien lo demande copias del mismo”.

jurídicos; y, iii) Un manual de aplicación de determinadas reservas y clasificaciones de información que ameritan especial atención en el marco del posacuerdo.

I. 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 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.

I. Aclaración sobre el tiempo de respuesta que tienen las entidades obligadas para responder las solicitudes de información

En el Paso 2 de la guía⁴ (*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

⁴ Presidencia de la República de Colombia. Secretaría de Transparencia. *Guía para responder a solicitudes de información pública*. 2016. Página 15. Disponible en:

http://www.secretariatransparencia.gov.co/prensa/2016/Documents/guia-para-responder-a-solicitudes-de-acceso-a-informacion%20publica_web.pdf

interadministrativos. 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 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.

II. 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 (...)”⁵. 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 Humanos⁶ 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**

⁵ Íbid. Página 19.

⁶ 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 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.

De manera correlativa, esta obligación implica el deber de estructurar sistemas que permitan el almacenamiento y conservación de la información⁷. 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 el acceso a 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 su acceso.

III. Precisiones sobre la calificación de información como clasificada y reservada

En el paso 5 de la guía⁸ (*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 son las consideraciones que debe tener presentes el sujeto obligado para establecer si, ante una solicitud de información, ésta se encuentra clasificada o reservada. En ese sentido, la guía propone una explicación en la que se mencione cuáles son los requisitos mínimos de la respuesta que niega la información solicitada, la identificación de la casilla en la que puede encontrar esta información en el Índice de Información Clasificada y Reservada y cómo cumplir ese requisito si no se encuentra en tal índice.

⁷ CIDH. El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Internacional. 2012. P.31

⁸ *Ibid.* Página 20.

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*

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. Específicamente, 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 compromisos⁹:

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 Política¹⁰, 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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

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.
- 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 creará 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 considerarse su alcance y procedencia en cada caso concreto.

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”¹¹.
- **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

¹¹ 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.

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 intimidad¹²:

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

¹² 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 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

Objetivo: 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.

Contenido: El protocolo debe incluir 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.

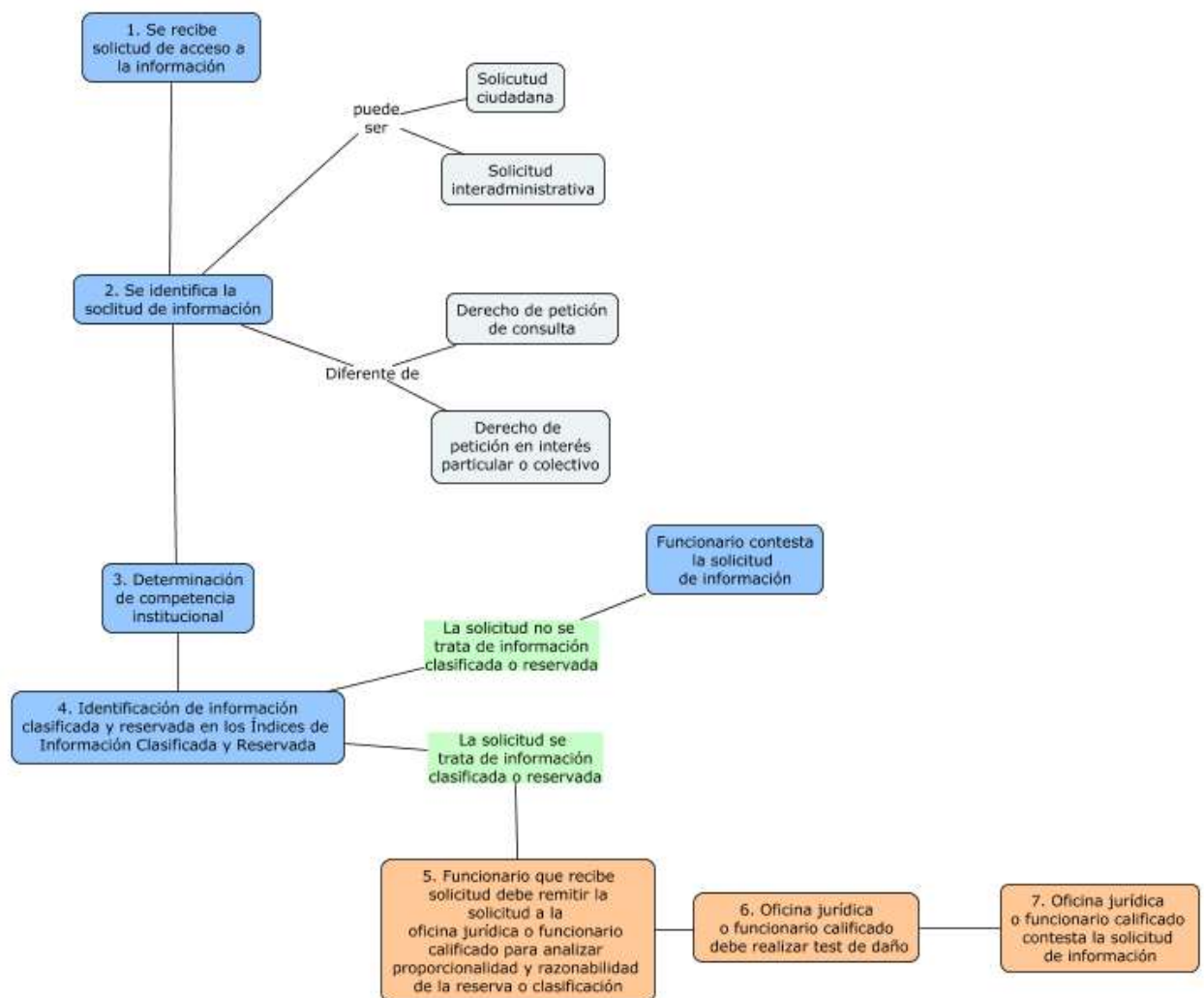
1.2. Diferenciar solicitud de información con derecho de petición: esta distinción es relevante para determinar los plazos de respuesta. Si se trata de una solicitud de información en los términos de la Ley 1712 de 2014, el tiempo para responder es de 10 días hábiles después de la recepción; mientras 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 para 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 diferentes.

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

Objetivo: 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**. Dicho acompañamiento 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”*¹³. En esa medida, el proceso de reincorporación de los menores de edad incluirá apoyo terapéutico de tipo psicológico.

¹³ Jaramillo, M.I. (2014). La importancia del acompañamiento psicosocial para la recuperación de las personas en situación de desplazamiento. Bogotá: CHF International.

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”.*

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 elegidos popularmente, quienes se declaren en oposición política, y líderes 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, en virtud de lo que dispone el 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, y vincule el registro de inmuebles rurales que debe ejecutarse en el marco de la autonomía municipal. Se busca así 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 e el universo de víctimas objeto de registro en el Programa de Reparación Integral de Víctimas. Se trata pues de una medida que implica necesariamente el tratamiento de datos personales de víctimas del conflicto armado.

Al igual que en los de registros de víctimas, en este caso estamos también ante información pública clasificada, pues nuevamente se trata de datos personales de las víctimas, 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 la identidad de los titulares.

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 le 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”*¹⁴. Tal y como lo establece el Principio 10 de la Declaración de Río 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***

¹⁴Rodríguez, 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: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_924.pdf p.47.

directamente o por medio de sus agentes, la exactitud de los datos a que refiere el inciso anterior.

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 entregue a las autoridades competentes tienen que ver con la protección de los secretos industriales y comerciales de dichas personas jurídicas, deben ser aplicadas de forma restrictiva por 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, de conformidad con 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 párrafo 2 del artículo 33 de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, la aplicación de la mencionada reserva exige **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, esa exigencia implica la asunción de la carga de la prueba por parte de la respectiva entidad, lo que a su vez implica el cumplimiento de los elementos previstos 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, cubija la calificación de la información como reservada o clasificada; y, iii) incluir la explicación de la forma en la que la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que exceda 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 éstas, 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 su ocurrencia, 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 impedir las.

Así mismo, es importante tener en cuenta el numeral 4 ib., 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 párrafo 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”¹⁵.

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° ib. 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*

¹⁵ 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: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_926.pdf p.101-102.

*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 6º 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 la identidad de los titulares.

En el caso de información de usuarios de drogas ilícitas, 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, todo 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 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.