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 de aplicación de las clasificaciones y reservas de información pública, que responde a las necesidades que se identificaron en las entidades priorizadas del sector de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

AUTOR: Dejusticia

FECHA: Julio 2017

FIIAPP
COOPERACIÓN ESPAÑOLA

Proyecto financiado por la Unión Europea

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

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.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

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

PRODUCTO XXI

Tabla de Contenido

1 Introducción 4

2 Lineamientos de aplicación de reservas y clasificaciones de información pública.... 5

I. Vacíos y tensiones en la Ley 1712 de 2014 y en otras leyes que establecen restricciones de acceso a la información pública 5

a. Información que, según las entidades, debería estar protegida y no lo está *5*

b. Reservas y clasificaciones de información cuya relación con las excepciones establecidas en la Ley 1712 de 2014 puede resultar confusa *11*

c. Reservas y clasificaciones de la información consagradas en normas de inferior jerarquía 16

II. Problemáticas relacionadas con el proceso de calificación de la información como reservada y clasificada ..... **¡Error! Marcador no definido.**

a. Ámbito de aplicación (artículo 5 de la Ley 1712 de 2014) ***¡Error! Marcador no definido.***

b. Derecho de toda persona a la intimidad (literal a del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014) ***¡Error! Marcador no definido.***

c. Divulgación parcial (artículo 21 de la Ley 1712 de 2014) ***¡Error! Marcador no definido.***

d. Carga de la prueba (artículo 28 de la Ley 1712 de 2014) ***¡Error! Marcador no definido.***

e. Documentos en construcción (literal k del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014) .... ***¡Error! Marcador no definido.***

f. Planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos (numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011) ..... ***¡Error! Marcador no definido.***

g. Transferencia interadministrativa de información ..... ***¡Error! Marcador no definido.***

h. Cláusulas de confidencialidad ..... ***¡Error! Marcador no definido.***

i. Cobro por bancos de datos ..... ***¡Error! Marcador no definido.***

j. Restricciones de uso de la información en aplicación del derecho de autor ..... ***¡Error! Marcador no definido.***

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

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

PRODUCTO XXI

1 Introducción

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

Concretamente, el presente producto es un documento de lineamientos de aplicación de las clasificaciones y reservas de información pública, que responde a las necesidades que se identificaron en las entidades priorizadas del sector de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

2 Lineamientos de aplicación de reservas y clasificaciones de información pública.

Los lineamientos que a continuación se exponen, fueron elaborados a partir de las necesidades y problemáticas identificadas en las entidades priorizadas del sector de Ambiente y Desarrollo Sostenible (incluido Minas y Energía). Los lineamientos responden a dos categorías, a saber: (i) Vacíos y tensiones en la Ley 1712 de 2014 y en otras leyes que establecen restricciones de acceso a la información pública; y, (ii) Problemáticas relacionadas con el proceso de calificación de la información como reservada y clasificada.

I. Vacíos y tensiones en la Ley 1712 de 2014 y en 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 sobre especies que se encuentran bajo alguna categoría de amenaza**

El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia (IDEAM) está levantando el Inventario Forestal Nacional. De acuerdo con el Diseño del Marco Conceptual y Metodológico del Inventario Forestal Nacional, el objetivo general del inventario es *"[m]edir, describir y evaluar los ecosistemas de bosques en Colombia con el fin de producir y proveer información (superficie, estado) de los ecosistemas; orientado a la ordenación con fines de administración del recurso (conservación, manejo y uso sostenible); que dé soporte a las decisiones para la formulación e implementación de la política nacional ambiental y sectorial"* [1]. De esta manera, la información recolectada busca *"dar respuesta a preguntas fundamentales*

[1] INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES. Diseño del Marco Conceptual y Metodológico del Inventario Forestal Nacional. Bogotá: 2009. Disponible en Internet a través de: http://www.ideam.gov.co/documents/13257/14160/Diseño+del+marco+conceptual+y+metodológico+del+IFN-1.pdf/57cc75a7-2f30-41ab-b349-69216daeaeff, p. 14.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

*que el Estado debe conocer con relación a los bosques como ¿Cuántos tipos de bosques tiene Colombia?, ¿**Cuáles son las especies principales que los caracterizan**?, ¿Cuál es el estado de las masas forestales?, ¿Cuánta biomasa se acumula en ellos?"*[2] (Negrilla fuera del texto).

En consecuencia, entre la información que se producirá y proveerá está la referente a las especies que habitan los diferentes tipos de bosques que tiene Colombia. Frente al particular, es preciso destacar que existe un conjunto de especies de fauna y flora silvestres que según las listas rojas nacionales o de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza – UICN se encuentran bajo alguna categoría de amenaza, o que están categorizadas en algunos de los tres apéndices de la Convención CITES como especies amenazadas. En el caso concreto de Colombia, la Resolución 0192 de 2014 establece el listado de las especies silvestres amenazadas de la diversidad biológica colombiana que se encuentran en el territorio nacional.

Estas especies han adquirido un creciente valor desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico, y por ello han sido objeto de explotación excesiva en el comercio internacional. Sin embargo, por ser un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras. Al respecto, el artículo 8° de la Constitución Política señala que *"[e]s obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación"*. Por su parte, el artículo 79 establece que *"(…) Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".* Así mismo, el artículo 196 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente dispone *que "[s]e tomarán las medidas necesarias para conservar o evitar la desaparición de especies o individuos de la flora que, por razones de orden biológico, genético, estético, socieconómico o cultural, deban perdurar".* Por último, el numeral 23 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 establece que es función del Ministerio de Medio Ambiente *"[a]doptar las medidas necesarias para asegurar la protección de las especies de flora y fauna silvestres; tomar las previsiones que sean del caso para defender especies en extinción o en peligro de serlo; y expedir los certificados a que se refiere la*

[2] Ibid. p. 12.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Convención Internacional de Comercio de Especies de Fauna y Flora Silvestre Amenazadas de Extinción (CITES)".

La pregunta que surge es: ¿el deber de protección de esas especies implica necesariamente la restricción del acceso la información sobre su localización?

Si se revisan los tratados internacionales sobre la materia, de los que Colombia hace parte, se encuentra que ni la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), ni el Convenio sobre Biodiversidad Biológica[3], imponen a los países la obligación de reservar o clasificar información para proteger a las especies amenazadas.

Por el contrario, el artículo 13 del Convenio sobre Biodiversidad Biológica establece que las Partes Contratantes *"**[p]romoverán y fomentarán la comprensión de la importancia de la conservación de la diversidad biológica** y de las medidas necesarias a esos efectos, así como su propagación a través de los medios de información, y la inclusión de esos temas en los programas de educación"* (negrilla fuera de texto). Por su parte, el principio 10 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece que:

> *"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, **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.** Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes"* (negrillas fuera de texto).

---

[3] Aprobado en Colombia mediante la Ley 165 de 1994.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

En ese orden de ideas, parece claro que: i) la obligación de protección y conservación de la biodiversidad exige al Estado fomentar la comprensión y sensibilización de la población sobre la importancia de la conservación de la biodiversidad biológica; y, ii) dicha comprensión y sensibilización se hace posible poniendo a disposición de todos la información sobre las especies amenazadas. Incluso, hay autores que sostienen que un aumento en el conocimiento sobre el estado de las especies amenazadas cambia la disposición del público a donar fondos para su conservación[4].

En consecuencia, no es aconsejable crear una disposición legal que reserve la información asociada a los especímenes que se encuentren bajo alguna categoría de amenaza. De hecho, se aconseja derogar 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. Aunque esta disposición es de rango inferior al legal, y por ende, no podría ser aducida como fundamento de la reserva, su vigencia puede generar confusión entre los funcionarios públicos.

- **Información sobre zonas estratégicas mineras**

El inciso 7º del artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*, disponía:

> *"Por su parte, la información geológica, geoquímica y geofísica que el Servicio Geológico Colombiano genere a partir de la declaratoria de las áreas estratégicas mineras por parte de la Autoridad Minera y que permita evaluar el potencial mineral de tales áreas, tendrá el carácter de reservada por el mismo término en que la Autoridad Minera declare dichas zonas como estratégicas mineras o hasta tanto deba darse a conocer en desarrollo de los procesos de selección objetiva que adelante la*

[4]Al respecto, ver: TISDELL, Clem. Knowledge about a Species' Conservation Status and Funding for its Preservation: Analysis. Brisbane: The University of Queensland, 2005.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Autoridad Minera para el otorgamiento de contratos de concesión especial en estas áreas".

En esa medida, restringió el acceso a la información geológica, geoquímica y geofísica que genera el Servicio Geológico Colombiano para evaluar el potencial mineral de áreas estratégicas mineras.

Sin embargo, en la sentencia C-221 de 2016 la Corte Constitucional declaró inexequible dicho inciso al considerar que la reserva de la información geológica para los proyectos de desarrollo minero no superaba el test de proporcionalidad. Al igual que los funcionarios del Sector de Minas y Energía entrevistados en esta consultoría, la Corte consideró que la medida era necesaria, pues *"la información geológica derivada de las áreas de reserva estratégica minera requiere un tratamiento resguardado al conocimiento público, en orden a definir en ellas un tipo especial de ordenamiento, así como un régimen legal y contractual específico. En particular, para impedir la proliferación desordenada de títulos mineros en determinadas áreas del territorio nacional, garantizando así una mayor eficiencia en la extracción de recursos naturales no renovables, e incrementando la participación estatal de los beneficios provenientes de la ejecución de esta actividad en dichas áreas"*[5]. Sin embargo, consideró que la medida resultaba excesiva y desproporcionada, pues:

> *"(…) sacrifica en mayor dimensión otros fines que el ordenamiento constitucional protege, tales como: (i) la transparencia en las actuaciones del Estado (Art. 209 C.P.) que asegura a la ciudadanía conocer el impacto de un proyecto de explotación de recursos naturales no renovables; (ii) el carácter público de los recursos naturales no renovables (Art. 332 C.P.), pues siendo bienes públicos comporta una contradicción que la información de estos sea privilegiada o reservada; (iii) los derechos de las entidades territoriales, las cuales en función del principio autonómico (Art. 288 C.P.) tienen derecho a conocer los proyectos que se desarrollen en sus territorios. En*

[5] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 del cuatro (4) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Expediente D-10958. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

especial, la participación de las comunidades y de las autoridades del orden local o regional en los procesos de planificación y ordenamiento territorial; (iv) los derechos de las comunidades indígenas y afro descendientes (Art. 330 C.P.) a conocer la información de las áreas de reserva minera estratégica, que pudiese afectar sus territorios o su modus vivendi"[6].

Como se ve, la Corte reconoció la necesidad de la reserva, pero la declaró inexequible por razones de inconstitucionalidad. Si bien estamos de acuerdo con la decisión de la Corte, consideramos que esta Corporación erró a la hora de reconocer la necesidad de la medida. Según se citó más arriba, la Corte consideró que la medida era necesaria para asegurar que el Estado tenga control sobre el ordenamiento de las áreas de reserva estratégica minera. Al respecto, consideramos que en el caso de la minería legal, la proliferación de títulos mineros depende única y exclusivamente de que sean otorgados por las autoridades competentes. En esa medida, la restricción de acceso a la información sobre el potencial mineral de las zonas no contribuye en nada a controlar el otorgamiento ordenado de dichos títulos. En lo que respecta a la minería ilegal, consideramos que existen medios alternativos menos gravosos que la reserva de información para asegurar el control del ordenamiento jurídico. Concretamente, pensamos que el aumento de las medidas de seguridad y vigilancia de las zonas estratégicas mineras puede ser una medida más efectiva para prevenir la práctica de ese tipo de minería.

Por todo esto, a diferencia de lo manifestado por los funcionarios del sector de Minas y Energía no consideramos apropiado expedir nuevamente una disposición legal que reserve esa información. Más aún, teniendo en cuenta que *"[c]uando una disposición es declarada inexequible, la cosa juzgada material produce como efecto, una limitación de la competencia del legislador (ordinario o extraordinario), que le impide reproducir el contenido material de la norma que no se ajusta a la Carta Fundamental, y en el evento que ello ocurra la Corte debe*

[6] Ibid.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

proferir un fallo de inexequibilidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política"[7].

b. Reservas y clasificaciones de información cuya relación con las excepciones establecidas en la Ley 1712 de 2014 puede resultar confusa

En el inventario normativo de reservas y clasificaciones que se levantó en función de esta consultoría, se encontraron varias normas legales que aunque no se relacionan directamente con ninguno de los cuatro sectores estudiados, deben ser analizadas pues no responden a ninguno de las excepciones establecidas en los artículo 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014. Estas normas son:

1) Numeral 11.4 del artículo 11 del Decreto Ley 780 de 2005

> *"Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República".*

La reserva de las pruebas aplicadas pretende proteger los derechos a la intimidad y privacidad del aspirante, protegidos por el literal a) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014. Sin embargo, lo que pretende proteger la reserva de las pruebas por aplicar es el buen funcionamiento de los procesos de selección. Siendo que no existe una excepción al respecto, se considera conveniente evaluar la posibilidad de crearla. De lo contrario, la reserva consagrada en el numeral 11.4 del artículo 11 del Decreto Ley 780 de 2005, no podrá ser aducida para reservar las pruebas a utilizarse.

2) Artículo 10, numeral 2, de la Ley 1340 de 2009:

---

[7] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del veinticinco (25) de julio de dos mil uno (2001). Expediente D-3271. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

"Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe anterior y salvo que cuente con los elementos suficientes para establecer que no existe la obligación de informar la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación nacional, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación se suministre a esa entidad la información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada. La Superintendencia de Industria y Comercio no ordenará la publicación del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, cuando los intervinientes de la operación, por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio".

A pesar de que la aplicación de esta norma no afecta directamente a los sectores administrativos objeto de esta consultoría, en el inventario normativo que se levantó con los preceptos de orden constitucional o legal que establecen reservas o clasificaciones a la información pública, encontramos esta norma con una reserva que consideramos debe ser conocida y analizada por las la Secretaría de Transparencia y por los órganos garantes de la Ley 1712 de 2014.

El régimen de las integraciones empresariales se encuentra establecido en la Ley 1340 de 2009 y en las Resoluciones 35006 de 2010 y 10930 del 2015. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) define como integración empresarial como "*cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objetivo de desarrollar actividades conjuntamente*"[8]. El trámite para la aplicación de esta figura inicia con la presentación de una solicitud de pre-evaluación ante la SIC, con base en las resoluciones mencionadas.

Sobre la información y los documentos presentados ante la SIC, la normatividad antes citada establece que:

[8] Ver http://www.sic.gov.co/las-integraciones-empresariales

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

1. Las empresas intervinientes podrán solicitar de forma explícita y motivada que la información relativa a secretos empresariales y otros elementos sobre los cuales exista norma legal o reserva, tengan carácter reservado. Para tal efecto, deben presentar un resumen no confidencial del mismo[9] (subrayas fuera de texto).

   Esta disposición no choca con la Ley 1712 de 2014, en tanto cumple con lo establecido en el régimen de clasificaciones a la información pública y siempre que se aplique el artículo 28 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, además de lo dispuesto en las resoluciones referidas.
2. Por su parte, además del precepto contenido en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, las resoluciones citadas también establecen que las empresas intervinientes que presenten la solicitud de pre-evaluación para conformar una integración empresarial, pueden elevar petición de no publicación de dicha solicitud por razones de orden público. La publicación a la que hace referencia la anterior normatividad es realizada por la SIC en su página web u ordenando la publicación del aviso en un diario de amplia circulación nacional.

   A pesar de que consideramos que el tema se debería estudiar a fondo, creemos preliminarmente que esta normatividad no cumple con lo establecido en el régimen jurídico de reservas y clasificaciones a información pública, teniendo en cuenta que: **i)** la reserva puede operar respecto del contenido de un documento público, pero no en relación con su existencia, y lo que se busca reservar con el precepto antes citado es el anuncio de integración empresarial, previa solicitud de pre-evaluación ante la Superintendencia de Industria y Comercio; y, **ii)** el orden público no es una excepción contemplada en el listado de excepciones de acceso a la información establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014.

Por lo tanto, consideramos que el numeral bajo examen debe salir del ordenamiento jurídico, o en su defecto, debe ser revisada por la Secretaría de Transparencia y las autoridades competentes, dado que el interés general de conocer las integraciones empresariales es evitar

[9] Numeral 2.2.3. Reserva de los documentos de la información.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

que se produzca una indebida restricción a la libre competencia o la consolidación de posiciones dominantes de mercado.

3) Artículo 112, parágrafo, de la Ley 1437 de 2011

> "*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"*.

La Sala de Consulta Civil tiene como funciones la de emitir consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministerios y Directores de Departamento Administrativo, revisar a petición del Gobierno proyectos de Ley o Códigos, proyectos de Acto Legislativo y de Ley, temas de interés para proponer reformas normativas a la Administración Pública, entre otras. El interés público de conocer y tener acceso a estos documentos tiene como finalidad promover ejercicios de control y veeduría sobre las actuaciones y decisiones que adopta el Estado, en relación con los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Sin embargo, consideramos que la noma de manera injustificada reserva toda la información contenida en los conceptos elaborados por esta Sala, sin encontrar fundamento en alguna de las excepciones establecidas en la Ley 1712 de 2014. Por lo tanto, consideramos que esta reserva debe ser modificada, en el sentido de 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 de acuerdo con lo 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.

4) Artículo 5 de la Ley 79 de 1993

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

> "*Las personas naturales o jurídicas, de cualquier orden o naturaleza, domiciliadas o residentes en el territorio nacional, están obligadas a suministrar al Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, los datos solicitados en el desarrollo de Censos y Encuestas.*
> *Los datos suministrados al Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, en el desarrollo de los censos y encuestas, no podrán darse a conocer al público ni a las entidades u organismos oficiales, ni a las autoridades públicas, sino únicamente en resúmenes numéricos, que no hagan posible deducir de ellos información alguna de carácter individual que pudiera utilizarse para fines comerciales, de tributación fiscal, de investigación judicial o cualquier otro diferente del propiamente estadístico".*

La reserva estadística es aquella que protege los datos suministrados por los encuestados y procura que se genere una confianza tal que la información que entreguen las personas sea lo más fidedigna posible: si las personas encuentran que la información suministrada va a ser usada con fines tributarios o en investigaciones de tipo judicial o sancionatorio, dirían mentiras y no se podrían tener estadísticas confiables. Esta es la razón por la que la reserva no puede ser levantada ni por solicitud de autoridad judicial.

Esta última limitación ha sido bastante polémica. Por ejemplo, si con la aplicación de encuestas el DANE u otro entidad con una naturaleza similar busca obtener información sobre abuso sexual en menores, ¿debería el encuestador avisar a las autoridades para que tomen las medidas pertinentes y protejan la integridad del menor? Al tratarse de información con una carga emocional y social tan fuerte, es difícil inclinarse de forma contundente hacia alguno de los extremos de la balanza. Sin embargo, expertos en la materia, como Mauricio Perfetti, han sostenido que lo que se busca con esta información es la generación de estadísticas confiables que permitan diseñar políticas públicas.

Con la reserva estadística se protege el derecho a la intimidad de las personas. De esta manera, para respetar la naturaleza de estos censos, lo único que se hace es hacer públicos los "resúmenes numéricos" de la encuestas, para conservar el grado de clasificación de los datos

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

individualizables. Esta posición limita la posibilidad de que otros investigadores puedan usar este tipo de datos para hacer sus propios estudios y análisis. Al respecto, en su columna de opinión en la Revista Dinero, Francisco Pérez[10] expuso la posibilidad de aplicar un mecanismo encontrado por el ICFES para remplazar nombres y documentos de identificación de las personas evaluadas por códigos artificiales, con los que es imposible identificar a un individuo en particular.

Pese a que no existe una excepción en la Ley 1712 de 2014 que ampare en estricto sentido la reserva contemplada en la Ley 79 de 1993, cabe concluir que su clasificación podría encontrar amparo en la protección de la intimidad y el secreto profesional (reserva de fuente). Este último, teniendo en cuenta que se protege la confianza que debe tener la ciudadanía con el DANE o con instituciones que tengan esta naturaleza, para que a la hora de ser encuestados entreguen la información con la seguridad de que está no va a ser divulgada, incluso si la solicitan autoridades judiciales.

c. Reservas y clasificaciones de la información consagradas en normas de inferior jerarquía

En el inventario de las normas de inferior jerarquía del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible desarrollado en el producto #17 de la consultoría, incluimos normas de rango inferior a la ley que actualmente están siendo aplicadas en el Sector de Ambiente y Desarrollo Sostenible (incluyendo Minas y Energía) con el fin de reservar o clasificar información. Estas normas pueden ser clasificadas en dos categorías, a saber: i) Normas que por su rango inferior al legal no constituyen suficiente fundamento para la reserva o clasificación de información; y, ii) Normas que a pesar de su rango inferior al legal deben permanecer en el ordenamiento jurídico. En lo que respecta a las normas que por su rango inferior al legal no constituyen suficiente fundamento para la reserva o clasificación de información (categoría i), estas pueden ser subdivididas a su vez en: a) normas cuyo contenido debe consagrarse en una norma de orden legal; b) normas que deben ceder ante las normas de superior jerarquía ya existentes; c) normas cuyo contenido es ilegal e inconstitucional; o, d) la excepción no es necesaria.

[10] PÉREZ, Francisco. El manejo de la reserva estadística en el ICFES. Bogotá: Revista Dinero, 2011.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

(i) Normas que por su rango inferior al legal no constituyen suficiente fundamento para la reserva o clasificación de información

a) Normas cuyo contenido debe consagrarse en una norma de orden legal

- Artículo 2.13.8.2.2. del Decreto 1071 de 2015

Este artículo no trae una reserva o clasificación de información. Por el contrario, incluye una prohibición de clasificar la información presentada para obtener concepto toxicológico, licencia ambiental y registro de venta, que tenga que ver con: i) la denominación y contenido de la sustancia o sustancias activas y la denominación del plaguicida; ii) la denominación de otras sustancias que se consideren peligrosas; iii) los datos físicos y químicos relativos a la sustancia activa, al producto formulado y a los aditivos de importancia toxicológica; iv) los métodos utilizados para inactivar el ingrediente activo grado técnico o el producto formulado; v) 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; vi) los métodos y precauciones recomendados para reducir los riesgos de manipulación, almacenamiento, transporte e incendio; vii) los métodos de eliminación del producto y de sus envases; viii) las medidas de descontaminación que deben adoptarse en caso de derrame o fuga accidental; ix) los primeros auxilios y el tratamiento médico que deben dispensarse en caso de que se produzcan daños corporales; y, x) los datos y la información que figuran en la etiqueta y en la hoja de instrucciones.

Al igual que el legislador, creemos que existe un interés público en que esta información sea de acceso público. Sin embargo, consideramos que para que la prohibición de clasificación sea oponible a las reservas y clasificaciones, esta disposición debe estar consagrada en una norma de orden legal. De lo contrario, primará la norma superior en la que esté consagrada la reserva o clasificación. Por eso <u>se propone consagrar el contenido del artículo 2.13.8.2.2 del Decreto 1071 de 2015 en una norma de orden legal.</u>

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

- Artículo 2.2.2.2.39. del Decreto 1073 de 2015

Este artículo establece la clasificación de aquellos datos contenidos en los contratos de exportación y de importación de gas natural que, atendida su naturaleza, requieran protección en defensa de **los legítimos intereses de las partes en dichos contratos**. Se trata de una clasificación de información genérica y vaga que, en caso de tener mayor especificidad y precisión, podría responder a la excepción consagrada en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege el secreto industrial y comercial. Sin embargo, su rango de orden inferior al legal (artículo de Decreto) impide que pueda ser aducida como fundamento de la excepción.

Se podría sostener que la protección de esta información está justificada y es necesaria, en la medida en que su divulgación pueda poner en desventaja competitiva a las empresas que son parte en los contratos de exportación e importación. Por ello, al no existir norma de rango legal con un contenido similar, <u>se propone consagrar el contenido del artículo 2.2.2.2.39 del Decreto 1073 de 2015 en una norma de orden legal, especificando de forma precisa el bien jurídico a proteger, siendo éste los secretos comerciales e industriales de las empresas parte.</u>

- Inciso 4.1 del Reglamento de uso del SIIF Nación aprobado en cesión ordinaria el 26 de febrero de 2013 Acta N. 16

Este inciso establece la reserva de la contraseña de acceso al Sistema Integrado de Información Financiera (SIIF-Nación), el cual es una iniciativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que permite a la Nación consolidar la información financiera de las Entidades que conforman el Presupuesto General de la Nación y ejercer el control de la ejecución presupuestal y financiera de las Entidades pertenecientes a la Administración Central Nacional y sus subunidades descentralizada. En esa medida, esta reserva de información responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, que protege la defensa y seguridad nacional.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Teniendo en cuenta que no existe norma de rango legal con un contenido similar, y que la protección de esta información está justificada y es necesaria para proteger la información financiera de las Entidades que conforman el Presupuesto General de la Nación, se propone consagrar el contenido del inciso 4.1 del Reglamento de uso del SIIF Nación en una norma de orden legal.

b) Normas que deben ceder ante las normas de superior jerarquía ya existentes

- Numeral 3º del artículo 25 del Decreto 1377 de 2013

Este artículo impone a los encargados del tratamiento de datos personales la obligación de guardar confidencialidad respecto del tratamiento de datos personales. Esta clasificación de información responde a la excepción consagrada en el literal a) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege el derecho de toda persona al habeas data. Sin embargo, su rango de orden inferior al legal (artículo de Decreto) impide que pueda ser aducida como fundamento de la excepción.

A pesar de ello, consideramos que los datos personales que no tienen la naturaleza de públicos ya se encuentran clasificados por el literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, según el cual *"(…) 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 y subrayado fuera del texto). Al respecto, cabe destacar que esta clasificación de información es exigible a todas las personas, sin importar que se trate de los responsables, los encargados, o los usuario de la información.

En consecuencia, es aconsejable excluir el numeral 3º del artículo 25 del Decreto 1377 de 2013 de todos los índices de información reservada y clasificada, para evitar que los funcionarios públicos sigan utilizando erróneamente una norma de inferior jerarquía a la legal como el fundamento de la reserva de información, y empiecen a remitirse en su lugar al literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

- Segundo inciso del artículo 2.2.1.6.1.5 del Decreto 1076 del 2015

Este artículo establece la clasificación de la información que sea aportada por el solicitante o titular de un permiso de estudio con fines de investigación científica y que sea sujeta de patente o constituya secreto industrial. Esta clasificación de información responde a la excepción consagrada en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege el secreto industrial y comercial. Sin embargo, su rango de orden inferior al legal (artículo de Decreto) impide que pueda ser aducida como fundamento de la excepción.

A pesar de ello, consideramos que la información que está sujeta a patente o constituye secreto industrial ya se encuentra clasificada por medio del numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, 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: (…) 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, (…)".* Así mismo, se encuentra protegida por la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, que regula el secreto industrial y comercial y que se inserta directamente en el orden interno colombiano como una ley contempla la protección de la información relacionada con el secreto comercial e industrial. En sus artículos 260 a 266, la Decisión define el concepto y los requisitos, las condiciones por las que deja de considerarse una información como secreto, los actos que constituyen competencia desleal, el término por el que se extiende la protección, etc..

En consecuencia, <u>es aconsejable excluir el segundo inciso del artículo 2.2.1.6.1.5 del Decreto 1076 del 2015 de todos los índices de información reservada y clasificada</u>, para evitar que los funcionarios públicos sigan utilizando erróneamente una norma de inferior jerarquía a la legal como el fundamento de la clasificación de información, y empiecen a remitirse en su lugar al numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437.

- Artículo 2.2.1.1.10. del Decreto 1081 de 2015

Este parágrafo establece la clasificación de las pruebas aplicadas o a aplicarse en los procesos de selección. El contenido de esta clasificación está reproducido en forma muy similar en el tercer

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

inciso del numeral 11.4 del artículo 11 del Decreto Ley 780 de 2005 según el cual: *"Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República".*

Tal como se menciona en este documento, esta clasificación de información no responde concretamente a ninguna de las excepciones consagradas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014. Sin embargo, una vez se modifique la Ley 1712 de 2014 y se agregue el bien jurídico que con ella se pretende proteger, será el tercer inciso del numeral 11.4 del artículo 11 del Decreto Ley 780 de 2005, y no el parágrafo del artículo 2.2.1.1.10 del Decreto 1081 de 2015, la norma legal que deberá ser incluida en los índices de información clasificada y reservada del Sector.

c) Normas cuyo contenido es ilegal e inconstitucional

- Artículo 2.2.1.2.1.5. del Decreto 1073 de 2015

Este artículo establece la clasificación de los datos de carácter científico, técnico, económico y estadístico que deben presentar las personas que se dedican a la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas. Esta clasificación de información podría responder a la excepción consagrada en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, que protege el secreto industrial y comercial. Sin embargo, su falta de especificidad y precisión, así como su rango de orden inferior al legal (artículo de Decreto) impiden que pueda ser aducida como fundamento de la excepción.

En principio, el contenido de esta clasificación está reproducido en forma muy similar en el artículo 7 del Decreto-Ley 1056 de 1953, sustituido por el artículo 4 de la Ley 10 de 1961 y según el cual: *"Las personas que se dediquen a la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas, suministrarán al Gobierno los datos que hubieren obtenido de carácter científico, técnico, económico y estadístico. El Gobierno Guardará la debida reserva sobre aquellos datos que, atendida su naturaleza, la requieran en defensa de los legítimos intereses de dichas personas".*

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

No obstante, existen dos diferencias de contenido que ameritan ser resaltadas. Por un lado, el artículo 2.2.1.2.1.5. del Decreto 1073 de 2015 incluye una sanción de destitución para quienes violen la clasificación de la información. Por otro lado, mientras el artículo 7 del Decreto-Ley 1056 de 1953 clasifica sólo aquellos datos que, atendida su naturaleza, la requieran en defensa de los legítimos intereses de dichas personas, el artículo 2.2.1.2.1.5. protege la totalidad de los datos que deben presentar las personas que se dedican a la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas.

En lo que respecta a la primer diferencia, existe un problema de jerarquía de la norma sancionadora. De acuerdo con la sentencia C-030 de 2012 de la Corte Constitucional,

> *"en el ámbito disciplinario, la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente o faltas disciplinarias,* ***así como las sanciones****, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición****, corresponden a una materia que compete desarrollar de manera exclusiva a la ley****, tanto en sentido formal como material"*[11] (negrilla fuera del texto original).

En esa medida, es la ley la única fuente normativa que tiene la capacidad de crear las infracciones administrativas y sus sanciones correlativas. En consecuencia, el artículo 2.2.1.2.1.5. del Decreto 1073 de 2015 contraría el principio de reserva de ley en materia disciplinaria, pues su contenido no responde a una sanción disciplinaria ya establecida en el artículo 7 del Decreto-Ley 1056 de 1953.

En relación con la segunda diferencia, es preciso destacar que en el caso del artículo 2.2.1.2.1.5 del Decreto 1073 de 2015 nos encontramos ante la creación de una reserva de información más amplia que la que autoriza el artículo 7 del Decreto-Ley 1056 de 1953 (que es ya de por sí amplia), lo que constituye una extralimitación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

---

[11] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 del primero (1) de febrero de dos mil doce (2012). Expediente D-8608. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Adicionalmente, se trata de la creación, por medio de normas de rango inferir a la ley, de una reserva de información, lo cual viola la reserva legal que pesa sobre ese tipo de disposiciones y que se encuentra consagrada, entre otras, en el artículo 74 de la Constitución.

Por estas dos razones, se recomienda derogar el artículo 2.2.1.2.1.5. del Decreto 1073 de 2015.

- Numeral 9.4 del Acuerdo 008 de 2014 del Servicio Geológico Colombiano

Este numeral establece la reserva de la información geocientífica, entendiendo por ella aquella que se refiere a las ciencias de la tierra[12].

A la luz de los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, no es muy claro el fin legítimo que se pretende proteger por medio de esta reserva de información. En parte, esto puede deberse a la amplitud de la reserva de información bajo estudio, la cual comprende todo tipo de información que se refiere a las ciencias de la tierra. Esto, además de violar el requisito de precisión que debe cumplir toda excepción al acceso a la información pública, viola también la exigencia de rango constitucional o legal que deben tener ese tipo de disposiciones y que se encuentra consagrada, entre otras, en el artículo 74 de la Constitución Política. En consecuencia, se recomienda derogar el numeral 9.4 del Acuerdo 008 de 2014 del Servicio Geológico Colombiano.

d) La excepción no es necesaria

- Artículo 2.2.2.9.1.6. del Decreto 1076 del 2015

Este artículo establece una clasificación sobre la 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.

---

[12] Ver numeral 3 del Acuerdo 008 de 2014 del Servicio Geológico Colombiano.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Como ya se dijo más arriba en este documento, la obligación de protección y conservación de la biodiversidad exige al Estado fomentar la comprensión y sensibilización de la población sobre la importancia de la conservación de la biodiversidad biológica; y dicha comprensión y sensibilización se hace posible poniendo a disposición de todos la información sobre las especies amenazadas. En esa medida, esta clasificación de información no parece necesaria. Por esa razón, se aconseja derogar el parágrafo del artículo 2.2.2.9.1.6. del Decreto 1076 de 2015, pues si bien su rango inferior a la ley no permite que sea aducida como fundamento de la clasificación, su vigencia puede generar confusión entre los funcionarios públicos.

(ii) Normas que a pesar de su rango inferior al legal deben permanecer en el ordenamiento jurídico

- Artículo 2.2.5.1.3.5. del Decreto 1073 de 2015

Este artículo impone al administrador del Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) la obligación de guardar la reserva sobre los documentos que de conformidad con el ordenamiento jurídico gozan de ese carácter reservado o clasificado. En esa medida, no se trata como tal de una reserva o clasificación de información, pues únicamente remite a las reservas de información que eventualmente puedan existir. Por ello, no existe problema alguno con su existencia en el ordenamiento jurídico.

- Artículo 2.2.5.1.7.4. del Decreto 1076 del 2015

Este artículo impone a la autoridad ambiental competente de otorgar los permisos de emisión la obligación de 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 atmosférica. En la medida en que se interprete correctamente y se entienda que, sin importar si el acceso a dicha información es o no suministrado por los solicitantes del permiso, se puede decir que no se trata como tal de una reserva o clasificación de información, pues únicamente remite a las reservas de información que eventualmente puedan existir en la ley. Por ello, no existe problema alguno con su existencia en el ordenamiento jurídico.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

II. Problemáticas relacionadas con el proceso de calificación de la información como reservada y clasificada

a. Ámbito de aplicación (artículo 5 de la Ley 1712 de 2014)

Precisa el artículo 5 de la Ley 1712 de 2014:

"Artículo 5°. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

a) ***Toda entidad pública****, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.*

b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control.

c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, ***que presten función pública****,* ***que presten servicios públicos*** *<u>respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público.</u>*

d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica ***que desempeñe función pública o de autoridad pública****, <u>respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función.</u>*

e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación.

f) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos.

g) ***Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.***

Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, solo deberán cumplir con la presente ley <u>respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien</u>.

Parágrafo 1°. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado que sean usuarios de información pública" (subrayas y negrillas fuera del texto)

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Si bien la aplicación de este artículo ha sido en general pacífica, el alcance de sus literales c), d) y g) no ha sido claro. Por ello, a la hora de aplicar estos literales es preciso tener en cuenta que:

- <u>Los literales c) y d) hacen referencia a la descentralización por colaboración y restringen su alcance a la información directamente relacionada con el desempeño de la función pública o el servicio público encomendado a los particulares.</u>

De acuerdo con los literales c) y d) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, son sujetos obligados las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas que: i) presten función pública; ii) presten servicios públicos; o, iii) desempeñen función pública o autoridad pública.

En lo que respecta a las personas naturales y jurídicas **privadas**, los literales se refieren únicamente a aquellas personas privadas que cumplen funciones propias de la Administración (prestar función pública o servicio público), que pueden ser ejercidas por particulares en virtud de la figura de la descentralización por colaboración, autorizada mediante los artículos 1, 2, 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política.

Según la Corte Constitucional:

> *"(…) cuando la administración pública no asume la prestación de determinados servicios, puede ocurrir que la ley autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad respectiva, presentándose, entonces, la figura de la descentralización por colaboración. (…) en la descentralización por colaboración, un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye para cumplir propósitos que sólo interesan a éstos, en razón del conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por ley de determinadas funciones públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad estatal. En cada caso de asignación de tales funciones, la misma ley regula de manera cuidadosa*

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

todos los aspectos relacionados con el carácter público de la función encomendada"[13].

Aunque la función encomendada a los particulares tiene carácter público, *"no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad"*[14] (subraya fuera del texto).

Sin embargo, la organización y desarrollo de las actividades propias de la función o servicio público sí se encuentran sometidas a la disciplina del derecho público. Así, *"el régimen de derecho administrativo sujeta a la persona privada que cumple función administrativa a la consiguiente responsabilidad y le impone el despliegue de una actuación ceñida a lo expresamente autorizado y permitido para la consecución de la específica finalidad pública que se persigue"*[15].

Por eso, las obligaciones de transparencia activa y pasiva que la Ley 1712 de 2014 le impone a dichos particulares sólo les son aplicables respecto de la información directamente relacionada con las actividades propias de la función o servicio público. De hecho, así lo reafirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-274 de 2013, al señalar:

"En cuanto a los literales c) y d) algunos intervinientes sugieren que se precise aún más que en el caso de personas privadas que ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos, ***la información pública que están obligadas a entregar se refiere a aquella directamente relacionada con las funciones públicas que ejercen o el servicio que prestan****. La Corte encuentra que* ***el texto de tales literales deja suficientemente claro esa relación que debe existir entre el sujeto obligado y la***

[13] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-909 del treinta y uno (31) de octubre dos mil siete (2007). Expediente D-6759. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[14] Ibid.

[15] Ibid.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

información pública y no es necesaria una mayor precisión"[16] (negrillas fuera del texto).

- <u>El literal c) incluye a las entidades científicas INVEMAR, Alexander Von Humboldt, SINCHI y John Von Neumann.</u>

De acuerdo con los artículos 18 al 21 de la Ley 99 de 1993, a excepción del IDEAM las entidades científicas INVEMAR, Alexander Von Humboldt, SINCHI y John Von Neumann son Corporaciones Civiles sin ánimo de lucro, de carácter público pero sometidas a las reglas del derecho privado[17], vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente.

Al ser entidades vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, en principio encuadrarían dentro del literal a) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, como entidades estatales descentralizadas indirectas del orden nacional. Sin embargo, el parágrafo 3 del artículo 68 de la Ley 498 de 1998 estableció que lo dispuesto en ese artículo respecto de las entidades descentralizadas no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente y creadas por la Ley 99 de 1993.

En consecuencia, ¿cuál es la naturaleza jurídica de estas entidades? En nuestra opinión, se trata de personas jurídicas públicas que prestan función pública y que, en virtud del literal c) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, son sujetos obligados por esta ley respecto de la información directamente relacionada con la prestación de su función.

La función pública encomendada a cada una de estas entidades científicas está consagrada en los artículos 18 a 21 de la Ley 99 de 1999, y consiste básicamente en dar apoyo científico

---

[16] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). Expediente PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

[17] Los artículos 18 al 21 de la Ley 99 de 1993 también señalan que las cuatro entidades científicas arriba enunciadas se organizarán en los términos establecidos por la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991. De conformidad con el artículo 5 de este Decreto, *"[l]as sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes,* ***se regirán por las normas pertinentes del Derecho Privado****"* (negrilla fuera del texto).

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

y técnico al Ministerio del Medio Ambiente a partir de la investigación en diversas áreas de la naturaleza. Por consiguiente, entidades como INVEMAR se encuentran obligadas a difundir toda la información que tenga en posesión, bajo control o custodia y que, ese caso específico, esté relacionada con: i) investigación ambiental básica y aplicada de los recursos naturales renovables y el medio ambiente y los ecosistemas costeros y oceánicos de los mares adyacentes al territorio nacional; ii) conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos marinos; y, iii) asesorías y apoyos científicos y técnicos que preste al Ministerio, a las entidades territoriales y a las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 18 de la Ley 99 de 1993). Por su parte, el Instituto Alexander Von Humboldt tiene la obligación de dar acceso, salvo las excepciones de ley, a toda la información que tenga en posesión, bajo control o custodia y que esté relacionada con: i) investigación básica y aplicada sobre los recursos genéticos de la flora y la fauna nacionales; ii) inventario científico de la biodiversidad en todo el territorio nacional; y, iii) investigación científica y aplicada de los recursos bióticos y de los hidrobiológicos en el territorio continental de la Nación (artículo 19 de la Ley 99 de 1993). En lo que respecta al instituto SINCHI, en virtud del literal c) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, está obligado a divulgar toda la información que tenga en posesión, bajo control o custodia, relacionada con los estudios e investigaciones científicas de alto nivel sobre la realidad biológica, social y ecológica de la región Amazónica (artículo 20 de la Ley 99 de 1993). Por último, el instituto "John Von Neumann" tiene la obligación de permitir el acceso, salvo las excepciones de ley, a toda la información que tenga en posesión, bajo control o custodia y que esté relacionada con la investigación del medio ambiente del Litoral Pacífico y del Chocó Biogeográfico (artículo 21 de la Ley 99 de 1993).

- <u>El literal g) se refiere a las personas de derecho privado que ejercen gestión fiscal.</u>

Como se vio, el literal g) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014 incluye a *"[l]as entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público"* como sujetos obligados de la ley.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Al igual que en el caso de los numerales c) y d), el numeral g) se refiere nuevamente a personas de derecho privado que cumplen función administrativa, que para este caso particular corresponde a la gestión fiscal. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, *"[p]ara los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan* ***los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos****, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales"* (negrilla fuera del texto).

Aunque la gestión fiscal es ejercida tanto por servidores públicos como por personas de derecho privado, consideramos que el literal g) del artículo 5 la Ley 1712 de 2014 se refiere únicamente a las personas de derecho privado, en la medida en que los servidores públicos se encuentran ya cubiertos por los literales a) y b) del mencionado artículo. Es por ejemplo el caso de los particulares que administran fondos parafiscales (v.g la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia respecto de la contribución parafiscal cafetera, o la Federación Nacional de Avicultores de Colombia respecto de la cuota de fomento avícula), así como de las sociedades fiduciarias que manejen fondos entregados por el Estado en administración fiduciaria.

Al igual que en el caso de los particulares que presten función pública, presten servicios públicos o desempeñen función pública o autoridad pública (literales c y d del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014), los gestores fiscales de derecho privado a los que hace referencia el literal *sub examine* sólo se encuentran obligados por la Ley 1712 de 2014 en lo que tiene que ver con esa gestión fiscal. En esa medida, la información mínima obligatoria a la que hacen referencia los artículos 9, 10 y 11 de la ley en comento les será exigible en la medida en que la misma tenga que ver con el manejo o administración de dichos recursos o fondos públicos.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

- <u>El literal g) incluye tanto al contratista concesionario que administra bienes públicos, como al contratista al que se le entrega un anticipo.</u>

Si el criterio clave para aplicar el literal g) bajo estudio es el ejercicio de gestión fiscal (entendida como ya se dijo, como el manejo o administración de recursos o fondos públicos), se puede concluir que entre los sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014 se encuentran: i) el contratista al que se le entrega un anticipo; y, ii) el contratista concesionario que administra bienes públicos.

Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, los dineros entregados al contratista por concepto de anticipos no entran a formar parte del patrimonio del particular, pues su finalidad es financiar el objeto contractual. Por esa razón, a pesar de estar en cabeza del contratista, continúan teniendo el carácter de dineros públicos. Siendo así, el manejo o administración que el contratista haga de ellos constituye gestión fiscal.

De igual forma, el contrato de concesión implica la entrega, a una persona llamada concesionario, de la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público (artículo 32 de la Ley 80 de 1993). En esa medida, lo que se entrega para su operación, gestión o explotación (según corresponda) continúa en propiedad del Estado. Siendo así, estamos nuevamente ante una gestión fiscal, pues se trata de la administración de un recurso público.

En consecuencia, se debe considerar, por ejemplo, que las **industrias extractivas y los concesionarios viales** son sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014, en la medida en que al celebrar contratos de concesión con el Estado (título minero o contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, o de construcción de vías), son responsables del manejo o administración de propiedades del Estado. En otras palabras, administran un recurso público, y por ende, ejercen gestión fiscal. Como consecuencia, están obligados a

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

transparentar la información mínima obligatoria a la que hacen referencia los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1712 de 2014 **que pueda tener que ver con dicha gestión fiscal**. De igual forma, están obligados a responder las solicitudes que acceso a información pública que se les presenten en relación con esa gestión.

b. Derecho de toda persona a la intimidad (literal a del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014)

Dentro de la información pública clasificada se encuentra aquella cuyo acceso pudiere 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*"[18]. ¿Cuál es el alcance de esta excepción al derecho de acceso a la información pública?

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"*[19].

Cuando se aduce la protección del derecho a la intimidad para negar el acceso a información pública, **además de aplicar el test de daño para cada caso concreto**, el sujeto obligado debe: i)

---

[18] Literal a) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014.

[19] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-729 del cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). Expediente T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

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"*[20].

Sin embargo, si 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).

Así mismo, si lo que se quiere negar es el acceso a las **hojas de vida**, la **historia laboral**, los **expedientes pensionales** y los **registros de personal**, en lugar de citar el artículo 15 de la Constitución Política es más apropiado citar el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015), según el cual: *"Solo tendrán carácter reservado <u>las informaciones y documentos</u> 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, <u>incluidas en las</u> **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).

A diferencia del artículo 34 de la Ley 23 de 1981, el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 no hace referencia a la reserva de un documento (historia clínica), sino de las

---

[20] 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.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

informaciones 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, que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas. De hecho, el mismo numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 hace la diferencia con la historia clínica, documento que nombra por separado, lo que podría significar igualmente que a éste no le es aplicable la expresión *"incluidas en las (…)".* En consecuencia, a diferencia de la historia clínica, las hojas de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y los registros de personal no están por completo cubiertos por una clasificación de información. Por el contrario, sólo se encuentran protegidas aquellas informaciones que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas. En otras palabras, más que la clasificación de los mencionados documentos, lo que procede en su caso es la divulgación parcial (ver sección c) de este acápite).

Por su parte, cuando se aduce la protección del derecho al habeas data para negar el acceso a información pública, además de aplicar el test de daño para cada caso concreto, 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 literal g) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, según el cual *"(…) 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).

En cualquier caso, a la hora de aplicar esta excepción al acceso a la información pública es necesario tener en cuenta que:

- <u>La protección del derecho al habeas data **únicamente** puede ser aducida para negar el acceso a datos personales sensibles, privados o semi-privados.</u>

  De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012, los <u>datos personales sensibles</u> son *"(…) aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación"*. Por esa razón, la Corte Constitucional ha dicho que esta clase de datos *"sólo interesa al titular en razón a que está estrechamente relacionada con la protección de sus derechos a la dignidad humana, la intimidad y la libertad"* (sentencia C-1011 de 2008).

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Como ejemplos de datos personales sensibles, la Ley 1581 de 2012 habla de los datos que revelen: i) el origen racial o étnico; ii) la orientación política; iii) las convicciones religiosas o filosóficas; iv) la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición; así como los datos relativos a: v) la salud; vi) la vida sexual; y, vii) los datos biométricos.

Por su parte, de conformidad con el literal h) del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008, el dato personal privado *"[e]s el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular"*. Como ejemplo de datos personales privados, la Corte Constitucional suele hablar del caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

Por último, de acuerdo con el literal g) del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008, el dato personal semi-privado es *"el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y* ***cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general"*** (negrilla fuera del texto). Como ejemplos de datos personales semi-privados, la Ley 1266 de 2008 habla del dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios.

- 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.**

Como ya se dijo, el literal a) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 permite que el derecho a la intimidad y al habeas data sean aducidos para negar el acceso a información pública. Sin embargo, dicho numeral agrega: *"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".* Por su parte, en la sentencia C-274 de 2013 la Corte confirmó que *"**cuando se trata de funcionarios públicos, el escrutinio de ciertos datos personales está permitido**, de conformidad con los parámetros de constitucionalidad señalados, por lo cual no encuentra*

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

la Corte que sea incompatible con el artículo 74 de la Carta ni con otras disposiciones constitucionales".

En ese orden de ideas, en el caso de los servidores públicos no es posible aducir el derecho al habeas data para negar el acceso a los datos semi-privados, privados o incluso sensibles que tengan que ver con la gestión y el ejercicio de su cargo o que tengan relevancia pública.

Por ello, en el caso de sus hojas de vida, historias laborales, expedientes pensionales y registros de personal, procede la divulgación parcial de cierta información, como podría ser: la información sobre la experiencia laboral, conocimientos académicos y cualquier otra que permita establecer una inhabilidad o incompatibilidad del funcionario.

- La protección del derecho al habeas data **no** puede ser aducida para negar el acceso a datos impersonales.

La Corte Constitucional ha señalado que "*en el caso de la información impersonal no existe un límite constitucional frente al derecho a la información"*[21]. De esta forma, la Corte Constitucional ha dejado claro que la tensión que puede existir entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho al habeas data sólo se presenta en caso de encontrarse ante datos propios y exclusivos de la persona, que permiten identificarla, reconocerla o singularizarla en mayor o menor medida. Por el contrario, los datos impersonales no se relacionan con las personas y, por ende, no se encuentran protegidos por el derecho al habeas data.

- La protección del derecho al habeas data **no** puede ser aducida para negar el acceso a datos personales de naturaleza pública.

[21] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-729 del cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). Expediente T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

De acuerdo con el literal f) del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008, el dato personal de naturaleza pública *"[e]s el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley"*. Como ejemplos de esta clase de datos personales, la Ley 1266 de 2008 habla de: i) los datos contenidos en documentos públicos; ii) sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva; y, iii) los datos relativos al estado civil de las personas.

Es importante que los "datos personales de naturaleza pública" no sean confundidos con la "información pública", que según el artículo 2º de la Ley 1712 de 2014 corresponde a *"[t]oda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado"* por dicha ley. Así, si bien no es posible restringir el acceso a los datos personales públicos, sí es posible hacerlo cuando se trata de información pública que tiene el carácter de clasificada o reservada.

- <u>La protección del derecho al habeas data **no** puede ser aducida para negar el acceso a datos personales solicitados por **su titular**.</u>

Antes de ser sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 estaba reproducido en el numeral 4 de dicho artículo y su contenido era del siguiente tenor: *"Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial: (…) 4. 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,* ***salvo que sean solicitados por los propios interesados*** *o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información"* (negrilla fuera del texto). A pesar de que la salvedad resaltada en negrilla no fue finalmente incluida en la versión vigente del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sigue teniendo validez, como lo demuestra el hecho de que el literal a) del artículo 13 de la Ley 1621 de 2013 establezca claramente que *"[l]a información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley* ***podrá***

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

***suministrarse a las siguientes personas**: a) A **los Titulares**, sus causahabientes o sus representantes legales"* (negrilla fuera del texto).

Al respecto, cabe destacar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-158 de 1994, según la cual *"toda persona tiene la facultad para invocar el derecho a solicitar la copia de **documentos públicos relacionados con su propia esfera e intimidad**, según el mandato constitucional, dentro de los términos que establecen la Constitución y la ley"*. De igual forma, la Corte Constitucional fue clara al advertir que *"la reserva de información no resulta oponible contra el titular de la información, dado que, (…) el derecho fundamental al habeas data protege al titular de la información personal para que tenga libre acceso a ella"*[22].

En esa medida, si bien es razonable que se clasifique cierto tipo de información personal frente a terceros, tal confidencialidad no es oponible a su titular, en el entendido de que una de las facultades que se deriva del derecho al habeas data es precisamente la de conocer las informaciones registradas sobre sí mismo. Más aún, cuando el acceso a esa información es indispensable para el ejercicio de otros derechos, como pueden ser los derechos a la salud o a la defensa, que se deben observar en toda actuación administrativa.

Hay que insistir en que las entidades deben abstenerse de negar al titular la información con base en la cual se han tomado decisiones sobre su caso, sea que se trate de un proceso sancionatorio, de un proceso de selección, de una clasificación de ascenso o de la inscripción en un registro (v.g. Registro Nacional de Víctimas); la información debe proveerse a sus respectivos titulares para que éstos puedan interponer los recursos de ley contra las decisiones que los afecten. Tal como lo señaló el Consejo de Estado, "*[e]l motivo es obvio: de no ser excluidos de la reserva impuesta, y garantizado su efectivo acceso y conocimiento del contenido de las pruebas presentadas por cada uno en particular, el derecho de reclamación de quienes tomaron parte en los procesos devendría inocuo;*

---

[22] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-705 del siete (7) de septiembre de dos mil siete (2007). Expedientes T-1613624, T-1613625, T-1613626, T-1613627 acumulados. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

quedaría reducido a una mera formalidad, vaciando por completo de contenido el derecho de contradicción y defensa que la Constitución garantiza a los particulares en toda actuación administrativa"[23].

Entonces, si bien el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 establece que *"[l]as pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación"*, dicha clasificación no será aplicable para los titulares de esas pruebas.

Debe advertirse también que no es procedente seguir considerando lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-108 de 1995, según la cual "*[l]as pruebas que se aportan durante el proceso de selección para hacer parte del personal en el Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, son reservadas para proteger la intimidad de los aspirantes, y por lo tanto, sólo pueden ser conocidas por los empleados responsables del proceso"*[24], siendo que esta decisión es anterior a la Ley 1621 de 2013.

Sin embargo, cabe aclarar que una cosa son las decisiones tomadas, los documentos en las que constan y las pruebas utilizadas para tomar esas decisiones, y otra las deliberaciones que tienen lugar en las sesiones del órgano y las actas en las que constan: si los primeros deben ser entregados al titular de la información, las actas de las sesiones deliberatorias son consideradas por la Ley 1712 de 2014 como documentos que contienen las opiniones o puntos de vista que forman parte del proceso decisorio de los servidores públicos y por tanto, su acceso se encuentra legalmente exceptuado en virtud del parágrafo del artículo 19 de dicha ley.

---

[23] CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de diciembre de 2012. Expediente 25000 2342 000 2012 00492 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

[24] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-108 del quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Expediente D-666. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

- 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.

El literal a) del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012 establece que *"[l]a información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley **podrá suministrarse a las siguientes personas**: a) A los Titulares, **sus causahabientes** o sus representantes legales"* (negrillas fuera del texto). Por su parte, el artículo 14 de la Ley 1581 de 2012 señala: *"Los Titulares **o sus causahabientes** podrán consultar la información personal del Titular que repose en cualquier base de datos, sea esta del sector público o privado".* Entonces, las personas que han sucedido a otra por causa de su fallecimiento (herederos o causahabientes) están autorizados por la ley para acceder a la información de la persona fallecida.

Incluso, en el caso de la **historia clínica** la jurisprudencia ha ampliado aún más los términos de acceso a la información de los causahabientes, al establecer que: i) este acceso puede darse tanto en el caso de un paciente fallecido, como en el de un paciente en incapacidad por enfermedad física o mental; y, ii) pueden acceder no sólo los causahabientes, sino en general los familiares de la persona. Al respecto, en la sentencia T-158A de 2008 la Corte señaló que *"estas consideraciones se relacionan únicamente con los parientes más próximos de aquél que fallece, estos son de manera específica su madre, su padre, sus hijos o hijas y su cónyuge o compañero o compañera permanente, ya que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, estas son las personas con quienes se guarda el más estrecho lazo de confianza, de amor, de proximidad en las relaciones familiares y quienes podrían resultar potencialmente afectadas con la información contenida en la historia clínica, en un mayor grado"*[25].

Es importante resaltar que para que este acceso a la historia clínica se pueda dar, la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: *"(i) la demostración del hecho de la muerte del paciente o su incapacidad; (ii) la acreditación de*

[25] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158A del quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008). Expediente T-1.718.570. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

pertenecer al núcleo familiar del fallecido o incapacitado; (iii) la exposición de las razones por las cuales se solicita el acceso a la historia clínica; y, (iv) se asuma el deber de reserva por parte del familiar"[26].

En lo que respecta al requisito (iii), en la sentencia T-158A de 2008 la Corte había mantenido que "*[e]l peticionario deberá expresar las razones por las cuales demanda el conocimiento de dicho documento,* ***sin que, en todo caso, la entidad de salud o la autorizada para expedir el documento pueda negar la solicitud por no encontrarse conforme con dichas razones****. A través de esta exigencia* ***se busca que el interesado asuma algún grado de responsabilidad en la información que solicita, no frente a la institución de salud sino, principalmente, frente al resto de los miembros del núcleo familiar****, ya que debe recordarse que la información contenida en la historia clínica de un paciente que fallece está reservada debido a la necesidad de proteger la intimidad de una familia y no de uno sólo de los miembros de ella"* [27] (negrillas fuera del texto).

Aunque bajo las interpretaciones dadas por la Corte frente a las Leyes 1581 de 2012 y 1712 de 2014, la exigencia de ese tercer requisito fijado por la Corte ya no es válida, el mismo sigue estando amparado por el numeral 4 del artículo 16 de la Ley 1755 de 2015, según el cual *"[t]oda petición deberá contener, por lo menos: (…) 4. Las razones en las que fundamenta su petición".*

- <u>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.</u>

Antes de ser sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 tenía el siguiente tenor: *"Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley,*

---

[26] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-182 del diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Expediente T-2099041. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

[27] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158A del quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008). Expediente T-1.718.570. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

y en especial: (…) 4. 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, ***salvo que sean solicitados*** *por los propios interesados o* ***por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información****"* (negrillas fuera del texto). A pesar de que la salvedad resaltada en negrilla no fue finalmente incluida en la versión vigente del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sigue teniendo validez, toda vez que el literal a) del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012 establece claramente que *"[l]a información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley* ***podrá suministrarse a las siguientes personas****: a) A los Titulares, sus causahabientes o* ***sus representantes legales****…*" (Negrillas fuera del texto).

Frente al particular, en la sentencia T-343 de 2008 la Corte consideró que *"(…) no puede entenderse que la reserva se pueda predicar a los representantes legales,* ***cuando se trate de menores de edad o de personas absolutamente incapaces****, por cuanto ellos deben a sus familiares su cuidado, que no podrían ejercer válidamente si no tienen acceso a su historia clínica"*[28] (negrilla fuera del texto). Sin embargo, también precisó que "*si el menor cuenta con un grado de madurez acerca de su autonomía, tiene el derecho a decidir acerca de la reserva de ciertos datos que anhele mantener en secreto. Así las cosas, se deberá analizar si, en el caso concreto, el menor es suficientemente autónomo para decidir acerca de su intimidad, en cuyos eventos, el acceso de sus representantes a dicha información debe ser analizado de manera subsidiaria a los deseos del menor"*[29]. Al respecto, consideramos que para determinar la existencia de ese determinado grado de madurez y autonomía se debe contar con la asistencia de un psicólogo, y que en todo caso, se debe tratar de menores mayores de 14 años. Frente a este último punto resulta conveniente resaltar el más reciente análisis realizado por la Corte Constitucional en el expediente No. D-11620, en el que se analizó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1799 de 2016, que prohibía a

---

[28] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-343 del diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008). Expediente T-1743040. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[29] Ibid.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

menores de 18 años hacerse cirugías estéticas. Aunque aún no se conoce la sentencia del caso, se sabe que en ella la Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz hizo una diferenciación entre los niños de 0 a 13 años, y los jóvenes que tienen entre 14 y 18 años, para señalar que estos últimos ya cuentan con la capacidad evolutiva suficiente para tomar decisiones sobre sí mismos.

- 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**.

  El literal b) del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012 establece claramente que *"[l]a información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley* ***podrá suministrarse a las siguientes personas****: (…) b)* ***A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales*** *(…)"* (negrillas fuera del texto).

  Al respecto, en la sentencia C-748 de 2011 la Corte aclaró que *"debe encontrarse demostrado (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información"*[30]. En esa medida, se debe garantizar que los datos personales requeridos tengan conexión con las funciones de la entidad. Así mismo, es preciso asegurar que la entidad receptora de la información cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del derecho fundamental al habeas data, en especial respecto de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.

- La protección del derecho al habeas data **no** puede ser aducida para negar el acceso de datos personales **requeridos por orden judicial**.

[30] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-748 del seis (6) de octubre de dos mil once (2011). Expediente PE-032. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

El literal b) del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012 establece claramente que *"[l]a información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley* ***podrá suministrarse a las siguientes personas****: (…) b) A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o* ***por orden judicial****"* (negrillas fuera del texto).

- <u>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.</u>

Dispone el literal c) del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012 que *"[l]a información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley* ***podrá suministrarse a las siguientes personas****:* ***(…) c) A los terceros autorizados por el Titular o por la ley****"* (negrilla fuera del texto).

Frente a la autorización del titular, el literal c) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 establece que *"[l]os datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa* ***autorización****, o en ausencia de* ***mandato legal o judicial que releve el consentimiento****"* (negrillas fuera del texto) (principio de legalidad). Por su parte, el literal f) del mismo artículo señala: *"[e]l Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido,* ***el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley****"* (negrilla fuera del texto) (principio de acceso y circulación restringida). Así mismo, el literal a) del artículo 6 de la ley en comento establece que *"[s]e prohíbe el Tratamiento de datos sensibles,* ***excepto cuando****: a)* ***El Titular haya dado su autorización explícita*** *a dicho Tratamiento"* (negrilla fuera de texto). Finalmente, el parágrafo del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 también establece que *"[e]stas 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"* (negrilla fuera de texto). En ese orden de ideas, parece claro que el acceso a datos personales no puede negarse a terceros

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

cuando se cuenta con el consentimiento previo, expreso e informado de su titular para conceder ese acceso.

Así mismo, tampoco es posible negarlo cuando dichos terceros hayan sido autorizados por la ley para acceder. Por ejemplo, ese es el caso del acceso a las historias clínicas por parte del equipo de salud, el cual necesita conocer las condiciones físicas y mentales del paciente para atenderlo en debida forma. Por esa razón, el artículo 14 de la Resolución 1995 de 1999 señala que podrán acceder a la información contenida en la historia clínica: i) el usuario; ii) el equipo de salud; iii) las autoridades judiciales y de salud en los casos previstos en la ley; y, iv) las demás personas determinadas en la ley. Sin embargo, tal como lo aclara el parágrafo del artículo sub examine, *"[e]l acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal"*.

- <u>La protección del derecho a la intimidad de los familiares **sí** puede ser aducida para negar el acceso a la información de un **titular ya fallecido**</u>

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, señalando que *"durante la vida del paciente éste tiene derecho a conocer los datos que se consignan en dicho documento y que hacen parte del ámbito de su intimidad personal, por ser esa la prerrogativa que se protege mediante la reserva y, de la misma manera, como quiera que **cuando éste muere lo que se protege es la intimidad de su núcleo familiar, sus parientes tienen derecho a conocer cuál es la información que, por encontrarse consignada en dicho documento, se encuentra excluida del conocimiento público**"*[31] (negrilla fuera de texto). En consecuencia, una vez muere el paciente, además de proteger la memoria y el honor de la persona fallecida, lo que se intenta garantizar con la clasificación de la información es el derecho a la intimidad de su núcleo familiar, ya que eventualmente la divulgación de la información respecto del

[31] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158A del quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008). Expediente T-1.718.570. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

estado de salud de una persona podría constituir una violación de los derechos fundamentales de sus parientes más próximos.

Si bien este precedente se refiere a información respecto del estado de salud de una persona fallecida, consideramos que es aplicable a todo tipo de información que involucre el derecho a la intimidad de la persona fallecida, y por ende, el derecho a la intimidad de sus familiares.

Resta dilucidar sin embargo el término de duración de esta restricción al acceso a la información. De conformidad con el parágrafo del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, *"[e]stas excepciones tienen una duración ilimitada".* Al estudiar la constitucionalidad de este aparte del parágrafo, la Corte Constitucional precisó que:

> *"Dado que la validez de las excepciones al acceso a la información son restringidas, se ha exigido consagrar un* ***plazo razonable****, vencido el cual la información debe poder ser consultada por el público. En efecto, según esos parámetros,* ***sólo podrá mantenerse la reserva mientras subsista efectivamente el riesgo cierto y objetivo de que, al revelarla, resultara afectado de manera desproporcionada uno de los bienes que se busca proteger.*** *En esa medida, frente a la afectación de intereses tales como los derechos a la vida, la salud, la seguridad personales o a la intimidad,* ***no es posible fijar de antemano una limitación temporal, pues ésta depende de que subsistan las condiciones materiales que justifican la reserva****. En ese sentido, la expresión "ilimitada" no resulta contraria al derecho a acceder a la información pública"*[32] (negrillas fuera del texto).

En ese orden de ideas, se puede concluir que la protección del derecho a la intimidad puede ser aducida para negar el acceso a la información de un titular ya fallecido durante

---

[32] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-274 del nueve (9) de mayo dos mil trece (2013). Expediente PE-036. M.P.: María Victoria Calle Correa.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

el tiempo en que subsista el riesgo cierto y objetivo de afectar la intimidad de su núcleo familiar.

Por último, cabe aclarar que esta excepción de acceso no es oponible a los familiares del titular fallecido, pues finalmente son ellos los titulares del derecho que se intenta proteger con el mantenimiento de la clasificación. Además, porque la restricción al acceso puede generar la violación de otros derechos de los familiares, como podría ser el derecho de acceso a la justicia (así suele suceder cuando se solicita la historia clínica de un familiar fallecido para poder instaurar una acción judicial por mala práctica médica).

Como ya se mencionó más arriba, para que este acceso de los familiares se pueda dar, la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: *"(i) la demostración del hecho de la muerte del paciente (…); (ii) la acreditación de pertenecer al núcleo familiar del fallecido o incapacitado; (iii) la exposición de las razones por las cuales se solicita el acceso a la historia clínica; y, (iv) se asuma el deber de reserva por parte del familiar"*[33]. Así mismo, cabe destacar que para la Corte Constitucional este acceso se restringe a los *"parientes más próximos de aquél que fallece, estos son de manera específica su madre, su padre, sus hijos o hijas y su cónyuge o compañero o compañera permanente, ya que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, estas son las personas con quienes se guarda el más estrecho lazo de confianza, de amor, de proximidad en las relaciones familiares y quienes podrían resultar potencialmente afectadas con la información contenida en la historia clínica, en un mayor grado"*[34].

c. *Divulgación parcial (artículo 21 de la Ley 1712 de 2014)*

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014:

---

[33] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-182 del diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Expediente T-2099041. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

[34] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158A del quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008). Expediente T-1.718.570. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

"Artículo 21. Divulgación parcial y otras reglas. En aquellas circunstancias en que ***la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley****, debe hacerse una* ***versión pública*** *que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público.* ***La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia.*** *(…)"* (negrillas fuera de texto)

Al aplicar este artículo se debe tener en cuenta que:

- Las reservas y clasificaciones aplican sobre información, **no** sobre documentos.

Cuando los sujetos obligados reciben un derecho de petición de información o una solicitud de acceso a información pública en la que se solicite la entrega de un determinado documento, el encargado de responder la solicitud debe evaluar si dicho documento incluye información que pueda dañar intereses públicos o derechos de personas naturales o jurídicas. Lo mismo sucede cuando se está ante la obligación de publicar determinado documento de manera proactiva (transparencia activa).

En aquellos casos en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté exenta de divulgación, es sobre la información clasificada o reserva, y **no** sobre la totalidad del documento que debe recaer la excepción al acceso. En consecuencia, en esos casos lo que procede no es la denegación de acceso al documento sino la construcción de una **versión pública**, en la que se excluya únicamente lo indispensable. Esto implica elaborar

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

una versión del documento en la que, por ejemplo, **se tache o cubran** solamente las partes del documento sujetas a la excepción[35].

Es importante notar que una vez se efectúe la divulgación parcial, la entidad debe informarle claramente al peticionario que se trata de una versión pública del documento, cuyas parte tachadas o eliminadas se encuentran cubiertas por una reserva o clasificación de carácter constitucional o legal, que responde a un determinado bien jurídico consagrado en el artículo 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014.

- La información que se tacha o cubre dependerá del derecho o interés público que se desea proteger con la divulgación parcial.

¿Qué se debe tachar o cubrir en la versión pública del documento? Eso dependerá de la naturaleza de la información que se encuentra exceptuada de acceso. Si lo que se intenta proteger es el secreto comercial o industrial (literal c del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014), basta con tachar la información que podría revelarlo (v. g., los componentes de un plaguicida dentro de un documento emitido por un sujeto obligado para otorgar concepto toxicológico, licencia ambiental o registro de venta).

Por su parte, si lo que se busca proteger es el derecho de toda persona a la intimidad (literal a del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014), lo que se debe lograr es que los datos incluidos en el documento pierdan su condición de personales y dejen de estar vinculados a un titular concreto (v. g., los datos personales de las víctimas en las declaraciones rendidas por éstas ante la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas). En otras palabras, el objetivo es que la información que se obtenga en la versión pública del documento no pueda asociarse a persona identificada o identificable; es decir, que se trate únicamente de datos disociados. En consecuencia, lo que en principio se debería tachar

[35] Ver artículo 41 de la Ley Modelo Interamericana Sobre Acceso a la Información Pública. Aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada el 8 de junio de 2010. Disponible en Internet a través de: http://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2607-2010.pdf

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

son todas las **variables de identificación directa**, como pueden ser: a) Nombres; b) Todos los elementos de fecha de nacimiento, fecha de constitución en Cámara de Comercio, excepto el año; c) Números de identificación (cédula de ciudadanía, pasaporte, tarjeta de identidad, números asociados a la seguridad social, licencias de conducción, NIT, RUT, RUP, RUE, etc.); d) Números de teléfono y fax; e) Dirección de domicilio; f) Direcciones de correo electrónico; g) Números de cuentas bancarias; h) Identificadores del vehículo, placa, etc.; i) Identificadores de dispositivos móviles y números de serie; j) Direcciones de IP; k) Identificadores biométricos; l) Fotografías e imágenes similares; y, m) Cualquier otro número único de identificación[36].

Sin embargo, tal como pasamos a ver a continuación, cuando el documento en cuestión es una base de datos (v. g., bases de datos sobre donación de sangre o estadísticas recogidas en las misiones médicas, como pueden ser por ejemplo las estadísticas epidemiológicas), la disociación de los datos personales requiere más que la eliminación de las variables de identificación directa.

- <u>La aplicación de técnicas de anonimización ya no es suficiente en elaboración de **versiones públicas** de bases de datos.</u>

La forma más común de realizar versiones públicas de bases de datos que incluyan datos personales ha sido la aplicación de técnicas de anonimización, para eliminar aquella información sensible que afecta a personas u organizaciones y cuya identidad debe protegerse legalmente. De acuerdo con la "Guía de Datos Abiertos en Colombia", elaborada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, anonimizar es el *"[p]roceso para remover datos personales de una base de datos, buscando la publicación segura de datos para el reuso"*[37].

---

[36] DANE. Lineamientos para la Anonimización de Microdatos. Bogotá: 2014.

[37] MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Guía de Datos Abiertos en Colombia. Bogotá: 2016, p. 33.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

A nivel de métodos, la anonimización puede incluir las técnicas de aleatorización y de generalización. De acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, *"[l]a aleatorización es una familia de técnicas que modifican la veracidad de los datos a fin de eliminar el estrecho vínculo existente entre los mismos y la persona"*[38]. Estas técnicas incluyen la adición de ruido y la permutación o intercambio de atributos. Por su parte, la generalización *"generaliza o diluye los atributos de los interesados modificando las respectivas escalas u órdenes de magnitud (por ejemplo, sustituyendo una ciudad por una región, o una semana por un mes)"*[39]. Dentro de la generalización encontramos la eliminación de variables, la eliminación de registros, la recodificación y la eliminación de celdas.

Sin embargo, la debilidad de la anonimización está en lo que se ha conocido como las **identificaciones indirectas** y el **efecto mosaico**. De acuerdo con el DANE, las identificaciones indirectas suceden dentro de una misma base de datos y son *"las características que pueden ser compartidas por varios de los encuestados, y cuya combinación podría conducir a la reidentificación de uno de ellos"*[40]. Por su parte, el efecto mosaico sucede entre bases de datos distintas y consiste en la *"[c]ombinación de información disponible de bases anonimizadas que permite la identificación de los individuos"*[41]. ¿Cómo es esto posible? De Acuerdo con Mayer-Schönberger & Cukier:

> *"(…) [l]os datos pueden no parecer explícitamente como información personal, pero* ***con procesos de big data*** *se puede llegar fácilmente a la persona a la que se refieren. O se pueden deducir detalles íntimos sobre la vida de una persona. (...)Un enfoque técnico para proteger la privacidad—la anonimización—tampoco funciona eficazmente en muchos casos. Anonimización se refiere a despojar de los conjuntos*

---

38 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización. Madrid: 2014, p. 13.

39 Ibid. 18

40 DANE. Lineamientos para la Anonimización de Microdatos. Bogotá: 2014, p.7.

41 MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Guía de Datos Abiertos en Colombia. Bogotá: 2016, p. 33.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

> *de datos cualquier identificador personal, como nombre, dirección, número de tarjeta de crédito, fecha de nacimiento o número de Seguro Social. Los datos resultantes pueden ser analizados y compartidos sin comprometer la privacidad de nadie. Eso funciona en un mundo de small data. Pero* ***el big data, con su aumento en la cantidad y variedad de información, facilita la re-identificación****"*[42].

¿Cómo evitar este efecto y elaborar versiones públicas de bases de datos sin desproteger los datos personales? La "Guía de Datos Abiertos en Colombia" propone que, antes de publicar cualquier información que sea sensible, el operador considere otras fuentes de información disponibles y evalúe si la combinación de éstas puede presentar algún riesgo. Sin embargo, en un mundo de *big data* la identificación de todas las otras fuentes de información disponibles es cada vez más difícil.

Por ello, recientemente se ha optado por métodos alternativos a la anonimización, siendo uno de ellos la *aplicación* de técnicas de *differential privacy*. Aunque la privacidad diferencial pertenece a la familia de técnicas de aleatorización (pues al igual que éstas pretende insertar ruido), adopta un enfoque diferente. De conformidad con el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29[43], en las técnicas de aleatorización normalmente utilizadas, la inserción de ruido tiene lugar antes del momento en que se prevé difundir el conjunto de datos. Por el contrario, la privacidad diferencial se utiliza cada vez que el responsable del tratamiento de datos genera vistas anonimizadas de un conjunto de datos en respuesta a un conjunto de consultas de un determinado usuario, al mismo tiempo que conserva una copia de los datos originales. En esa medida, ser diferencialmente privado es una propiedad del mecanismo de acceso a los datos y no está relacionado con la disponibilidad de información auxiliar.

En últimas, el mecanismo de acceso a los datos le apunta a que cualquier secuencia de resultados que entregue (respuestas a las consultas) sea, "esencialmente", igual de probable que

---

[42] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor & CUKIER, Kenneth. (2013). Big Data. A revolution that will transform how we live, work and think. Nueva York: Mariner Books, 2013, p.152-153-154.

[43] GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización. Madrid: 2014.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

ocurra, independientemente de la presencia o ausencia de cualquier individuo en la base de datos, en la medida en que cualquier individuo tiene una influencia muy pequeña en la distribución del resultado del cálculo. Por lo tanto, un usuario no puede aprender nada sobre el aporte de un determinado individuo a la base de datos, incluso en presencia de cualquier información auxiliar a la que pueda acceder. De esa manera, la privacidad diferencial aborda la paradoja de no aprender nada acerca de un individuo, mientras se aprende información útil sobre una población[44].

Para Cynthia Dwork y Aaron Roth[45], la privacidad diferencial pretende contribuir al análisis de datos mientras promete proteger a los titulares de los datos de cualquier daño adicional que pudieran enfrentar debido a que sus datos estén en la base de datos privada X, y que no habrían enfrentado si sus datos no fueran parte de X.

En esa medida, las técnicas de *differential privacy* son una alternativa idónea para la transparencia pasiva de bases de datos con información personal. Resta aún identificar métodos alternativos a la anonimización que sirvan para elaborar versiones públicas de bases de datos que puedan ser publicadas por los sujetos obligados de forma proactiva (transparencia activa) pues la afectación de datos personales como consecuencia de la publicidad de ciertos datos, continúa siendo objeto de estudio de los expertos en privacidad y open data.

d. Carga de la prueba (artículo 28 de la Ley 1712 de 2014)

De conformidad con el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014:

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

---

[44] DWORK, Cynthia & ROTH, Aaron. The Algorithmic Foundations of Differential Privacy. En: Theoretical Computer Science Vol. 9, No. 3–4 (2014); p. 211–407.

[45] Ibid.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

*un **objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente**. Además, deberá establecer si se trata de una **excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley** y **si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información**"* (negrillas fuera del texto).

En otras palabras, a la hora de negar el acceso a información pública el funcionario encargado de resolver la solicitud de acceso a la información pública está obligado a demostrar que: i) la información está amparada por una reserva o clasificación dispuesta en la Constitución Política o la ley; ii) se trata de una excepción contenida en el artículo 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014; y, iii) la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información. De hecho, así lo dispuso claramente el artículo 33 del Decreto 103 de 2015.

En su aplicación, es preciso tener en cuenta que:

- Para cumplir con los requisitos i) y ii) el funcionario **debe** contar con el Índice de Información Clasificada y Reservada de la entidad (en adelante "IICR").

De conformidad con el artículo 20 de la Ley 1712 de 2014, *"los sujetos obligados deberán mantener un índice actualizado de los **actos, documentos e informaciones calificados como clasificados o reservados, de conformidad a esta ley**. El índice incluirá sus denominaciones, la motivación y la individualización del acto en que conste tal calificación"* (negrilla fuera de texto). Por su parte, el artículo 39 del Decreto 103 de 2015 lo define como *"el inventario de la información pública generada, obtenida, adquirida o controlada por el sujeto obligado, en calidad de tal, que ha sido calificada como clasificada o reservada"*.

Para elaborarlo, las entidades deben seguir los parámetros establecidos en el artículo 40 del Decreto 103 de 2015. En esa medida, a pesar de que no existe –ni debe necesariamente existir—un único formato de índice, tiene que ser elaborado en formato de hoja de cálculo e incluir, entre otras cosas, lo siguiente: i) **objetivo legítimo de la excepción**: la identificación de

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

la excepción que, dentro de las previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, cobija la calificación de información reservada o clasificada; ii) **fundamento constitucional o legal**: la disposición constitucional o legal que justifica la clasificación o la reserva, señalando expresamente la norma, artículo, inciso o párrafo que la establece.

A pesar de que el artículo 40 exige también la inclusión del fundamento jurídico de la excepción (*"[m]ención de la norma jurídica que sirve como fundamento jurídico para la clasificación o reserva de la información"*), no entendemos su diferencia con el fundamento constitucional o legal, y consideramos que su exigencia puede generar mayor confusión para los operadores jurídicos. Por ello, se recomienda derogar el numeral 10 del artículo 14 del Decreto 103 de 2015.

Como se ve, el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014 utiliza términos distintos a los utilizados en el artículo 40 del Decreto 103 de 2015. Mientras la ley habla de un "*objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente"*, el decreto se refiere a un *"fundamento constitucional o legal"*. Por su parte, mientras la ley habla de *"una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley"*, el decreto se refiere al *"objetivo legítimo de la excepción"*. Evidentemente, la falta de univocidad en el lenguaje utilizado en las dos fuentes jurídicas complejiza el cumplimiento de los requisitos i) y ii). Por esta razón, se propone unificar la terminología, de tal forma que quede claro que los dos elementos a identificar a la hora de asumir la carga de la prueba son: i) el objetivo legítimo que encuentra fundamento en un artículo concreto de la Constitución o la ley; y, ii) una excepción contenida en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014.

En cualquier caso, para que sea posible cumplir con los requisitos i) y ii) de la carga de la prueba, es indispensable que en el IICR las entidades identifiquen claramente: a) la norma constitucional o legal en la que se encuentra consagrada de forma clara y precisa la reserva o clasificación de la información. Al respecto, cabe destacar que **no** es válido citar una norma que tenga una jerarquía inferior a la ley, como puede ser un decreto, una resolución o una circular; y, b) la excepción contenida en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 a la que esa reserva o clasificación corresponde. Como lo establece el artículo 40 del Decreto 103 de 2015, el IICR debe contar con tal precisión que sea posible conocer exactamente tanto la norma, artículo, inciso o

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

párrafo que incluye la reserva o clasificación, como el literal específico de los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 en el que se encuentra la excepción aducida.

La elaboración adecuada del IICR asegura que el funcionario pueda cumplir apropiadamente con los dos primeros requisitos de la carga de la prueba, sin tener que conocer toda la normatividad aplicable al respecto.

- Es indispensable el cumplimiento del requisito iii), conocido como el "test de daño".

Luego de identificar en el IICR el fundamento legal o constitucional de la reserva o clasificación de la información, y la excepción contenida en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 a la que esa reserva o clasificación corresponde, el funcionario debe demostrar 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. La aplicación del "test de daño" implica que el proceso de respuesta a una solicitud de información pública **no** se agota en el momento en el que el funcionario identifica que la información solicitada está incluida en el IICR; de igual forma, significa que **no** toda información calificada como reservada o clasificada en el IICR debe ser necesariamente negada a quien la solicite. Por el contrario, la decisión debe surtir un paso adicional, siendo éste el llamado "*test de daño*". En palabras de Vivian Newman (2015), *"no basta (...) con probar que la información se encuentra protegida por una norma sobre un tema predeterminado, sino que se requiere también que la revelación de la información pueda generar un daño claro y probable, es decir, concreto y no remoto, que exceda el interés público que representa el acceso a la información"*[46].

Entonces, primero se debe demostrar que el daño que puede causar el acceso a la información pública es: i) *presente*, es decir, no remoto ni eventual; ii) *probable*, porque existen las circunstancias que harían posible la materialización del daño; y, iii) *específico*, en tanto pueda individualizarse y no se trate de una afectación genérica. Una vez sustentada la posible causación

[46] NEWMAN, Vivian. Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público. Documento 20. Bogotá: Dejusticia, 2015, p. 41.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

de un daño, éste debe ser sopesado con los beneficios que se pueden generar si se da acceso a la información pública. En últimas, este segundo paso del test de daño se asimila a lo que la Corte Constitucional ha denominado el "test de proporcionalidad en sentido estricto", que consiste en hacer un balance entre los beneficios que la aplicación de una determinada medida podría reportar y los costos o dificultades que eso ocasionaría. Surtidos estos dos pasos, el funcionario debe decidir si en el caso concreto hay lugar mantener bajo reservar o clasificación la información solicitada, o si por el contrario: i) no existe un daño presente, probable y específico que se deba prevenir; o, ii) a pesar de existir, sus consecuencias negativas son menores a los beneficios que puede generar el acceso a la información pública.

- <u>Es necesario que la aplicación del test de daño esté en manos de la dirección u oficina jurídica de cada entidad.</u>

Varias razones nos llevan a concluir que la aplicación del test de daño debe ser llevada a cabo por la dirección jurídica de cada entidad. En primer lugar, la aplicación del test requiere de conocimiento jurídicos específicos: por un lado, precisa del conocimiento de los términos jurídicos de daño presente, probable y específico, los cuales suelen utilizarse por los abogados en varias áreas del derecho; y, por otro, su aplicación se hace más fácil e intuitiva cuando se conoce el "test de proporcionalidad en sentido estricto" que suele aplicar la Corte Constitucional en sus sentencias.

En segundo lugar, la aplicación del test implica el manejo de un grado de discrecionalidad que, aunque necesario, no puede ser dejado en manos de cualquier funcionario, teniendo en cuenta que el abuso de la discrecionalidad puede generar responsabilidad del Estado. Si un funcionario hace una aplicación inadecuada del test de daño y decide dar acceso a una información que figura en el IICR como reservada o clasificada, puede eventualmente afectar los derechos o intereses públicos que se pretendía proteger con la excepción. Si eso sucede, el Estado estaría causando un daño antijurídico (daño que las personas no están obligadas a soportar), por el cual podría ser demandado.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

En consecuencia, proponemos que una vez el funcionario de la dependencia competente encuentre que la información solicitada figura en el IICR, proceda a transferir la solicitud a la oficina jurídica de la entidad, para que sean los abogados de esta dependencia quienes apliquen el requisito iii) que exige el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014 y decidan sobre la procedibilidad de la solicitud. Además de disminuir los riesgos de daño antijurídico, su concurso permite focalizar los esfuerzos de capacitación en materia de acceso a la información pública en las oficinas jurídicas de las entidades.

e. Documentos en construcción (literal k del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014)

Sobre los documentos en construcción, el literal k) del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 establece que no será considerada pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su condición de tal. Sin embargo, no es muy clara la línea divisoria entre el documento que está en construcción y el que hace parte de los activos de información y, por lo tanto, es información pública oficial.

Antes de entrar en este punto, se debe resaltar que cuando la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la norma bajo examen, consideró que la posibilidad de mantener en reserva la información que se encuentre en construcción debe estar fundamentada en la necesidad de aplicar dicha restricción, siempre que obedezca a un fin legítimo, razonable y proporcional frente al sacrificio que se impone al derecho de acceso a la información pública. Por lo tanto, la Corte concluyó que la definición contenida en el literal k del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 es constitucional, siempre que esta reserva obedezca a i) un fin constitucional o legalmente legítimo y ii) la medida resulte razonable, proporcionada y necesaria.

Sin embargo, el Magistrado Mauricio González Cuervo salvó su voto porque consideró—en nuestra opinión con razón—que la misma definición del documento en construcción establecida en el literal k del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 deja claro que dicha información no existe o, por lo menos, no tiene la calidad de información pública, ya que el proceso de elaboración del documento está en curso o en construcción y no ha culminado.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Por lo tanto, volvemos al punto inicial planteado y es, ¿desde qué momento la información adquiere la naturaleza de pública? Desde el punto de vista jurídico, en algunas entidades se considera que la información es pública cuando se emite un acto administrativo en dicho sentido. Desde el punto de vista archivístico, la información es pública cuando ingresa a la tabla de retención documental y a los activos de información de la entidad. Para las entidades que adelantan investigaciones científicas, la información es pública cuando cuente con todo el fundamento técnico-científico y el contexto que permita obtener conclusiones con probabilidad de verdad y cuya lectura no se haga de forma aislada o residual, para evitar que sus resultados sean interpretados de forma incorrecta.

De acuerdo con el principio de máxima divulgación, toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública. Sin embargo, consideramos que si se trata de información en poder de un sujeto obligado que está siendo utilizada para adoptar una decisión o producir un documento, como sería la que se somete a consideración de los funcionarios competentes para propiciar la deliberación o el conocimiento, el sujeto obligados de que se trate podrá abstenerse de divulgar esa información hasta cuando se adopte la decisión o se elabore el documento final.

f. Planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos (numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011)

El numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2915) establece como clasificada la información "*protegida por el secreto comercial o industrial,* ***<u>así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos</u>***". ¿Cuál es el alcance de esta clasificación de información pública?

Antes que nada, es preciso destacar que la versión original del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 no incluía la clasificación de información *sub examine*. Incluso, la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 65 del 2012 Senado[47] (hoy Ley 1755 de 2015) incluyó únicamente la

[47] Ver Gaceta del Congreso de la República No. 751 del 31 de octubre de 2012.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

clasificación de la información protegida por el secreto comercial o industrial. Posteriormente, en el Informe de Ponencia para segundo debate[48] la expresión *"así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos"* ya aparece en el articulado del proyecto de ley.

Al analizar la constitucionalidad de esta clasificación de información, en la sentencia C-951 de 2014 la Corte Constitucional consideró que la misma pretende asegurar la garantía de libre competencia para las empresas públicas, quienes a pesar de ser entidades del Estado deben contar con las mismas garantías de sus competidores. En esa medida, permitir el acceso a la información de estas empresas públicas implicaría—según la Corte—dar una ventaja ilegítima a las empresas competidoras que podrían mediante la presentación de una petición, conocer por ejemplo, las estrategias trazadas por dichas empresas para el futuro en materia de mercadeo.

A partir del análisis de la Corte parece claro que la clasificación bajo examen efectivamente responde a un fin legítimo. Sin embargo, de la disertación de la Corte también es posible concluir—aunque no lo diga la Corte—, que su contenido es bastante impreciso. Según la sentencia antes mencionada,

> *"el plan estratégico de una empresa pública que presta un servicio público –como el de toda empresa- es un programa de actuación que define su curso, hacia dónde va; traza los objetivos que pretende alcanzar en un plazo determinado y los mecanismos que se utilizará para conseguirlos. En esencia, define el cerebro, la médula de la empresa, fundamental para la viabilidad del negocio y por tanto, sus contenidos constituyen el núcleo de la libertad de empresa y la libre competencia (art. 333 CP)"*[49].

Sin embargo, la misma Corte también señala—aunque sin derivar nada al respecto— que *"no toda la información contenida en un plan estratégico goza de reserva, sino únicamente aquella*

---

[48] Ver Gaceta del Congreso de la República No. 852 del 27 de noviembre de 2012.

[49] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-951 del cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014). Expediente PE-041. M.P.: Marta Victoria Sáchica Méndez.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

cuya divulgación pueda poner en desventaja competitiva a la respectiva empresa pública de servicios públicos".

En esa medida, consideramos que la norma bajo estudio 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 reservar 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 adecuado*"[50].

Al respecto, consideramos que no toda divulgación de información de los planes estratégicos de las empresas de servicios públicos puede afectar su competitividad. Además, si las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios y la misma CREG consideran que determinada información es del ámbito privado y comercial de la empresa, puede exceptuar dicha información 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, y fundamentar dicha clasificación en las normas constitucionales o legales que regulan la materia.

Por lo tanto <u>consideramos que el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 debe ser derogado o modificado, para precisar que la clasificación allí incluida se refiere únicamente a la información que pueda poner en desventaja competitiva a la respectiva empresa pública de servicios públicos.</u>

---

[50] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-511 del dieciocho (18) de junio de dos mil diez (2010). Expediente T-2.395.898. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

g. Transferencia interadministrativa de información

La Corte Constitucional ha explicado que la "*reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político, de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada*"[51]. En este mismo sentido, La Ley 1755 de 2015, que sustituyó los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011, establece en su artículo 27 que "*el carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo*".

Adicionalmente, el artículo 159 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2015 dispone que "*para el desarrollo de los planes, programas y proyectos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo y en general para el ejercicio de las funciones públicas, las entidades públicas y los particulares que ejerzan funciones públicas, pondrán a disposición de las entidades públicas que así lo soliciten, la información que generen, obtengan, adquieran o controlen y administren, en cumplimiento y ejercicio de su objeto misional. El uso y reutilización de esta información deberá garantizar la observancia de los principios y normas de protección de datos personales, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 1581 de 2012 y 1712 de 2014, así como las demás normas que regula la materia*".

En consecuencia, parece claro que el legislador ha querido permitir la transferencia de información interinstitucional, estableciendo que las autoridades que requieran o soliciten información reservada o clasificada en poder de otra entidad pública se encuentran legalmente habilitadas para ello, siempre y cuando lo soliciten para garantizar el debido ejercicio de sus funciones.

---

[51] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Pese a lo anterior, se debe resaltar que en la sentencia C-951 de 2014 la Corte Constitucional señaló que "*la inoponibilidad de la reserva –como excepción a la excepción- en el caso de la información y documentos privados, no puede invocarse por cualquier autoridad administrativa, sino que tiene tratarse de aquellas que caben en las funciones enumeradas en el artículo 15 de la Constitución, esto es, funciones judiciales, tributarias, de inspección, vigilancia y control del Estado y que persigan finalidades constitucionalmente legítimas, necesarios para el cumplimiento de las funciones a su cargo, idóneos, razonables y proporcionados para su consecución*"[52].

De igual forma, en esa misma sentencia la Corte estableció dos casos en los que la inoponibilidad de la reserva o clasificación de acceso a la información pública no procede, siendo estos: i) la prohibición prevista en el numeral 2 del artículo 136 de la Constitución, respecto de instrucciones en materia diplomática y negociaciones de carácter reservado, y ii) la inviolabilidad del secreto profesional que consagra el artículo 74 de la Constitución. De conformidad con la Corte, "*la facultad de las autoridades competentes para solicitar información o documentos públicos reservados no procedería cuando se trate de las mencionadas instrucciones y negociaciones, así como de asuntos amparados por el secreto profesional, toda vez que no se trata de limitaciones establecidas por la ley, sino impuestas por el constituyente, a las cuales deben atender las autoridades*"[53].

Además de los dos casos excepcionales identificados por la Corte, encontramos que la reserva estadística también prevalece ante la facultad que tienen las autoridades de solicitar la información pública producida por otras entidades. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 79 de 1993

---

[52] Ver la sentencia C-951 de 2014.

[53] Aunque la Corte Constitucional consideró que el secreto profesional, por ser una reserva de orden constitucional, sí puede ser oponible a las autoridades judiciales, legislativas y administrativas que la requieran información, el artículo 18 del Decreto 3518 de 2006 advierte que "*quien disponga de información relacionada con la ocurrencia de un evento de interés de salud pública,* ***está obligado a permitir su acceso a la autoridad sanitaria y, en ningún caso, podrá considerarse el secreto profesional como un impedimento para suministrarla***" (negrilla fuera de texto). Esto ocurre especialmente en eventos de emergencia o desastre sanitario, que ya se revisó con anterioridad.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

establece que "*los datos suministrados al Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, en el desarrollo de los censos y encuestas, no podrán darse a conocer al público* ***ni a las entidades u organismos oficiales, ni a las autoridades públicas****, sino únicamente en resúmenes numéricos…*".

Otro caso donde la reserva de información le es oponible incluso a las autoridades judiciales, tiene que ver con la información relacionada con la justicia transicional. El precepto contenido en el artículo 2.2.5.1.5.2.6. del Decreto 1069 de 2015 establece que la "*información que por ley tenga el carácter de reservada, o que por algún motivo ponga en riesgo los derechos fundamentales de las personas, deberá conservar su carácter reservado. En consecuencia, la misma* ***sólo podrá ser suministrada a las entidades pertenecientes al SIIJT***[54]*, quienes garantizarán esta reserva*" (negrilla fuera de texto).

El tercer y último caso que encontramos, en el que la reserva de información también le es oponible a las demás autoridades **administrativas** es el de la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia consagrada en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013. Si bien el artículo 27 de la Ley 1755 de 2015 establece la inoponibilidad de todas las reservas frente a autoridades administrativas que lo soliciten para el ejercicio de sus funciones, la Ley 1621 de 2013 incluye una norma especial (artículo 34), según la cual: *"no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes"*. En esa medida, para el caso de la información de inteligencia y contrainteligencia la inoponibilidad se restringe exclusivamente a autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales. Por el contrario, frente a las autoridades administrativas la comunidad de inteligencia puede continuar aduciendo la reserva.

Una vez identificadas estas tres excepciones a la regla general (que son adicionales a las de origen constitucional ya identificadas por la Corte Constitucional), resulta necesario hacer una

[54] Sistema de Información Interinstitucional de Justicia Transicional, conformado por el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, la Defensoría del Pueblo, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, la Agencia Colombiana para la Reintegración y el Centro de Memoria Histórica.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

última aclaración. Si bien hemos dicho que la reserva estadística, la reserva de la información relacionada con la justicia transicional, y la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia pueden ser incluso oponibles a algunas autoridades públicas, debe quedar claro que en tratándose de violaciones de derechos humanos la reserva de información es **en todos los casos** inoponible a las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o procesos pendientes. Lo anterior, en virtud del el inciso 3 del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 que establece que "*las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente Ley no aplican en caso de violación de derechos humanos o delitos de lesa de humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos a las víctimas de dichas violaciones*".

Recapitulando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1755 de 2015 los presupuestos que se deben cumplir para transferir la información entre entidades son:

1. Ser constitucional o legalmente competentes para solicitar dicha información.
2. Requerir la información para garantizar el ejercicio de sus funciones.
3. Verificar que la información exceptuada no se encuentra en alguno de los supuestos en los que la información reservada o clasificada también es oponible ante autoridades judiciales, legislativas y administrativas.
4. Guardar la reserva de la información transferida.

Una vez recibida, la entidad o autoridad receptora de la información tendrá la calidad de intermediaria de la información; y como tal, debe garantizar la reserva de la información no en función de que quien produjo dicha información fue otra entidad y ella sólo es intermediaria o poseedora, sino en razón a que efectivamente se encuentra exceptuada como información reservada o clasificada en la Ley 1712 de 2014 y protegida por una norma de orden constitucional o legal.

En muchas entidades nos manifestaron que para garantizar este procedimiento se realizaban convenios o protocolos de transferencia de información interadministrativa, con el fin de llevar un registro de archivo de los documentos transferidos a otras entidades y por miedo a que éstas

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

filtren o divulguen información que es reservada y sean ellos disciplinariamente implicados por la revelación de los documentos. En ese sentido, consideramos que es pertinente llevar un registro de la transferencia de la información, en el que se indique:

1. El cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 27 de la Ley 1755 de 2015.
2. Especificaciones como día de entrega y formato en que se entrega la información.
3. Nombre del jefe de la dependencia o del funcionario que entrega la documentación.
4. Nombre del jefe de la dependencia o funcionario que recibe la documentación.
5. Y, si es del caso, la advertencia de si la información se encuentra reservada o clasificada, con fundamento en norma constitucional o legal y la excepción establecida en la Ley 1712 de 2014 que la ampara.

Frente al último punto, se debe aclarar que la mera restricción en el convenio o protocolo de transferencia interinstitucional no equivale al fundamento de la reserva o clasificación de la información; tampoco tiene el alcance de impedir que un ciudadano acceda a la información si, después de aplicado el test de daño, la entidad intermediaria de la información decide que se debe levantar la calificación por ser mayor el interés público de acceso a dicha información. Como poseedores de la información, aun no siendo quienes la produjeron, deben respetar el régimen de transparencia y acceso a la información incluso si les fue transferida por otras entidades.

h. Cláusulas de confidencialidad

Hay una práctica extendida de pactar cláusulas de confidencialidad en los contratos suscritos entre entidades del Estado o entre éstas y los particulares, a través de las cuales se impone el deber de mantener reserva sobre determinada información a la que se tiene acceso y cuyo incumplimiento puede acarrear sanciones para la parte que incumpla dicha cláusula.

El mejor ejemplo es el caso del *Servicio Geológico Colombiano (SGC)*, que considera reservado 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

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

medida en que todos aportaron, la 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 del Servicio Geológico Colombia, decidieron que los productos de este contrato no serían divulgados.

Esta determinación no se ajusta a derecho, ya que el único instrumento jurídicamente viable para reserva o clasificar información pública es la ley o la Constitución. En esa medida, la cláusula de confidencialidad pactada en estos contratos no tiene el rango jerárquico adecuado para darle el carácter de reservada o clasificada a la información pública.

i. Cobro por bancos de datos

El principio de gratuidad, como garantía del derecho de acceso a la información pública, busca que no se cobre la entrega de la información solicitada con el ánimo de no limitar ni desincentivar el acceso a la información pública. La norma prevé que sólo se podrá cobrar por la reproducción de los documentos solicitados un valor razonable que corresponda al costo real en que incurra la entidad.

Al respecto, el artículo 159 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, establece que: "*El suministro de la información **será gratuito,** deberá solicitar y realizarse respaldado en estándares que faciliten el proceso de intercambio y no en tecnologías específicas que impidan el acceso, **no estará sujeto al pago de tributo, tarifa o precio alguno** y las entidades públicas propenderán por la integración de los sistemas de información para el ejercicio eficiente y adecuado de la función pública*" (negrillas fuera de texto). Por su parte, el artículo 20 del Decreto 103 de 2015 señaló que ante las solicitudes de acceso a la información, los sujetos obligados deben conocer los costos de reproducción en el formato disponible o en el que elija el solicitante, entendiendo por costos de reproducción "*todos aquellos valores directos que son necesarios para obtener la información pública que el peticionario haya solicitado, excluyendo el valor del tiempo que ocupe el servidor público, empleado o contratista para realizar la reproducción*".

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Acto seguido, el legislador exceptuó el cobro de la reproducción de la información que repose en un formato digital cuando se cuente con el correo electrónico del solicitante, caso en el cual le debe ser remitida sin costo alguno. En los casos en que el sujeto obligado establezca un cobro por la información, debe motivar su valor mediante acto administrativo suscrito por un funcionario del nivel directivo, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 21 del Decreto 103 de 2015.

Hay información cuyo valor de expedición es mayor al costo de la reproducción. Por ejemplo, la Registraduría Nacional cobra tasas por la expedición física o rectificación de la cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, certificación de nacionalidad, bases de datos de la entidad que no tienen reserva, registros civiles y servicios de consulta de datos de identificación, entre otros, de acuerdo a lo regulado en la Ley 1137 de 2007.

Al respecto, el artículo 74 de la Ley 1579 de 2012 establece que la Superintendencia de Notariado y Registro debe fijar las tarifas por concepto del ejercicio de la función registral. Esta información tiene un costo, no como consecuencia de que las bases de datos tengan un valor por su elaboración, sino en razón a la función registral que cumplen. La norma antes citada también establece que las tarifas se ajustarán anualmente sin exceder el IPC, y que los dineros percibidos por este concepto serán administrados por la Superintendencia de Notariado y Registro pero pertenecen al tesoro nacional.

En relación con el cobro por el acceso a bancos de datos, la ANH tenía a su cargo el Banco de Información Petrolera de Colombia, donde la información técnica y geológica se cataloga, almacena, preserva y administra información sobre la exploración y producción de hidrocarburos. Además, tenía a su cargo la Litoteca Nacional, localizada en la en el municipio de Piedecuesta (Santander), que preserva las colecciones de muestra de roca del país. Para que los particulares puedan acceder a dicha información de forma completa, deben pagar una licencia para la utilización de la información, que excede el costo de simple reproducción de la información, por lo que su acceso se encuentra limitado para las personas que efectivamente puedan pagar dicho emolumento.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Estos bancos de información pasaron a cargo del Servicio Geológico Colombiano mediante el artículo 11 del Decreto Ley 4137 de 2011, donde establece que debe ser transferido a título gratuito a esta entidad en el término de 5 años, pero que mientras la ANH transfería el Banco de Información Petrolera, ésta formaría parte del patrimonio de los recursos originados en **la venta de información geológica y técnica contenida en el citado Banco.** Además de transferir EPIS, la ANH también debía transferir la Litoteca (Centro de Información e Investigación en Ciencias de la Tierra)[55] y la Cintoteca (Medios Físicos de Información técnica de exploración y producción de hidrocarburos).

La lista de precios de la Litoteca y de EPIS, fue actualizada mediante la Resolución 188 de 19 de febrero de 2014. Sin embargo, como dicha información fue transferida al Servicio Geológico Colombiano, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 del Decreto Ley 4131 de 2011, entraron dichos bancos a hacer parte del patrimonio de esta última. De esta manera, en esta entidad han venido discutiendo en qué medida se deben actualizar los precios de dichos bancos de datos, sin embargo, son conscientes que esto se encuentra en tensión con el principio de gratuidad que se predica de la información pública.

Al respecto, consideramos que, teniendo en cuenta que al Servicio Geológico Colombia le fueron transferidos a su cargo estos bancos de datos de forma "gratuita", que dicha información es y presta función pública, y que no tiene restricciones de uso para proteger derechos de propiedad intelectual o industrial, no deberían cobrar para acceder a esta información. Especialmente, teniendo en cuenta que estos bancos de datos pueden ser muy valiosos para investigaciones, comunidades indígenas, étnicas e incluso campesinas, y que es posible que este tipo de personas no cuenten los recursos suficientes para poder acceder a ellos.

j. Restricciones de uso de la información en aplicación del derecho de autor

Pese a que la propiedad intelectual no hace parte del catálogo de excepciones contempladas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 para legitimar las reservas o clasificaciones de la

[55] Preservas las colecciones de muestras de rocas del país.

información pública, uno de los temas que surgió en la aplicación de las entrevistas a los sujetos obligados tiene que ver con las restricciones de uso de la información pública para proteger los derechos patrimoniales y morales del autor, sobre todo en lo referente a bases de datos, investigaciones y obras artísticas.

En lo que atañe a los propósitos de este documento, la aplicación de la normatividad relacionada con los derechos de autor protege la explotación y uso de obras producto del ingenio y talento de una persona. En ese orden de ideas, cuando un sujeto obligado de la Ley 1712 de 2014 contrata la elaboración de una base de datos o una investigación, debe pactar expresamente la transferencia de los derechos patrimoniales, que son los que le conceden el uso y el goce de la base de datos o la investigación que contrata, de acuerdo con lo establecido en el artículo 183 de la Ley 23 de 1981 (modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011).

Cuando se trata de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales. No obstante, el artículo 20 de la Ley 23 de 1981 (modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011) es claro al establecer que se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. A pesar de ello, se recomienda que el objeto y las funciones que habrán de cumplirse en virtud del contrato sean claras y determinadas para evitar equívocos o espacios de interpretación, así como el pacto de que los derechos patrimoniales serán del sujeto obligado para el que trabaje el autor.

En lo que respecta a los proyectos de ciencia, tecnología e innovación adelantados con recursos del presupuesto nacional, el artículo 10 de la Ley 1753 de 2015 establece que:

> *"el Estado **podrá ceder a título gratuito**, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, **los derechos de propiedad intelectual que le correspondan**, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación **a quien adelante y ejecute el proyecto**, sin que ello constituya daño patrimonial al Estado. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso **el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia***

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional".

En esa medida, la posibilidad de explotación de la información pública producida en esos proyectos dependerá en cada caso de que el Estado decida ceder los derechos de propiedad intelectual que le correspondan o reservarse el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional. Teniendo en cuenta la conveniencia de contar con información pública en materia de ciencia y tecnología, se considera necesario que el Estado adopte la segunda opción de forma sistemática e incluso, como política estatal.

Ahora bien, si los derechos patrimoniales pueden ser cedidos por el autor, los derechos morales son inalienables e irrenunciables y, por lo tanto, deben ser PROTEGIDOS así se trate de información pública financiada con recursos públicos.

Los derechos morales incluyen la facultad del autor de oponerse a que se altere la integridad de la obra o que se afecte su reputación o se cause un perjuicio a su honor. En ese sentido, podría pensarse que el cumplimiento de políticas de datos abiertos puede vulnerar los derechos morales del autor, dado que cualquier ciudadano podría descargar la base de datos para modificarla, deformarla o mutilarla. Sin embargo, resulta necesario precisar que una cosa es el producto original entregado a la entidad, y otra muy distinta la versión que se expone al público en formato de datos abiertos. Siendo así, la transformación del dato, propia de las posibilidades que ofrece el formato de datos abiertos, no se da sobre el producto original que reposa en la entidad y por el cual se pagó por el servicio. Lo anterior, en la medida en que en su calidad de custodia de la información entregada, la entidad garantiza los derechos morales del autor sobre su obra. Sin embargo, al ser titular de los derechos patrimoniales, está legitimada para permitir la transformación (modificación, deformación o mutilación) de la versión que se expone al público en formato de datos abiertos.

En todo caso, una fórmula que están utilizando los gobiernos en políticas de datos abiertos en caso de obras protegidas por normas de propiedad intelectual y derechos de autor, es la de usar licencias abiertas. Un ejemplo de licencias de datos abiertos son los Creative Commons que,

FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

dependiendo de cómo sean concedidas, pueden permitir que la obra sea mezclada o ajustada, e incluso que se construya a partir de esa obra.

Para el uso de licencias abiertas, se pueden establecer términos de "*uso, transformación, distribución, redistribución, reutilización, compilación, extracción, copia, difusión, modificación y/o adaptación de datos y de la información publicada en este sitio web, citando siempre la fuente de los datos*"[56]. Además, la entidad poseedora de los datos no será responsable de la utilización que hagan las personas que usen dichos datos, ni de los daños económicos o perjuicios que se causen con su utilización. Al respecto, y probablemente inspirado en este tipo de licencias, el Decreto 2693 de 2012 ya derogado establecía que *"[l]a responsabilidad de la calidad, actualización y observancia de la reserva de los datos abiertos recae en los sujetos obligados, mientras la responsabilidad por la utilización que hagan las personas, entiéndase esta como trasformación y demás usos que se les dé a estos, radican en cabeza de quien los utiliza y no de la entidad o particular que ejerce la función pública que haya realizado la publicación"* (artículo 6º, numeral 4º, vii).

En relación con la protección de bases de datos, la "*Guía de Datos Abiertos en Colombia*" recomienda usar licencias abiertas estándar o Conformant Licenses, que permite proteger la estructura de las bases de datos y sus contenidos, siempre que se garantice que los usuarios que reutilicen estos datos atribuyan la titularidad a los creadores.

En consecuencia, <u>consideramos pertinente que se establezca el deber de los sujetos obligados de pactar bajo esa modalidad de licencias la entrega de investigaciones y bases de datos.</u>

---

[56] Revisar la Guía de Datos Abiertos en Colombia, publicada en junio de 2016, en http://estrategia.gobiernoenlinea.gov.co/623/articles-9407_Guia_Apertura.pdf