



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 diagnóstico del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas) que contiene: 1) la relación de las necesidades de protección de información del sector que puede afectar intereses de particulares o públicos pero que carece de sustento constitucional o legal de reserva o clasificación. Estas necesidades fueron evidenciadas por las entidades líderes de la política pública de transparencia y acceso a la información pública, las entidades identificadas como claves dentro de dicho sector, organizaciones de la sociedad civil y el Ministerio Público; y, 2) la relación de las principales normas de rango inferior al legal, que actualmente están siendo aplicadas en el sector con el fin de reservar o clasificar información y su posible vinculación con normas de rango legal o constitucional.

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 XVII

Tabla de Contenido

1	Introducción	5
2	Relación de las necesidades de protección de información del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas) que puede afectar intereses de particulares o públicos pero que carece de sustento constitucional o legal de reserva o clasificación.	6
(i)	Vacíos y tensiones en la Ley 1712 y otras leyes que establecen restricciones de acceso a la información pública	7
	<i>a. Información que, según las entidades, debería estar protegida y no lo está</i>	7
	<i>b. Reservas y clasificaciones de información consagradas en normas de inferior jerarquía</i>	9
(ii)	Problemáticas relacionadas con el proceso de calificación de la información como reservada y clasificada	10
	<i>a. Información cuyo acceso se niega por hacer parte de “los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos”</i>	10
	<i>b. Información cuyo acceso se niega por “razones de orden público”</i>	11
	<i>c. Información cuyo acceso se niega por no haber sido producida por la entidad</i>	11
	<i>d. Información cuyo acceso se niega por estar en construcción</i>	12
(iii)	Otros factores que son aplicados de forma errónea y afectan el acceso a la información pública	13
	<i>a. Información cuyo uso se condiciona por estar cubierta por el derecho de autor</i>	13

b. <i>Uso de cláusulas de confidencialidad o de no divulgación</i>	15
c. <i>Contradicciones entre la aplicación del test de daño y la estrategia nacional de prevención del daño antijurídico</i>	16
d. <i>Información sobre infraestructuras críticas cibernéticas nacionales (manuales de seguridad informática)</i>	9
e. <i>Naturaleza jurídica de los sujetos obligados</i>	17
f. <i>Cobro por suministrar información pública</i>	18
(iv) Índices de Información Clasificada y Reservada de las entidades priorizadas del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible	19

3 Relación de las principales normas de rango inferior al legal, que actualmente están siendo aplicadas en el Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas) con el fin de reservar o clasificar información y su posible vinculación con normas de rango legal o constitucional..... 33

4 Anexo – Necesidades de procedimiento que le aplican a todos los sectores .. 45

a. <i>En relación con el proceso para negar una solicitud de información</i>	45
b. <i>No se aplica el test de daño – En caso de duda no se divulga la información</i>	46
c. <i>Ambigüedades en la Ley 1712 de 2014</i>	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 XVII

1 Introducción

El presente documento constituye el decimoséptimo 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 diagnóstico del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas) que contiene: 1) la relación de las necesidades de protección de información del sector que puede afectar intereses de particulares o públicos pero que carece de sustento constitucional o legal de reserva o clasificación. Estas necesidades fueron evidenciadas por las entidades líderes de la política pública de transparencia y acceso a la información pública, las entidades identificadas como claves dentro de dicho sector, organizaciones de la sociedad civil y el Ministerio Público; y, 2) la relación de las principales normas de rango inferior al legal, que actualmente están siendo aplicadas en el sector con el fin de reservar o clasificar información y su posible vinculación con normas de rango legal o constitucional.

2 Relación de las necesidades de protección de información del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas) que puede afectar intereses de particulares o públicos pero que carece de sustento constitucional o legal de reserva o clasificación.

Las necesidades que a continuación se exponen fueron identificadas a partir de: i) las entrevistas realizadas a las entidades priorizadas del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible¹; ii) las entrevistas realizadas a los líderes de la política pública de Transparencia y Acceso a la Información y al Ministerio Público²; iii) la revisión de las disposiciones constitucionales o contenidas en leyes y decretos con fuerza de ley que establecen reservas o clasificaciones a la información pública; iv) la revisión de los Índices de Información Clasificada y Reservada de las entidades priorizadas del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible; v) las entrevistas realizadas a investigadores del Proyecto Antonio Nariño (PAN), Transparencia por Colombia y la Fundación

¹ Las entidades entrevistadas fueron: el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, Parques Nacionales de Colombia, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM, el Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos “Alexander Von Humboldt”, la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, el Servicio Geológico Colombiano y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR. Las entidades que no dieron respuesta a la solicitud de entrevista elevada por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, a pesar de su insistencia, fueron: la Agencia Nacional de Minería – ANM, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA y el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas.

² Las entidades encargadas de la promoción e implementación de la política pública de acceso a la información, así como de la capacitación y asistencia a los sujetos obligados y a la ciudadanía, que fueron entrevistadas son: el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. Las entidades que no dieron respuesta a la solicitud de entrevista elevada por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, a pesar de su insistencia, fueron: el Departamento Nacional de Planeación – DNP, el Archivo General de la Nación, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC y la Federación Nacional de Personeros.

Karisma; y, vi) la revisión jurisprudencial adelantada en materia de excepciones al acceso a la información pública.

En este acápite, además de la identificación de las necesidades de protección de información en el sector, también se identificaron otras problemáticas, relacionadas con el ejercicio de la transparencia pasiva, que pueden representar limitaciones de acceso a la información pública en función del proceso de su calificación como reservada o clasificada. Estas necesidades están expuestas de forma descriptiva y las posiciones del equipo Dejusticia, junto con las soluciones que propone, y sus recomendaciones y conclusiones, serán expuestas en los productos de lineamientos para la aplicación de las reservas y clasificaciones a la información pública, así como en los lineamientos de política pública.

Estas necesidades son de cuatro tipos: (i) Vacíos y tensiones en la Ley 1712 de 2014 y en otras leyes que establecen restricciones de acceso a la información pública; (ii) Problemáticas relacionadas con el proceso de calificación de la información como reservada y clasificada; (iii) otros factores que son aplicados de forma errónea y afectan el acceso a la información pública; y, (iv) Índices de Información Clasificada y Reservada de las entidades priorizadas del Sector Salud y Protección Social.

(i) Vacíos y tensiones en la Ley 1712 y otras leyes que establecen restricciones de acceso a la información pública

a. Información que, según las entidades, debería estar protegida y no lo está

- **Información del Inventario Forestal Nacional** próximo a salir: A través de la colaboración de socios que trabajan en campo, el *Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia* (IDEAM) está levantando la información del Inventario Forestal Nacional; consideran que deben reservar esta información porque ciertas especies allí registradas son objeto de tráfico, bioprospección y biopiratería, y el conocimiento de su ubicación las puede poner el peligro. Para ello, han pensado en sacar una política de

información ambiental que establezca el paso a paso de cómo reservar la información; sin embargo, requieren tanto de una norma jurídica que les ayude a calificar esa información como reservada o clasificada, como de un fin legítimo a proteger (aunque en su opinión, la excepción aplicable es la **seguridad nacional**).

- **Información asociada a los especímenes que se encuentren bajo alguna categoría de amenaza, según las listas rojas nacionales o de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza – UICN, o que estén categorizadas en algunos de los apéndices de la Convención CITES:** Actualmente rige el parágrafo del artículo 2.2.2.9.1.6. del Decreto 1076 de 2015, que permite restringir el acceso a esta clase de información cuando el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible así lo determine; sin embargo, esta disposición es de rango inferior al legal y, por lo tanto, incumple lo exigido para poder exceptuar el acceso a la información. Por otra parte, al aplicar esta reserva el Sistema de Información sobre Biodiversidad de Colombia (SiB) suele aducir como fin legítimo a proteger la seguridad nacional. No obstante, hace falta contar con una excepción que se adecúe de mejor manera, como podría ser, por ejemplo, la **protección de la biodiversidad**.
- **Información que aporta a la delimitación de áreas estratégicas mineras y áreas de interés de exploración y explotación de hidrocarburos debería ser reservada:** Se trata de información que construye el *Servicio Geológico Colombiano (SGC)* y que le permite a la ANH y a la ANM cumplir con su misión. Con base en esa información, el Gobierno organiza rondas y promueve esas áreas para que los proponentes inviertan. Inicialmente, los proponentes pagaban por esa información, pero posteriormente, en el Plan Nacional de Desarrollo, dicha información fue catalogada como reservada; sin embargo, en el primer semestre del año 2016 esa protección fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. En esa medida, hoy en día no tienen cómo negar el acceso, pero consideran que se debe mantener confidencial, so pena de que se afecte la inversión en el país porque la divulgación que la ANH y ANM solían hacer era parcial y estratégica, para atraer inversión. Según estas

entidades, si esa información es conocida en su totalidad se puede afectar la **estabilidad macroeconómica del país**.

- **Información sobre infraestructuras críticas cibernéticas nacionales (manuales de seguridad informática):** De conformidad con el documento Conpes 3854 de 2016, se entiende por infraestructura crítica cibernética nacional “aquella 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”. Teniendo en cuenta que “[s]u afectación, suspensión o destrucción puede generar consecuencias negativas en el bienestar económico de los ciudadanos, o en el eficaz funcionamiento de las organizaciones e instituciones, así como de la administración pública”, el Sector Administrativo de Seguridad le ha solicitado a las diferentes entidades del Estado reservar la información sobre su respectiva infraestructura, por motivos de seguridad nacional. Sin embargo, hasta el momento no existe una norma de rango constitucional o legal que califique esa información como reservada. Adicionalmente, los contratos de compra de esa infraestructura y los detalles de los productos de seguridad adquiridos continúan apareciendo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), persistiendo así el riesgo para la seguridad digital de las entidades y, por ende, para la seguridad nacional.

b. Reservas y clasificaciones de información consagradas en normas de inferior jerarquía

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 1712 de 2014, “[t]oda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada **sino por disposición constitucional o legal**, de conformidad con la presente ley”. Sin embargo, en la investigación realizada encontramos varias reservas y clasificaciones de información que actualmente se encuentran consignadas en decretos reglamentarios o en otras normas de inferior jerarquía, y que no tienen relación con alguna de las calificaciones establecidas en la ley o en la Constitución Política. Unas de estas normas son las contenidas en el artículo 2.2.2.9.1.6 del decreto 1076 de 2015 y en el numeral 9.4 del Acuerdo 008 de 2014, como se podrá observar

más adelante en el inventario de normas de rango inferior al legal del sector Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Incluso, esas normas de inferior jerarquía en ocasiones incluyen sanciones aplicables a la violación de las respectivas reservas y clasificaciones, como se sucede en el caso del contenido normativo en el artículo 2.2.1.2.1.5 del Decreto 1073 de 2015. Entonces, si es claro que la excepción no puede estar contemplada en una norma de rango inferior al legal, ¿qué validez tienen las sanciones establecidas por su violación?

(ii) Problemáticas relacionadas con el proceso de calificación de la información como reservada y clasificada

- a. Información cuyo acceso se niega por hacer parte de “los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos”

De conformidad con el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015:

“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).*

De acuerdo con la *Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)*, este numeral no estaba en la Ley 1437 de 2011 y fue introducido con la Ley Estatutaria 1755 de 2015. Según la comisión, bajo el enunciado resaltado cabe cualquier tipo de información de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y es precisamente ese el artículo que citan esas empresas cuando le dan información a la CREG bajo una cláusula de confidencialidad, lo que deja un espacio muy amplio para solicitar que información que podría ser divulgada se mantenga bajo reserva.

b. Información cuyo acceso se niega por “razones de orden público”

Las entidades niegan el acceso a cierta información, cuyo conocimiento consideran peligroso por su potencialidad de alterar el orden público. Normalmente, se trata de información del nivel territorial que, según ellos, puede generar problemas entre las distintas comunidades.

Este es el caso de *Parques Nacionales Naturales de Colombia*: los particulares le han pedido acceso a información de derechos reales (sobre propietarios, poseedores, tenedores, falsedades documentales, etc.) a la que el Grupo de Predios ha tenido acceso en virtud del estudio de títulos que realiza antes de declarar áreas protegidas; usualmente, la entidad niega el acceso a esa información por “razones de orden público” –para no generar conflictos- o aduciendo que no se ha resuelto el proceso; en ocasiones, alegan también el habeas data para negar el acceso a información sobre propietarios. De esta forma, buscan no generar expectativas con información que no ha sido procesada por la entidad.

c. Información cuyo acceso se niega por no haber sido producida por la entidad

Las entidades no tienen claro que la obligación de divulgación proactiva de la información aplica para toda la información bajo su posesión, control o custodia; por el contrario, consideran que sólo están obligadas a divulgar la información que ha sido producida por ellas mismas. Por esa razón, niegan el acceso a información que tienen en su poder por cuenta del cumplimiento de sus funciones, pero que fue producida por otra entidad.

Así, por ejemplo, el *Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia (IDEAM)* tiene acceso a la información consignada en la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales de la ANLA; sin embargo, cuando les solicitan esa información no la entregan por “ser de la ANLA”.

En el mismo sentido, el *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible* afirma que, en su calidad de cabeza del Sector, produce muy poca información y que casi toda a la que accede proviene de las entidades bajo su coordinación; por eso, considera que no está legitimado para entregar información que no ha producido y en esos casos opta por remitir las solicitudes de información a las autoridades que la generaron.

En forma similar, el *Ministerio de Minas y Energía* no entrega la información que tiene en su poder pero que fue producida por otra entidad del sector, pues en su opinión esa información podría estar desactualizada, y también remite la petición a la autoridad que la generó.

d. Información cuyo acceso se niega por estar en construcción

Las entidades niegan el acceso a la información de investigaciones científicas que no se encuentren concluidas. Normalmente se trata de información de ciencia y tecnología que, según las entidades, debe ser provista al público sólo cuando pueda ser acompañada de su correspondiente interpretación, buscando evitar malentendidos y tergiversación de la información.

Así, el *Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt* niega el acceso a investigaciones que no estén terminadas, incluso cuando son financiadas con recursos públicos. Una vez finalizadas, hace una verificación científica y un manual de interpretación (guía de instrucciones), como paso previo al momento en el cual pueden ser divulgadas. Esta restricción de acceso se funda en que, sin el manual, la información puede ser malinterpretada y frustrar el ejercicio. Según el instituto, los resultados de la ciencia ameritan un buen contexto; si no se publican en el contexto adecuado se corre el riesgo de que no se cumpla con el propósito final de la información, siendo éste, la toma de decisiones de política pública. Adicionalmente, en algunos casos —comentan— la investigación se pide para generar polémica, por lo que antes de dar acceso hay que medir bien ese tipo de elementos.

Dan como ejemplo el caso de la delimitación de los páramos: según la ley, el *Ministerio de Ambiente* debía delimitar los páramos con base en los estudios proporcionados por el Von Humboldt. En consecuencia, se celebró un contrato entre el Fondo Adaptación y el Instituto, en el que pactaron que los resultados del estudio no podían hacerse públicos hasta que el “cliente” no los conociera; en esa medida, la información sólo podía ser entregada al público cuando el contrato estuviera liquidado. Como excepción, el convenio autorizaba la entrega de información con razonabilidad y, en esa línea, hubo información que fue entregada a congresistas, mientras que a los particulares se les respondió que se encontraban en proceso de investigación.

Por su parte, en el *Servicio Geológico Colombiano (SGC)* la producción de información sigue un “Procedimiento de Oficialización”, que requiere de un “acta de oficialización de productos” para poder divulgarla en el portal de la entidad (SICAD); mientras esto no suceda, el documento se encuentra “en construcción” o “en proceso de deliberación” y, en consecuencia, el acceso es negado.

Del mismo modo, en el *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible* se adoptó la directriz de que los conceptos técnicos y los instrumentos ambientales no se hacen públicos hasta que no salga el acto administrativo que los apruebe.

(iii) Otros factores que son aplicados de forma errónea y afectan el acceso a la información pública

a. Información cuyo uso se condiciona por estar cubierta por el derecho de autor

Las entidades no saben cómo conciliar el derecho de acceso a la información pública con el derecho de autor. Concretamente, no tienen claro si el derecho de autor de quienes entregaron o elaboraron la información es una excepción válida al acceso a la información pública, pues existe la norma que protege el derecho de autor, pero en la Ley 1712 de 2014 no es claro cuál sería la excepción que la ampararía.

Para resolver ese dilema y poder divulgar la información, hay quienes solicitan a sus autores la cesión de los derechos patrimoniales: tal el caso, por ejemplo, de *Parques Nacionales Naturales de Colombia*. En virtud de un Formato de “autorización de uso del derecho de imagen”, las personas autorizan a la Unidad de Parques en forma gratuita y voluntaria a usar tanto los derechos de imagen derivados de las grabaciones audiovisuales y fotografías, como los derechos de autor y conexos que se deriven, con fines exclusivos de promoción cultural de las áreas protegidas. Así mismo, por medio del mencionado formato dejan claro que la autorización no implica la cesión de los derechos morales, los cuales serán respetados por la Unidad de Parques que tendrá que dar los créditos a que haya lugar.

Por su parte, en cada convenio o contrato que suscriben el *Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt* y el *Ministerio de Minas y Energía* solicitan a los autores de la información la cesión de derechos para que la información sea pública, sin perjuicio de los derechos morales que les reconocen a los respectivos autores.

Por otro lado, hay entidades que han optado por entregar la información, pero condicionando su uso. El *Servicio Geológico Colombiano (SGC)*, por ejemplo, ha formulado una Política de Propiedad Intelectual de los Datos y los Productos de Información, consignada en el Acuerdo 008 del 12 de diciembre de 2014 e incluida en la parte final del formato que se entrega como respuesta a las solicitudes de información, en la que la entidad señala que: (i) la información geocientífica del SGC se considera creación original y, por ende, no podrá reproducirse total o parcialmente sin el permiso expreso de una autoridad institucional debidamente acreditada, aún si no se está reproduciendo con fines comerciales; (ii) se reconocen los derechos morales de los autores de la información geocientífica; (iii) se reserva el derecho exclusivo de realizar o de autorizar la reproducción de la obra, su traducción, adaptación o arreglo, así como su representación, ejecución o radiodifusión; y, (iv) el SGC generará licencias de uso de los conjuntos de datos geocientíficos, con el fin de garantizar los derechos patrimoniales del autor. En la práctica, este tipo de restricciones de uso chocan con el carácter de datos abiertos que, según la ley, deben tener los datos que se entreguen a la ciudadanía.

El último caso es el de la información recogida en el Sistema de Información en Biodiversidad de Colombia (SiB). De conformidad con el artículo 2.2.2.8.2.4. del Decreto 1076 de 2015, las Instituciones Nacionales de Investigación tienen la obligación legal de suministrar al SiB la información asociada a los especímenes recolectados; y el artículo 2.2.2.8.3.3. del decreto impone esa misma obligación a las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que obtengan Permiso Individual de Recolección. ¿Está esa información protegida por el derecho de autor? ¿Puede el titular de la información entregarla con todos los derechos reservados? O, ¿puede el SiB obligarlo a entregar información licenciada susceptible de estar disponible en formato de datos abiertos?

b. *Uso de cláusulas de confidencialidad o de no divulgación*

Las entidades niegan el acceso a información que se recibió o produjo en virtud de contratos que incluyen cláusulas de confidencialidad o no divulgación.

Este es, por ejemplo, el caso del *Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt*. Cuando los contratos de investigación se firman con particulares (ej., el caso ExxonMobil) los registros levantados son públicos, pero en virtud de los contratos celebrados cualquier publicación que nazca de esa información está sujeta a autorización.

Un ejemplo similar es el de la *Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)*: al reservar información esta entidad suele citar “lo que observa la Minuta del Contrato”, que contiene cláusulas de confidencialidad que fijan una reserva de cinco años para toda la información que se derive de esos contratos. Aunque reconocen que esa “confidencialidad” no tiene fundamento legal o constitucional, consideran que el contrato es una fuente válida en la cual fundamentar la reserva.

También está el caso del *Servicio Geológico Colombiano (SGC)* que considera que, salvo tres productos, toda su información es pública; esos productos hacen parte de un contrato celebrado entre ISAGEN, COLCIENCIAS, la ANH y el SGC antes de la entrada en vigencia de la Ley 1712 de 2014 e incluía una “cláusula de no divulgación” por razones de propiedad intelectual. Una vez entró en vigencia la ley, las partes del contrato consideraron que en la medida que todos aportaron esa información les pertenecía a todos, y que por lo tanto estaban facultados para negar su acceso; por medio de un concepto de la oficina jurídica de la entidad, decidieron que los productos de este contrato no admitirían divulgación.

Por último, contamos con el caso del *Ministerio de Minas y Energía*, que incluye cláusulas de confidencialidad en los contratos que se celebran con las entidades administradoras de los patrimonios autónomos de remanentes (como el Patrimonio Autónomo de Remanentes de CORELCA). Aunque reconocen que las cláusulas de confidencialidad de los contratos no tienen el carácter de norma legal o constitucional, llaman la atención sobre el hecho de que para los Tribunales de Arbitramento el contrato sí es ley para las partes; en esa medida, no se quieren arriesgar a desconocer las mencionadas cláusulas, pues eso podría acarrear la responsabilidad del Estado colombiano por un presunto incumplimiento del contrato.

c. Contradicciones entre la aplicación del test de daño y la estrategia nacional de prevención del daño antijurídico

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, a la hora de negar el acceso a información pública no es suficiente con señalar el fundamento legal o constitucional de la excepción y el fin legítimo que se pretende proteger; por el contrario, el artículo en comento exige también que el funcionario público encargado demuestre que la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información. Según las entidades entrevistadas, la discrecionalidad que este último paso implica, puede ser contraria a las políticas de prevención del daño antijurídico impulsadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

Concretamente, en el *Ministerio de Minas y Energías* no creen que la ANDJE esté de acuerdo con que cada funcionario público pueda decidir discrecionalmente si entrega o no la información si existe una reserva o clasificación de información claramente identificada en el Índice de Información Clasificada y Reservada de la respectiva entidad, argumento que se sustenta en que actualmente la ANDJE está teniendo que defender al Estado en varios procesos en los que la divulgación de información ha causado daños antijurídicos a sus titulares.

d. *Naturaleza jurídica de los sujetos obligados*

Tanto los artículos 18 a 21 de la Ley 99 de 1993 como el artículo 1° del Decreto 1603 de 1994, establecen que los institutos de investigación (con excepción del *IDEAM*) son “Corporaciones Civiles sin ánimo de lucro, de carácter público sometidas a las reglas de derecho privado, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente”, vinculadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Por estar vinculadas al Ministerio, se trataría de entidades estatales descentralizadas indirectas del orden nacional y, en esa medida, de sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014. Sin embargo, el parágrafo 3 del artículo 68 de la Ley 489 de 1994 advierte que “[l]o dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente”.

Por eso, los institutos de investigación consideran que no son sujetos obligados de la ley o que sólo les es aplicable respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función pública. No obstante, ¿qué sucede —se preguntan— cuando la función pública que desempeñan corresponde, en su totalidad, con la misión del instituto, pero su presupuesto no es enteramente provisto por el Estado? Por tal duda, esas entidades no cumplen con la totalidad de las obligaciones que les impone la Ley 1712 de 2014.

Es el caso del *Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt*, que publica información misional porque su función es generar conocimiento, pero definen intuitivamente hasta dónde llegan, no por la ley, sino por el espíritu del instituto. Del mismo modo, “por espíritu de equidad con sus socios (particulares que hacen inversiones)”, no se

sienten obligados por la ley en lo que respecta a la información administrativa. Esa es la razón por la que no publican ese tipo de información, ni cuentan con los Instrumentos de Gestión de la Información Pública.

Un caso similar es el de las Industrias extractivas, como la empresa Drummond, que a pesar de ser contratistas del Estado no se consideran sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014. La persona con la que nos entrevistamos del *Proyecto PAN* nos indicó que habían interpuesto derechos de petición ante diferentes empresas del sector extractivo para saber cuánto dinero gastaban en pautas en medios de comunicación, pero que solamente fue contestada dicha solicitud por Ecopetrol, ya que las demás empresas indicaban que no eran sujetos obligados por la Ley de Transparencia.

e. Cobro por suministrar información pública

De acuerdo con el principio de gratuidad consagrado en el artículo 3 de la Ley 1712 de 2014, el acceso a la información pública es gratuito y no se podrá cobrar valores adicionales al costo de su reproducción. Sin embargo, hay entidades que, a partir de una lista de precios establecida por decreto, cobran un valor por la información que producen y administran.

En la *Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)*, por ejemplo, hay un “Banco de Información Petrolera” (BIP) que guarda información técnica; concretamente, se trata de un centro documental compuesto por: (i) Epis: Información digital suministrada por los operadores de exploración y explotación a la ANH; (ii) Sintoteca: originales de esa información; y, (iii) Litoteca: repositorio de muestras. Por medio de contratos de asociación, los ciudadanos (normalmente compañías petroleras) pueden comprarle al BIP información de carácter científico y tecnológico pagando las tarifas establecidas.

Desde el 2 de noviembre de 2016, el BIP va a pasar a ser administrado por el *Servicio Geológico Colombiano (SGC)* y, de acuerdo con una resolución de esta entidad, inicialmente va a continuar con las políticas de acceso y cobro de precios que tiene la ANH, hasta que se haga un análisis juicioso de posibles cambios. Así mismo, se tiene planeado celebrar convenios puntuales de generación de información con la ANH y la Agencia Nacional de Minería (ANM) para blindar contractualmente la información que se levante (por medio de cláusulas de confidencialidad), en virtud de que, según ellos, no toda la información allí consignada le interesa al país.

(iv) Índices de Información Clasificada y Reservada de las entidades priorizadas del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible

- **Falta de publicación de los Índices de Información Clasificada y Reservada**

De las doce entidades del Sector priorizadas, sólo el 50% de ellas cuenta con el Índice de Información Clasificada y Reservada publicado en su página web. El *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*, el *Ministerio de Minas y Energía*, la *Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)*, el *Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas (SINCHI)*, el *Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt* y el *Servicio Geológico Colombiano*, no lo tienen.

Tanto el *Ministerio de Minas y Energía* como el *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible* informaron que el instrumento se encuentra actualmente en construcción. En el caso de este último ministerio, la entidad elaboró una Guía Metodológica para la Identificación y Clasificación de Activos de Información; pero la guía no menciona los contenidos mínimos que exige el

artículo 40 del Decreto 103 de 2015 para la elaboración de los Índices de Información Clasificada y Reservada. Por el contrario, la guía exige que el funcionario establezca el valor asignado en confidencialidad (pública, pública clasificada o pública reservada), la “justificación de la clasificación en cuanto a la confidencialidad del archivo”, y el “recurso que se afectaría en caso de perderse la confidencialidad del activo”. Podría pensarse que estas dos últimas categorías hacen referencia al fundamento constitucional o legal y al objetivo legítimo de la excepción, respectivamente; sin embargo, en ninguna parte se le explica al funcionario que tiene el deber de señalar expresamente la norma, artículo o inciso constitucional o legal que establece la reserva o clasificación, y que debe identificar la excepción que, dentro de las previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, cubre la calificación de información reservada o clasificada.

Por su parte, en la *Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)* y en el *Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt* no conocían de la existencia de este instrumento de gestión de información pública. Y el *Servicio Geológico Colombiano* informó que, salvo los tres productos arriba mencionados, toda su información es pública y que por eso no es necesario contar con un Índice; tan sólo publican el concepto de la oficina jurídica de la entidad por medio del cual se tomó la decisión de que los productos del contrato celebrado entre ISAGEN, COLCIENCIAS, la ANH y el SGC no admiten divulgación.

- **Falta de contenidos mínimos del Índice de Información Clasificada y Reservada**

El artículo 40 del Decreto 103 de 2015 establece los contenidos mínimos del Índice de Información Clasificada y Reservada. Sin embargo, no todas las entidades priorizadas han construido su índice con base en esas especificaciones, y otras incluyen en sus índices todas las categorías exigidas por el decreto, pero no diligencian todas las casillas requeridas.

El Índice de Información Clasificada y Reservada de *Parques Nacionales Naturales de Colombia*, por ejemplo, no incluye las categorías de objetivo legítimo de la excepción, fundamento constitucional o legal, calificación de si es una excepción total o parcial, fecha de la calificación de la información como reservada o clasificada, ni plazo de dicha clasificación o reserva. En esa

medida, no se citan normas constitucionales ni legales para justificar la excepción al acceso a la información, ni se especifica su término de duración.

En el caso de la *Comisión de Regulación de Energía y Gas*, su índice contiene todas las categorías exigidas por la ley, pero no siempre diligencian todas las casillas con la información solicitada. De forma similar, aunque en el índice de la *Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR)* existe la categoría plazo de la clasificación o reserva, las respectivas casillas se encuentran vacías.

Los índices de la *Agencia Nacional de Minería* y la *Agencia Nacional de Hidrocarburos*, por el contrario, sorprenden por su completitud. De hecho, el índice de la ANH incluye el test para medir el daño presente, probable y específico que se puede causar por revelar información reservada o clasificada, pero habrá que evaluar la utilidad de esa inclusión puesto que el test de daño debe ser aplicado por el funcionario en cada caso concreto.

- **Citación de normas equivocadas como fundamento constitucional o legal de la excepción**

Algunas de las entidades priorizadas citan como fundamento constitucional o legal de la excepción los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, siendo que dichas disposiciones no reservan o clasifican información por sí mismas. Adicionalmente, citan leyes generales o artículos concretos que no incluyen en su contenido una clasificación o reserva; incluso, llegan a citar sentencias como fundamento de las excepciones al acceso a la información. Veamos:

NORMAS ERRÓNEAMENTE UTILIZADAS POR LA CREG			
FUENTE NORMATIVA	RESUMEN	DISPOSICIÓN	CONTENIDO
Ley 734 de 2002	“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”	Art. 34 numeral 5	“Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público: (...) “5. Custodiar y cuidar la documentación e información que

			por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos”.
Ley 1273 de 2009	“Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos"- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones”.		
Ley 1712 de 2014	“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.	Artículo 6	<p>“Artículo 6°. Definiciones.</p> <p>“a) Información. Se refiere a un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen;</p> <p>“b) Información pública. Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal;</p> <p>“c) Información pública clasificada.</p>

		<p>Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley;</p> <p>“d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley;</p> <p>“e) Publicar o divulgar. Significa poner a disposición en una forma de acceso general a los miembros del público e incluye la impresión, emisión y las formas electrónicas de difusión;</p> <p>“f) Sujetos obligados. Se refiere a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada incluida en el artículo 5° de esta ley;</p>
--	--	--

			<p>“g) Gestión documental. Es el conjunto de actividades administrativas y técnicas tendientes a la planificación, procesamiento, manejo y organización de la documentación producida y recibida por los sujetos obligados, desde su origen hasta su destino final, con el objeto de facilitar su utilización y conservación;</p> <p>“h) Documento de archivo. Es el registro de información producida o recibida por una entidad pública o privada en razón de sus actividades o funciones;</p> <p>“i) Archivo. Es el conjunto de documentos, sea cual fuere su fecha, forma y soporte material, acumulados en un proceso natural por una persona o entidad pública o privada, en el transcurso de su gestión, conservados respetando aquel orden para servir como testimonio e información a la persona o institución que los produce y a los ciudadanos, como fuentes de la historia. También se puede entender como la institución que está al servicio de la gestión administrativa, la información, la investigación y la cultura;</p>
--	--	--	--

			<p>“j) Datos Abiertos. Son todos aquellos datos primarios o sin procesar, que se encuentran en formatos estándar e interoperables que facilitan su acceso y reutilización, los cuales están bajo la custodia de las entidades públicas o privadas que cumplen con funciones públicas y que son puestos a disposición de cualquier ciudadano, de forma libre y sin restricciones, con el fin de que terceros puedan reutilizarlos y crear servicios derivados de los mismos;</p> <p>“k) Documento en construcción. No será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su calidad de tal”.</p>
Ley 1712 de 2014	“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.	Artículo 19	<p>“Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:</p> <p>“a) La defensa y seguridad nacional;</p> <p>“b) La seguridad pública;</p>

			<p>“c) Las relaciones internacionales;</p> <p>“d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;</p> <p>“e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;</p> <p>“f) La administración efectiva de la justicia;</p> <p>“g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;</p> <p>“h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;</p> <p>“i) La salud pública.</p> <p>“Parágrafo. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos”.</p>
--	--	--	--

NORMAS ERRÓNEAMENTE UTILIZADAS POR LA ANH			
FUENTE NORMATIVA	RESUMEN	DISPOSICIÓN	CONTENIDO
Ley 1474 de 2011	“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de	Artículo 9	“Artículo 9°. Reportes del responsable de control interno. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así: “El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad

	<p>prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.</p>		<p>de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.</p> <p>“Modificado por el art. 231, Decreto Nacional 019 de 2012. Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>“El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.</p> <p>“Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.</p> <p>“Parágrafo transitorio. Para ajustar el periodo de qué trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a</p>
--	--	--	--

			la fecha prevista en el presente artículo.”
Ley 1712 de 2014	“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.	Artículo 18	<p>“Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Corregido por el art. 2, Decreto Nacional 1494 de 2015. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:</p> <p>“a) Corregido por el art. 1, Decreto Nacional 2199 de 2015. El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado;</p> <p>“b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad;</p> <p>“c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el párrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.</p> <p>“Párrafo. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable”.</p>

NORMAS ERRÓNEAMENTE UTILIZADAS POR LA ANM

FUENTE NORMATIVA	RESUMEN	DISPOSICIÓN	CONTENIDO
Ley 1437 de 2011	"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".	Artículo 36	<p>"Artículo 36. Formación y examen de expedientes. Los documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente, al cual se acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad.</p> <p>"Si las actuaciones se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en la entidad u organismo donde se realizó la primera actuación. Si alguna de ellas se opone a la acumulación, podrá acudir, sin más trámite, al mecanismo de definición de competencias administrativas.</p> <p>"Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.</p> <p>"Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, las cuales se entregarán en los plazos señalados en el artículo 14" (negritas fuera de texto).</p>
Ley 1474 de 2011	"Por la cual se dictan normas orientadas a	Artículo 9	"Artículo 9°. Reportes del responsable de control interno. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

	<p>fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.</p>	<p>“El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.</p> <p>“Modificado por el art. 231, Decreto Nacional 019 de 2012. Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>“El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.</p> <p>“Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.</p> <p>“Parágrafo transitorio. Para ajustar el periodo de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el</p>
--	---	--

			Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo”.
Ley 1712 de 2014	“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.	Artículo 18	<p>“Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Corregido por el art. 2, Decreto Nacional 1494 de 2015. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiese causar un daño a los siguientes derechos:</p> <p>“a) Corregido por el art. 1, Decreto Nacional 2199 de 2015. El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado;</p> <p>“b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad;</p> <p>“c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el párrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.</p> <p>“Párrafo. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable”.</p>

NORMAS ERRÓNEAMENTE UTILIZADAS POR LA CAR

FUENTE NORMATIVA	RESUMEN	DISPOSICIÓN	CONTENIDO
Sentencia C-939/03			

3 Relación de las principales normas de rango inferior al legal, que actualmente están siendo aplicadas en el Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas) con el fin de reservar o clasificar información y su posible vinculación con normas de rango legal o constitucional.

Las disposiciones de rango inferior al legal que a continuación se exponen fueron identificadas a partir de: i) las entrevistas realizadas a las entidades priorizadas del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible (en relación con las industrias extractivas); ii) la revisión de los índices de Información Clasificada y Reservada de las entidades priorizadas del Sector Ambiente y Desarrollo sostenible (en relación con las industrias extractivas); y, iii) la revisión jurisprudencial adelantada en materia de excepciones al acceso a la información pública.

FUENTE NORMATIVA	RESUMEN	DISPOS CIÓN	RESUMEN	FIN LEGÍTIMO	TIPO DE EXCEPCIÓN	VINCULACIÓN NORMA LEGAL O CONSTITUCIONAL
---------------------	---------	----------------	---------	--------------	-------------------	--

Decreto 1377 de 2013	"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012".	Artículo 25	<p>"Artículo 25. Contrato de transmisión de datos personales. El contrato que suscriba el Responsable con los encargados para el tratamiento de datos personales bajo su control y responsabilidad señalará los alcances del tratamiento, las actividades que el encargado realizará por cuenta del responsable para el tratamiento de los datos personales y las obligaciones del Encargado para con el titular y el responsable.</p> <p>"Mediante dicho contrato el encargado se comprometerá a dar aplicación a las obligaciones del responsable bajo la política de Tratamiento de la información fijada por este y a realizar el Tratamiento de datos de acuerdo con la finalidad que los Titulares hayan autorizado y con las leyes aplicables.</p> <p>"Además de las obligaciones que impongan las normas aplicables dentro del</p>	Habeas data	Clasificación	Ley 1266 de 2008
----------------------	---	-------------	--	-------------	---------------	------------------

			<p>citado contrato, deberán incluirse las siguientes obligaciones en cabeza del respectivo encargado:</p> <p>“1. Dar Tratamiento, a nombre del Responsable, a los datos personales conforme a los principios que los tutelan.</p> <p>“2. Salvaguardar la seguridad de las bases de datos en los que se contengan datos personales.</p> <p>“3. Guardar confidencialidad respecto del tratamiento de los datos personales” (negrilla fuera de texto).</p>			
Decreto 1071 de 2015	“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo	Artículo 2.13.8.2.2. (Artículo 2.2. o 3 del Decreto 459 de 2000)	“Artículo 2.13.8.2.2. Casos en que la información no podrá ser calificada como confidencial. En ningún caso será calificada como confidencial la información presentada para obtener concepto toxicológico, licencia ambiental y registro de venta referente a: “1. La denominación y contenido de la sustancia o sustancias activas y la	NO ES EXCEPCIÓN, ES PROHIBICIÓN DE EXCEPCIÓN	Acceso a la información pública	

	<p>vo Agropecuari o, Pesquero y de Desarrollo Rural.”</p>	<p>denominación del plaguicida.</p> <p>“2. La denominación de otras sustancias que se consideren peligrosas.</p> <p>“3. Los datos físicos y químicos relativos a la sustancia activa, al producto formulado y a los aditivos de importancia toxicológica.</p> <p>“4. Los métodos utilizados para inactivar el ingrediente activo grado técnico o el producto formulado.</p> <p>“5. El resumen de los resultados de los ensayos para determinar la eficacia del producto y su toxicidad para el hombre, los animales, los vegetales y el ambiente.</p> <p>“6. Los métodos y precauciones recomendados para reducir los riesgos de manipulación, almacenamiento, transporte e incendio.</p> <p>“7. Los métodos de eliminación del producto y de sus envases.</p> <p>“8. Las medidas de descontaminación que</p>			
--	---	---	--	--	--

			<p>deben adoptarse en caso de derrame o fuga accidental.</p> <p>“9. Los primeros auxilios y el tratamiento médico que deben dispensarse en caso de que se produzcan daños corporales.</p> <p>“10. Los datos y la información que figuran en la etiqueta y en la hoja de instrucciones”.</p>			
Decreto 1073 de 2015	"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía."	Artículo 2.2.1.2.1.5. (Artículo 6 del Decreto 1348 de 1961)	"Artículo 2.2.1.2.1.5. Datos de carácter científico y técnico. El Gobierno previo concepto de los organismos técnicos del Ministerio de Minas y Energía, señalará, por medio de resolución para cada rama de la industria petrolera, los datos de carácter científico, técnico, económico y estadístico que a su juicio deban presentar las personas a que se refiere el artículo 4° de la Ley 10 de 1961 y la época en que ha de cumplirse tal obligación. La violación de la reserva que sobre estos datos está obligado a guardar el Gobierno, será	Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.	Clasificación	Artículo 4 de la Ley 10 de 1961

			<p>sancionada con la destitución inmediata del responsable, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar" (negrilla fuera de texto).</p>			
Decreto 1073 de 2015	"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía."	<p>Artículo 2.2.2.2.39. (Artículo 28 del Decreto 2100 de 2011)</p>	<p>"Artículo 2.2.2.2.39. Obligación de información de exportaciones y de importaciones de gas natural. Una vez perfeccionados los contratos de exportación y de importación, los Agentes respectivos enviarán copia al MME para su información. Cada vez que los contratos de exportación y/o de importación sean modificados se informará al MME adjuntando los documentos que den cuenta de tal modificación. Respecto de la información a que se refiere este artículo, el MME guardará la debida reserva sobre aquellos datos que, atendida su</p>	Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.	Clasificación	Artículo 6 de la Ley 1437 de 2011

			naturaleza, la requieran en defensa de los legítimos intereses de las partes en dichos contratos" (negrilla fuera de texto).			
Decreto 1073 de 2015	"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía".	Artículo 2.2.5.1. 3.5. (Artículo 5 del Decreto 1993 de 2002)	"Artículo 2.2.5.1.3.5. Funciones del administrador del SIMCO. El Administrador del SIMCO, ejercerá las siguientes funciones: (...) "Parágrafo. El administrador del Sistema será responsable de guardar la reserva sobre los documentos que de conformidad con el ordenamiento jurídico gozan de ese carácter".			No es una reserva en estricto sentido.
Decreto 1076 del 2015	"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del	Artículo 2.2.2.9. 1.6. Parágrafo (Artículo 6 del	"Artículo 2.2.2.9.1.6. Obligaciones de las colecciones biológicas. Las colecciones biológicas deberán cumplir con las siguientes obligaciones: (...) "Parágrafo. La información asociada a los especímenes que se encuentren bajo alguna categoría de amenaza según las	HACE FALTA	HACE FALTA	NO TIENE

	Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible".	Decreto 1375 de 2013)	listas rojas nacionales o de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza UICN o que estén categorizadas en algunos de los apéndices de la Convención CITES, puede ser objeto de restricciones en los casos que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en cumplimiento de sus funciones así lo determine " (negritas fuera de texto).			
Decreto 1076 del 2015	"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible."	Artículo 2.2.5.1.7.4. Parágrafo 3 (Artículo 75 del Decreto 948 de	"Artículo 2.2.5.1.7.4. Solicitud del permiso. La solicitud del permiso de emisión debe incluir la siguiente información:(...) "Parágrafo 3°. La autoridad ambiental competente, sin perjuicio de su facultad de solicitar información completa sobre procesos industriales, deberá guardar la confidencialidad de la información que por ley sea reservada, a la que tenga acceso o que le sea suministrada por los solicitantes de permisos de emisión	Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.	Clasificación	No establece una reserva en sí misma, sino el deber de la autoridad ambiental de proteger los documentos con reserva legal.

		1995)	atmosférica" (negrilla fuera de texto).			
Decreto 1076 del 2015	"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible."	Artículo 2.2.1.6.1.5 (Artículo 24 del Decreto 309 de 2000)	"Artículo 2.2.1.6.1.5 Propiedad intelectual. La autoridad ambiental competente para expedir el permiso de estudio con fines de investigación científica de que trata el presente decreto, deberá respetar los derechos de propiedad intelectual del titular del permiso de estudio respecto de la información y publicaciones que sean aportadas durante el procedimiento administrativo de otorgamiento del permiso y con posterioridad a su obtención, en los términos previstos por las normas pertinentes, especialmente por la Ley de 1982, la Decisión 391 de 1996,	Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.	Clasificación	Artículo 24, numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

			<p>las Decisiones la Comisión del Acuerdo de Cartagena 345, 351 y 486 y demás normas que las modifiquen o complementen.</p> <p>“Cualquier información que sea aportada por el solicitante o titular del permiso de estudio conforme a lo establecido en este decreto y que sea sujeta de patente o constituya secreto industrial, será mantenida en confidencialidad por la autoridad ambiental competente, siempre y cuando dicha información reúna los requisitos para su protección conforme a las normas pertinentes y el solicitante o titular del permiso advierta respecto del carácter confidencial de dicha información por escrito al momento de aportarla” (negrilla fuera de texto).</p>			
Decreto 1081 de 2015	“Por medio del cual se expide el	Artículo 2.2.1.1.10.	<p>“Artículo 2.2.1.1.10. Objetividad e imparcialidad. (...)</p> <p>“Parágrafo. Las pruebas aplicadas o a</p>	Habeas Data	Clasificación	Decreto Ley 262 de 2000

	Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República".	Parágrafo (Artículo 10, parágrafo del Decreto 4080 de 2006)	aplicarse en los procesos de selección tienen carácter reservado y sólo serán de conocimiento de los responsables del concurso y de quienes deban resolver las reclamaciones que sobre ellas se formulen".			
Acuerdo 008 de 2014 (Servicio Geológico Colombiano)	"Por el cual se define la Política de gestión de la información geocientífica del Servicio Geológico Colombiano".	Numeral 9.4	"9.4 Políticas de seguridad de la información: (...) Criterios de seguridad de la información Confidencialidad: La información geocientífica será accesible únicamente por los usuarios autorizados. El SGC implementará medidas de cifrado de los datos y de protección de la identidad del origen y destino(s) del mensaje".	HACE FALTA	HACE FALTA	HACE FALTA

<p>Reglamento de uso del SIIF Nación aprobado en cesión ordinaria el 26 de febrero de 2013 Acta N. 16</p>		<p>Inciso 4.1</p>	<p>4.1 Acceso al Sistema (...)</p> <p>“b) La contraseña es confidencial, intransferible y estrictamente personal, por lo cual se asumirá que cada vez que se ingrese al SIIF Nación con dicha contraseña, es el titular de la cuenta de usuario quien lo está haciendo” (negrilla fuera de texto).</p>	<p>Habeas Data</p>	<p>Clasificación</p>	<p>Artículo 15 de la Constitución Política</p>
---	--	-------------------	---	--------------------	----------------------	--

4 Anexo – Necesidades de procedimiento que le aplican a todos los sectores

En este anexo presentamos las “necesidades de procedimiento” identificadas a partir de las entrevistas con las entidades priorizadas de los diferentes sectores. Por necesidades de procedimiento entendemos aquellas dificultades procedimentales que están teniendo las entidades a la hora de evaluar la procedibilidad de una excepción de acceso a la información pública. Teniendo en cuenta que se trata de necesidades transversales en relación con la aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública por parte de los sujetos obligados, decidimos no asignarlas a un sector en particular.

a. En relación con el proceso para negar una solicitud de información

Cuando llega una solicitud de información por los diferentes canales, en la mayoría de entidades la dependencia de Atención al Ciudadano o de Gestión Documental hace el reparto de la solicitud al área competente. En el área competente, generalmente, se responsabiliza de la respuesta a la petición a cualquier funcionario, ya que—según las entidades— todos están capacitados para contestar dichas solicitudes.

En los casos en que los funcionarios encuentran que existe una reserva a la información, tienen la autonomía de negar la petición, citando la norma en la que se fundamenta la reserva de la información y con apoyo en el índice de información clasificada y reservada que, como se ha visto previamente, tiene falencias importantes. En muy pocos casos se establece un filtro en el interior de la dependencia, para que uno o

dos funcionarios revisen que la respuesta a la solicitud de información sea la adecuada. En algunas ocasiones, cuando hay duda sobre la procedibilidad del acceso a determinada información se hace la respectiva consulta ante la oficina jurídica de la entidad.

Caso distinto es el de la Dirección de la Policía Nacional, en donde hay una dependencia a la que son remitidas todas las solicitudes de información que deben ser negadas por encontrarse protegidas con una reserva o clasificación. De esta manera, después de que en un primer momento el funcionario que conoce de la petición detecta la existencia de dicha excepción, otra dependencia filtra o revisa la decisión y realiza el test de daño para resolver si se divulga o no la información solicitada.

b. No se aplica el test de daño – En caso de duda no se divulga la información

Las entidades no conocen y, por consiguiente, no aplican el test de daño a la hora de resolver una solicitud de información reservada o clasificada; manifestaron que siempre que encuentran una norma que reserva o clasifica determinada información, se opta ineludiblemente por negar su entrega e, incluso, en varias de ellas aplican la “máxima” según la cual en casos de duda se restringe el acceso a la información.

En esta misma línea, como se puede observar en el documento de necesidades del sector ambiente, minas y energía, la discrecionalidad que el test de daño implica puede ser contraria a las políticas de prevención del daño antijurídico impulsadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

Concretamente, en el *Ministerio de Minas y Energías* no creen que la ANDJE esté de acuerdo con que cada funcionario público pueda decidir discrecionalmente si entrega o no la información si existe una reserva o clasificación de información claramente identificada en el Índice de

Información Clasificada y Reservada de la respectiva entidad, argumento que se sustenta en que actualmente la ANDJE está teniendo que defender al Estado en varios procesos en los que la divulgación de información ha causado daños antijurídicos a sus titulares.

c. *Ambigüedades en la Ley 1712 de 2014*

i) Fines legítimos no incluidos en la Ley 1712 de 2014

1. Debido proceso administrativo: hay casos en los que la información de ciertos procedimientos administrativos es reservada para proteger: (i) las pruebas en los procesos de selección o de evaluación de personal³; (ii) los procesos administrativos sancionatorios⁴; y, (iii) las opiniones y posiciones de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. La reserva de este tipo de información no está cubierta en estricto sentido por ninguno de los fines legítimos establecidos en la Ley 1712 de 2014. Por ello, es necesario revisar si es necesario establecer una excepción que proteja el “debido proceso administrativo” o si, por el contrario, basta con promover una correcta interpretación de los casos en los que procede reservar información por hacer parte del proceso deliberatorio del sujeto obligado.

³ Artículo 208 del Decreto Ley 262 de 2000.

⁴ Artículo 208, numeral 7 del Decreto 663 de 1993.

2. Reserva estadística: la Ley 79 de 1993 establece la reserva estadística para proteger la divulgación de la información suministrada por las personas naturales y jurídicas al DANE, en el desarrollo de censos y encuestas. Sin embargo, el bien jurídico que esta reserva protege no se encuentra amparado en ninguno de los fines legítimos establecidos en la Ley 1712 de 2014. A pesar de que es una reserva que es aplicada exclusivamente por el DANE, es necesario revisar si esta reserva se encuentra amparada por las excepciones establecidas en la Ley 1712 de 2014, teniendo en cuenta que si bien su principal fin es proteger el derecho a la intimidad de las personas que diligencian dichas encuestas, la reserva no puede ser levantada ni siquiera frente a órdenes de autoridades judiciales, dándole un mayor alcance a la reserva.

ii) Documento en construcción y proceso deliberativo

Es importante señalar que no hay claridad en relación con la diferencia entre el concepto de documento en construcción y los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos. La confusión se presenta porque la definición de documento en construcción, contenida en el artículo 6, literal k, de la Ley 1712 de 2014, prevé que “[n]o será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del **proceso deliberatorio** de un sujeto obligado en su calidad de tal”. Por su parte, el párrafo del artículo 19 de la misma ley establece que “[s]e exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del **proceso deliberativo** de los servidores públicos”.

Como se ve, ambos artículos se refieren a la información relacionada con el “proceso deliberatorio” o “deliberativo”. Sin embargo, mientras el artículo 6 dice que dicha información no será considerada pública, en el párrafo del artículo 19 se le considera como un tipo de información que aunque es pública, debe ser exceptuada. En consecuencia, no queda claro si la información que hace parte del proceso deliberatorio no es pública o si, por el contrario, sí es pública pero su acceso se exceptúa en virtud del párrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014. Estas normas se prestan a confusiones y, por lo mismo, son mal aplicadas por los sujetos obligados.

- iii) Existen muchos fines legítimos en la Ley 1712 de 2014 para proteger la administración efectiva de justicia y el debido proceso judicial

No es clara la diferencia entre los bienes jurídicos protegidos en los literales d), e) y f) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, ni la razón por la que no se unificaron en uno solo que proteja la información que debe ser reservada para proteger en términos generales la administración efectiva de justicia y el debido proceso. Las excepciones a las que se hace alusión son:

“Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

(...)

“d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;

“e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;

“f) La administración efectiva de la justicia;”.

Como se puede apreciar, estas excepciones de acceso a la información están muy relacionadas entre sí y, por lo mismo, respecto a la calificación de la información que, en un caso dado, pudiera encajar en cualquiera de las tres o en ninguna de ellas. Así, la administración efectiva de la justicia involucra la prevención, investigación y persecución de delitos y faltas y debe propender por el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales, de manera que se podrían englobar las tres categorías en una sola de carácter más general, pero la ley decidió separar e independizar los derechos y bienes constitucionales que deseaba proteger.

iv) Problemas para diferenciar los objetivos legítimos de las reservas y clasificación de información

Las entidades públicas no dominan la terminología relacionada con las excepciones de acceso a la información pública. Es muy posible que esta sea una de las principales razones por las que no han sido adecuadamente elaborados los Índices de Información Reservada y Clasificada y se presenten los errores identificados en el documento de necesidades de cada uno de los sectores.

Sin embargo, es preciso destacar que esta situación tampoco es del todo clara en la Ley 1712 de 2014, en tanto para establecer si la información es reservada o clasificada, de acuerdo con su artículo 28, los sujetos obligados deben demostrar: i) que la información se relaciona con **un objetivo legítimo** establecido legal o constitucionalmente; ii) que dicho objetivo legítimo está amparado en una **excepción** contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley; y, iii) que la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.

v) Terminología de las normas que contienen excepciones de acceso a la información

Finalmente, es pertinente señalar que pese a que la Ley 1712 de 2014 establece que las restricciones de acceso a la información contenidas en su artículo 18 son **clasificaciones** y que las establecidas en su artículo 19 son **reservas**, hay normas que disponen que determinada información es reservada cuando técnicamente debieran señalar que es clasificada, evidenciando falta de univocidad en el lenguaje en materia de excepciones al acceso a la información.