

Bogotá D.C.

Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional de Colombia
E.S.D.

Ref: Intervención ciudadana en la revisión del
proyecto de ley estatutaria de derecho de
petición.

Proceso: PE-41

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Vivian Newman, Nathalia Sandoval, Paula Rangel; director e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia-; Pedro Vaca Villareal y Emmanuel Vargas, director y coordinador legal de la Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP; identificados como aparece al pie de nuestras firmas, y obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas colombianas, respetuosamente nos permitimos exponer ante ustedes la presente intervención en relación con la demanda de la referencia¹.

Para empezar, nos referiremos al contexto en que se emitió el proyecto de ley estatutaria de derecho de petición. En especial, frente al proceso legislativo casi paralelo que resultó en la expedición de la ley estatutaria de acceso a la información. Luego, nos referiremos a tres artículos que consideramos que la Corte debe examinar con especial cuidado: primero, el artículo 25 cuya redacción actual desconoce los estándares que la jurisprudencia constitucional ha establecido para el rechazo de entrega de información como restricción admisible al artículo 20 de la Constitución. Segundo, solicitaremos la inexecutable del artículo 26 sobre el recurso de insistencia porque desconoce las garantías del derecho de acceso a la información y de acceso a la justicia que la Corte ya ha reconocido en otras oportunidades; y tercero, solicitaremos que la Corte examine la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 24 y la mención que se hace en el parágrafo de esa misma norma al numeral 3, porque crean una regla absoluta que omite la distinción entre la información de servidores públicos y particulares, lo cual contradice los estándares que la jurisprudencia constitucional e interamericana han admitido para la restricción del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos.

¹ Esta intervención contó con el apoyo del estudiante de la Universidad Nacional, Luis Felipe Cruz y de la estudiante de la Universidad del Rosario, Alejandra Abondano.

Anotaciones preliminares: Las leyes estatutarias de derecho de petición y acceso a la información.

El derecho de petición previsto en el artículo 23 de la Constitución y el derecho de acceso a la información contemplado en el artículo 20 de la Carta son derechos estrechamente ligados, y el trámite legislativo para su regulación por vía estatutaria en el país se dio prácticamente de forma simultánea. Sin embargo, la Ley 1712 de 2014 sobre la Transparencia y Acceso a la Información (a la que nos referiremos en adelante como Ley de Acceso a la Información) fue revisada por la Corte y promulgada antes de que culminara el trámite del Proyecto de Ley Estatutaria del Derecho de Petición (en adelante, Proyecto de Ley). Debido a que ambas regulaciones comparten los mismos principios, pero contienen distintos estándares de protección de estos derechos, estimamos prudente exponer cómo aparecieron estas leyes y resaltar algunos aspectos de la Ley de Acceso a la Información que consideramos que la Corte debe tener en cuenta cuando estudie la constitucionalidad del Proyecto de Ley, de modo que no se genere confusiones y conflictos entre las garantías que brinda uno y otro estatuto.

El Proyecto de Ley objeto de estudio tiene su antecedente más próximo en la Ley 1437 de 2011 -Código Administrativo- que reglamentaba el derecho fundamental de petición en los artículos 13 al 33, y en la sentencia C-818 de 2011 en la que la Corte Constitucional declaró inexecutable dichos artículos por violar la reserva de ley estatutaria para la regulación de un derecho fundamental². Con base en ello, en 2012 el entonces Presidente del Consejo de Estado, Eduardo Gómez Aranguren, recogió los artículos declarados inexecutable y presentó un proyecto de ley estatutaria de derecho de petición. La propuesta fue acumulada en el Congreso con la iniciativa de varios senadores³ para regular el derecho de petición, pues ambos textos retomaban lo que estaba inicialmente en el Código Administrativo y que fue declarado inexecutable. En el debate legislativo se introdujeron algunos cambios y finalmente, el 12 de junio de 2013 la Cámara de Representantes aprobó el Proyecto de Ley.

Pese al origen autónomo de este Proyecto de Ley, lo cierto es que en muchos momentos la discusión sobre la regulación del derecho de petición se dio de forma simultánea al trámite de la Ley de Acceso a la Información. Esta ley estatutaria tuvo origen en una propuesta ciudadana de la alianza *Más información, más derechos*, conformada por varias organizaciones de la sociedad civil⁴, que busca avanzar en la garantía del derecho de acceso a la información pública. La alianza hizo un estudio comparado de las regulaciones exitosas sobre acceso a la información, la ley modelo de la OEA y los estándares jurisprudenciales

² La Corte en la sentencia C-818 de 2011 declaró la inexecutable de los artículos mencionados y difirió los efectos de la sentencia al 31 de diciembre de 2014, con el propósito que antes de esa fecha el Congreso de la República expidiera la Ley Estatutaria correspondiente.

³ El 8 de agosto de 2012, los senadores Honorio Galvis, Luis Fernando Velasco, Juan Manuel Galán, Guillermo García Realpe, Álvaro Ashton, Arleth Casado, Luis Fernando Duque, Eugenio Prieto Soto, Camilo Sánchez Ortega y Lidio García Turba presentaron el Proyecto de Ley N° 65, con el objetivo de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia del primero de noviembre de 2011.

⁴ La alianza está conformada por las siguientes organizaciones: Corporación Transparencia por Colombia, Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, Corporación Ocaso, Proyecto Antonio Nariño.

más protectores del derecho, y propuso al Congreso una ley de transparencia y acceso a la información. El objetivo era plasmar mediante una regulación estatutaria los principios que deben regir la garantía del derecho constitucional a acceder a la información, retomando incluso principios incorporados por la jurisprudencia constitucional, tales como el principio de máxima divulgación. Esto, para brindar elementos claros y contundentes a la ciudadanía para ejercer su derecho de acceso a la información pública, precisar las obligaciones del Estado respecto al derecho, y especificar cuándo y cómo se puede restringir el derecho.

En su trámite en el Congreso, el primer acuerdo de proyecto de ley de acceso a la información pública fue radicado en la Comisión Primera del Senado en el mes de noviembre de 2011 y luego fue acumulado con otro proyecto de ley⁵. Después de esta acumulación se surtió el trámite propio de una ley estatutaria y ello condujo al texto conciliado del proyecto de ley número 156 de 2011 Senado, 228 de 2012 Cámara. El texto sufrió modificaciones algunas de las cuales se declararían más adelante inexecutable por la Corte Constitucional. Por ejemplo, el parágrafo 2 del artículo 5 que excluía la aplicación de la ley a la información relacionada con defensa y seguridad nacional.

De este modo, aunque la discusión sobre la regulación del derecho de petición se dio de forma paralela a las discusiones sobre el proyecto de ley estatutaria de transparencia y acceso a la información, y los dos estatutos abordan en algunos puntos los mismos asuntos, esta última se aprobó en el Congreso primero, fue examinada y declarada constitucional por la Corte Constitucional y fue sancionada en primer lugar.

En este orden de ideas, lo primero que solicitamos a la Corte que advierta en el control de constitucionalidad del Proyecto de Ley es que, desde la perspectiva histórica de su formación, ésta regulación del derecho de petición no tuvo como intención reformar las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información que se refieren a los mismos temas. Para determinar el contenido del Proyecto de Ley no podría aplicarse el criterio de *lex posterior* pues los dos estatutos se tramitaron de forma concomitante, y tampoco podría aplicarse solamente el criterio de *lex specialis* ya que aunque comparten temas en común, cada uno de los estatutos se dirige a regular derechos constitucionales diferentes, de modo que es un criterio que no es útil en este caso. Además, de hacerlo, la Corte desconocería las complejidades del debate democrático que, como mostraremos más adelante respecto de la reserva para la entrega de información, dio lugar a que en algunos temas se adoptaran unos estándares de protección del derecho al acceso a la información en la ley que regula el derecho de petición, y se adoptaron otros estándares en el proyecto de ley de acceso a la información, aun cuando el legislador no tuvo la intención de modificar el nivel de protección que le había otorgado al derecho.

Por eso, respetuosamente le solicitamos a la Corte que en la interpretación del contenido de este Proyecto de Ley garantice los estándares más altos alcanzados en la legislación vigente que de hecho recogen los pronunciamientos reiterados de la Corte Constitucional en materia de protección del derecho de petición y del derecho al acceso a la información. Específicamente, le pedimos que para la revisión del Proyecto de Ley considere el

⁵ El Proyecto de Ley No. 1456 de 2011

precedente fijado en la sentencia C-274 de 2013 y los principios establecidos en la Ley de Acceso a la Información, que de acuerdo con la propia Corte fijaron en una ley estatutaria el alcance de los derechos de petición y acceso a la información. En nuestro concepto, si bien en sentido estricto la Ley de Acceso a la Información no puede usarse como parámetro de constitucionalidad del Proyecto de Ley que se revisa, los principios que ésta incluye sí deben serlo porque tienen origen en la jurisprudencia constitucional así como en la Convención Americana, que sí son parámetro de constitucionalidad.

Análisis de los artículos 24 parcial, 25 y 26 del Proyecto de Ley.

I. El numeral 3 del artículo 24 del Proyecto de Ley cobijaría incluso a altos servidores públicos cuyo derecho a la intimidad admite una mayor restricción.

A nuestro juicio, el numeral 3 del artículo 24 del Proyecto de Ley, excepto en la expresión “así como la historia clínica” desconoce el artículo 20 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, puesto que señala que toda la información privada incluida en las hojas de vida y la historia laboral -entre otras- será reservada, sin establecer ninguna diferencia entre la información personal de los particulares y la de los servidores públicos, que hacen parte del contenido de las normas que se infringen. Por lo tanto, información como la hoja de vida de servidores públicos quedaría cobijada con dicha reserva. Esta ausencia de diferenciación de la información de los servidores públicos afecta uno de los contenidos mínimos del derecho de acceso a la información pública, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional e interamericana que establecen un estándar diferente de intimidad para algunos datos de estas personas. Por lo tanto, la Corte debería declararla inexecutable.

El artículo 24 del Proyecto de Ley y su numeral 3 dicen:

“Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

3. Los que involucren derechos a la privacidad o la intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes de las pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

(...)

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7, solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.”

Los apartes subrayados del artículo 24 reservan la información que involucre el derecho a la privacidad o intimidad y que esté incluida en ciertos documentos como la hoja de vida, y

en general, en los registros de personal. De la redacción actual de esta disposición del Proyecto de Ley se deriva que toda la información de los registros laborales debe sustraerse del acceso por parte de la ciudadanía porque se trata de información personal privada. Tanto así, que el párrafo señala que sólo podrán acceder a esa información los titulares o apoderados, o personas expresamente autorizadas.

Sin embargo, la disposición subrayada viola la Constitución Política por dos razones principales: a) no reconoce el tratamiento diferencial establecido en la jurisprudencia constitucional e interamericana para la información íntima o privada de funcionarios y personas públicas de un lado, y la propia de personas privadas, de otro, de modo que restringe injustificadamente el derecho a acceder a la información previsto en el artículo 20 de la Carta. Por el contrario, b) contiene una redacción que no precisa cuál es la información de las hojas de vida, historia laboral y expedientes pensionales que debe mantenerse protegida. Por tanto, llevaría a los funcionarios públicos a desconocer el derecho de acceso a la información pública de la ciudadanía.

a. Tratamiento diferencial del derecho a la intimidad de funcionarios y personas públicas

La intimidad es el derecho a no ser molestado en el espacio reservado para uno mismo, sus amigos y su familia. Este derecho previsto en el artículo 15 de la Constitución incluye también el poder de determinar quién tiene información sobre uno mismo y controlar cómo, cuándo y cuánto compartimos o comunicamos de información privada. Se trata de un derecho fundamental, una protección para la autonomía individual, y un presupuesto para la dignidad humana que nos permite elegir o proyectar nuestra propia vida.

Pese a ello, la protección de la intimidad no es igual para todas las personas. Hay casos en los cuales, por diversas razones, el derecho a la intimidad admite un tratamiento diferencial. Este tratamiento que permite establecer diferencias entre los parámetros de protección de la intimidad de personas públicas y personas privadas, se deriva del modelo de protección dual reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y fue adoptado además por la Ley de Acceso a la Información que fue declarado exequible por la Corte Constitucional⁶.

⁶ **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 18.** *Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos: a) El 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. (subrayado fuera del texto; la expresión “, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la ley 1437 de 2011” del literal a) del artículo 18 del proyecto será remplazada por la norma estatutaria que se expida, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-818 de 2011, que estableció*

El modelo de protección dual, reconoce que el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a la información en virtud del principio democrático y de transparencia puede ponerse en tensión con el derecho de los individuos a la intimidad. Pero para que los dos derechos puedan garantizarse en la mayor medida de lo posible, las medidas legislativas deben hacer una distinción que consiste en que es admisible una mayor restricción del derecho a la intimidad cuando la información que se pide divulgar se refiere a funcionarios públicos y personas de interés público, toda vez que existe un interés general legítimo en observar de manera más detallada la vida privada de estos personajes. Esta cesión que debe hacer el derecho a la intimidad frente al derecho al acceso a la información no es idéntica para las personas privadas, pues frente a ellas el grado aceptable de afectación de la intimidad es mucho menor.

Adicionalmente, este modelo de protección diferencial se debe conjugar con el principio de relevancia pública que la Corte ha establecido, entre otras, en la sentencia SU-1723 de 2000. De acuerdo con este principio, debe tenerse en cuenta no sólo la calidad de la persona sino también el contenido mismo de la información, de modo que en los casos en los que la información sea de interés público también el derecho a la intimidad debe ceder frente al derecho a acceder a la información.

El numeral 3 del artículo 24 del Proyecto de Ley no tiene en cuenta esta distinción. Establece simplemente que todos los datos que involucren el derecho a la intimidad incluidos en los documentos de registro de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas están sometidos a reserva. Salvo en lo que tiene que ver con la historia clínica, que es un documento en todos los casos protegido por el derecho a la intimidad⁷, la omisión de esta diferencia establece una restricción desproporcional del derecho al acceso a la información cuando esta tiene que ver con asuntos personales de servidores públicos o que tienen relevancia pública. En estos casos se ha admitido que hace parte del contenido protegido del derecho a acceder a la información (y que es una restricción justificada del derecho a la intimidad) la posibilidad de acceder incluso a la hoja de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y los registros de personal que repose en archivos de instituciones públicas o de instituciones privadas que presten servicios públicos.

una exequibilidad condicionada al trámite propio de una ley estatutaria, proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se discute en el presente expediente).

⁷ Sobre este tema, ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-275/05, T-834/06 y T-114/09. En este caso nos estamos refiriendo al expediente clínico pero no a la información sobre el estado de salud de una persona pública que entendemos puede tener relevancia pública

Por supuesto, no proponemos que se elimine cualquier protección a la intimidad de funcionarios. Sólo advertimos que tal como está redactada la regla se limita de forma desproporcionada el derecho a acceder a la información pública y, por tanto, al control político y a la transparencia de algunos procesos de la administración pública.

Este no es un asunto menor, pues por ejemplo, en los procesos de elección de funcionarios es indispensable que la ciudadanía pueda conocer antecedentes laborales de los aspirantes a un cargo. O para verificar que los funcionarios no incurren en conflicto de intereses puede ser importante revisar la hoja de vida. O simplemente para conocer las calidades y trayectorias laborales de las personas que ocupan altos cargos, la ciudadanía debería tener acceso a esa información en virtud del interés general. Pero la regla absoluta que fija el numeral 3 del artículo 24 desconoce esa posibilidad.

Un ejemplo concreto que ilustra los peligros de una disposición como la que se estudia es lo ocurrido recientemente ante la petición de la hoja de vida de algunos altos funcionarios del Estado. Como lo publicó La Silla Vacía, mientras que la Presidencia de la República tiene en su página web la hoja de vida de sus funcionarios, otras entidades no la tienen y se abstienen de darla ante una solicitud por medio de un derecho de petición. En específico, la Procuraduría General de la Nación se abstuvo de entregar la hoja de vida del Procurador pues considera que esta información es reservada para proteger su intimidad⁸; igual fue la respuesta de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.⁹

Las respuestas de algunas entidades para negar información se basan en jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha dicho: *“hay aspectos de la hoja de vida de quién es o ha sido funcionario o contratista del Estado, cuyo conocimiento indiscriminado puede vulnerar su intimidad y buen nombre”*¹⁰ y que *“las hojas de vida, tienen un componente personal elevado, de suerte que así reposen en archivos públicos, sin la expresa autorización del datahabiente, no se convierten en documentos públicos destinados a la publicidad y a la circulación general.”* Sin embargo, estas menciones desconocen que la propia Corte, al estudiar el literal b del artículo 18 de la Ley de Acceso a la Información hizo la tradicional distinción entre el derecho a la intimidad de quienes sean funcionarios públicos y el de las demás personas. Y dijo: *“esta excepción resulta pertinente, como quiera que cuando se trata de funcionarios públicos, el escrutinio de ciertos datos personales está permitido, de conformidad con los parámetros de constitucionalidad*

⁸ Esta información puede ser consultada aquí: <http://lasillavacia.com/queridodiario/confidencial-hojas-de-vida-46120>

⁹ La respuesta puede ser consultada aquí: <http://lasillavacia.com/queridodiario/la-corte-suprema-menos-transparente-que-presidencia-46058>

¹⁰ Sentencia C-038/96

señalados, por lo cual no encuentra la Corte que sea incompatible con el artículo 74 de la Carta ni con otras disposiciones constitucionales”.

Valga la pena recordar que al referirse el artículo 9 de la Ley de Acceso a la Información establece una información mínima obligatoria que incluye datos sobre salarios, formación y experiencia y que hacen parte de la información pública que no está sometida a reserva. Estos no son los únicos datos personales relevantes para el interés público pero si constituyen un mínimo que no puede ocultarse. Al tomar esta determinación, la Corte hizo un balance entre el derecho a la intimidad y el derecho al acceso a la información al señalar que el párrafo segundo del artículo 9 de la mencionada ley contiene información mínima obligatoria que incluye en el párrafo la obligación del Departamento Administrativo de la Función Pública: *“un formato de información de los servidores públicos y de personas naturales con contratos de prestación de servicios, el cual contendrá los nombres y apellidos completos, ciudad de nacimiento, formación académica, experiencia laboral y profesional de los funcionarios y de los contratistas”* y *“Se omitirá cualquier información que afecte la privacidad y el buen nombre de los servidores públicos y contratistas, en los términos definidos por la constitución y la ley.”*

Teniendo en cuenta esta interpretación armónica que resuelve tensiones de forma más garantista que la protección simple de la intimidad de funcionarios públicos, en caso de que la Corte lo considere pertinente también podría declarar la exequibilidad condicionada del artículo, siempre que se armonice con los estándares de protección de los derechos.

b. Redacción confusa que debe interpretarse en beneficio de la transparencia de información sobre hojas de vida y demás registros que obren en instituciones públicas.

Según el numeral 3 del artículo 24 del proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se examina, tendrán carácter reservado las informaciones y documentos 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.”*

La redacción de esta norma es confusa porque no establece cuál es la información de las hojas de vida, historia laboral y expedientes pensionales que debe mantenerse protegida. Esta falta de claridad no es un asunto menor que escape a las competencias de la Corte, pues se presta para que los funcionarios públicos hagan interpretaciones de la norma que limiten gravemente el derecho a acceder a la información pública. Por esta vía, se

desconocerían otros derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 20, 23, 40, 73 y 74 de la Constitución Política.

Por ejemplo, puede que la información sobre experiencia laboral previa consignada en la hoja de vida de una persona sea privada pero si se trata de un candidato a una Corte o si la persona va a ser nombrada ministra o a cualquier otro cargo público, el asunto interesa al debate público y debe ser expuesto. El lugar donde fue educada una persona no interesa a la sociedad, a menos de que se trate de la formación educativa recibida por un candidato a corporación de elección popular o en general quién vaya a ejercer un cargo público. Un hijo extramatrimonial es propio de la esfera familiar privada, pero no si se trata del hijo de un presidente de la república que recibe cuantiosos regalos del tesoro público. Todos estos son asuntos que atañen a lo personal pero que, en mayor proporción interesan a lo público y en consecuencia no deben permanecer ocultos ni estar sujetos a autorización para su publicación.

Así pues, en el supuesto de que la Corte considere que debe declarar la exequibilidad condicionada de la norma, este Tribunal debería fijar la interpretación de la norma distinguiendo tres categorías de personas que ameritan distinta protección. Primero, cuando se trate de funcionarios públicos, siguiendo la jurisprudencia existente, la información contenida en sus hojas de vida, historia laboral, expedientes pensionales, así como en cualquier otro documento que dé cuenta de elementos necesarios para ejercer la función pública, o relevantes en el ejercicio presente, pasado o futuro de la misma, debe ser pública. Segundo, si se trata de personas que no son funcionarios públicos o contratistas estatales, pero están interesadas en serlo, la información presente en su historia laboral es de interés público. Y finalmente, quedamos ante la tercera categoría de protección de datos privados de personas que no guardan ninguna relación con la función pública pero que igualmente se encuentran consignados en documentos que poseen las entidades estatales tales como los registros de ciudadanos y ciudadanas que cotizan ante regímenes públicos de salud o que reciben pensiones que son administradas por entidades estatales o incluso datos personales sensibles que han sido recolectados por entidades estatales. En este último grupo, los dos primeros ejemplos son datos semi-privados, que sólo interesan a un grupo definido de personas o entidades relacionados con la salud o las pensiones y el último caso, de datos personales sensibles goza de la máxima protección pues no guarda relación ninguna con el interés público.

II. El artículo 25 desconoce la protección del derecho de acceso a la información pública.

El artículo 25 del Proyecto de Ley establece los casos en los que se rechaza la entrega de información, por encontrarse reservada, y señala cuáles son los requisitos que debe reunir el acto de rechazo de información por parte del servidor público. Literalmente señala:

“Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.”

El artículo establece dos requisitos para rechazar la entrega de información: 1) que la decisión sea motivada; y 2) que indique la disposición legal que reserva dicha información. Esos requisitos son adecuados, sin embargo, son incompletos. Sin embargo, estos dos supuestos desconocen que la Corte ha fijado como contenido del derecho al acceso a la información la obligación de que el funcionario público revise si en el caso concreto en el que se encuentra en tensión el derecho a acceder a la información y el riesgo de que se haga pública, prevalece la reserva.

En específico, la jurisprudencia constitucional ha dicho que las restricciones al acceso a la información pública sólo serán constitucionalmente legítimas si:

“(…) tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad, es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad”¹¹

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-889/09 y T- 511/10. Del mismo modo en la sentencia T-1491 de 2007 la Corte señaló que: “sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos

En este orden de ideas, mediante sentencias de tutela la Corte ha puesto de presente que para proteger el derecho a acceder a la información no es suficiente con alegar que un documento público se encuentra bajo reserva, sino que también es necesario que en el caso concreto se establezca si la reserva o el derecho a acceder a la información tienen mayor peso. Dado que esta norma establece que para alegar la reserva es suficiente con que se motive la decisión con base en la disposición legal que le otorga al documento ese carácter reservado, entonces establece una restricción desproporcionada al derecho consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

Así lo estableció la Corte al examinar el artículo 28 de la Ley de Acceso a la Información, que establece:

“Carga de la prueba. 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 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.”

Para la Corte, esta obligación de que el sujeto que alega la reserva aporte las razones por las cuales es legítimo mantenerla frente a una solicitud en concreto, “recoge el estándar probatorio constitucional e internacional que se ha empleado para valorar si la denegación a acceder a un documento público, es un acto arbitrario o un acto legítimo amparado por la Constitución y la ley. // Dado que la regla general consiste en permitir el acceso ciudadano a todos los documentos públicos, constituye un deber constitucional que quien deniega su acceso alegando la existencia de una reserva, demuestre que su decisión no es acto arbitrario, sino el resultado de una decisión administrativa legítima, responsable, juiciosa y respetuosa de los derechos ciudadanos y acorde con los deberes que tienen los servidores públicos”.

En ese sentido, a partir de la sentencia C-274 de 2013 la Corte estableció que el Estado debe motivar su decisión de forma tal armonice con los derechos fundamentales que puedan verse afectados. Y para ello, es necesario que cumpla con las pautas jurisprudenciales que se exigen para limitar el acceso a la información, y que han sido

comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.”

plasmadas en la ley estatutaria de acceso a la información. Como el artículo 24 no lo hace, entonces desconoce el contenido protegido del artículo 20 de la Constitución.

En todo caso, de forma subsidiaria, si la Corte lo estima pertinente, podría declarar la exequibilidad condicionada, advirtiendo que el rechazo de información debe estar acompañado de una motivación en la que el funcionario que alega la reserva demuestre por qué en ese caso prima la necesidad de mantener en secreto la información sobre el interés general de conocerla. Esta interpretación es la que garantiza los estándares más altos de protección del derecho a acceder a la información pública y armoniza de mejor manera la Ley de Acceso a la Información y el Proyecto de Ley. De hecho, mantener tal como está el artículo 24 significaría permitir que coexistan dos criterios respecto del rechazo de entrega de información que afecta el derecho al acceso a la información pública.

III. El recurso de insistencia establecido en el Proyecto de Ley vulnera los derechos de acceso a la información y de acceso a la administración de justicia.

El artículo 26 del Proyecto de Ley establece la insistencia como recurso frente a la negativa de entrega de información fundamentada en reserva. El texto que reglamenta dicho recurso es el siguiente:

“Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.
2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y ser sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.”

El texto de dicho recurso, salvo leves diferencias, reproduce el recurso de insistencia que se establecía en la Ley 57 de 1985. Sobre este último, la Corte ya había dicho que se trataba de un recurso “constitucionalmente aceptable”¹², que no excluía de manera definitiva la procedencia de la acción de tutela. Para la Corte, la acción de tutela procede en aquellos casos que la entidad accionada no alega reserva alguna al momento de negar solicitudes de información:

“Empero, la jurisprudencia transcrita no se aplica para aquellos casos en los que la institución estatal rechaza la entrega de los datos por una razón distinta a la de que ellos tienen carácter reservado por disposición constitucional o legal. En estas situaciones la Corte ha indicado que sí procede la acción de tutela, puesto que el recurso judicial contemplado **en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 se aplica solamente para aquellos casos en los que la respuesta negativa de la Administración para brindar la información solicitada está fundada en el argumento de que ella es reservada y se indican las normas legales pertinentes.**”¹³ (Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, revisado esta solicitud de insistencia a la luz de los parámetros de protección del derecho a contar con un recurso eficaz frente a la negativa de acceso a una determinada información, creemos que esta norma deviene en inconstitucional comoquiera que no atiende a los estándares de acceso vigentes en la jurisprudencia constitucional, especialmente en la sentencia C-274 de 2013, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el alcance de los artículos 8.1. y 25 de la Convención. Por esta razón, consideramos que la Corte debe declararlo inexecutable.

En todo caso, debido a que la Ley de Acceso a la Información previó ya determinadas vías para que la administración reconsidere su decisión de negar determinada información y para que el ciudadano impugne estas decisiones por vía judicial, tal como está redactado actualmente el artículo 25 del Proyecto de Ley, crearía unas restricciones injustificadas de los mecanismos existentes que atentarían contra el derecho al acceso a la justicia y el acceso a la información. Por esta razón, al menos, la Corte debería declarar executable condicionalmente este artículo para que se interprete de acuerdo a los estándares más altos de protección previstos en la Ley de Acceso a la Información.

i. Las diferentes vías para rebatir negativas de información.

i.a. Las vías establecidas en la Ley 1712 de 2014.

La Ley 1712 de Acceso a la Información establece en su artículo 28 aquellos recursos con los que cuenta el ciudadano frente al rechazo de entrega de información por reserva:

1. En aquellos casos que el funcionario alegue la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el ciudadano podrá acudir al recurso de reposición, el cual

¹² Ver sentencias C-491 de 2007, T-1025 de 2010 y T-511 de 2010

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-1025/07. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

deberá interponerse “por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella.” En caso de que la entidad niegue este recurso, el funcionario deberá enviar la documentación a la jurisdicción contencioso administrativa en un plazo no superior a los tres días. Además, en caso de incumplimiento de tal obligación el ciudadano podrá acudir directamente a dicha instancia judicial. A partir de ese punto se cumplirá con un trámite similar al del recurso de insistencia.

2. Para aquellos casos que no se contemplan en el artículo 28 procederá la acción de tutela una vez se haya agotado el recurso de reposición del código contencioso administrativo. Con respecto a este último, se entiende que deben aplicarse las normas reglamentarias de la ley 1437 de 2011 (artículos 74 a 82) las cuales comprenden, entre otras cosas, que: se debe presentar en un término que no supere los 10 días (art 76), no es de presentación obligatoria (art 76), se resolverá de plano, salvo que se presenten pruebas (art 79) y se podrá desistir de él en cualquier tiempo (art 81).

Del análisis del artículo 28 se puede concluir que el legislador decidió que en los dos casos expuestos anteriormente el ciudadano cuenta con la facultad de presentar recurso de reposición con el fin de que la entidad recapacite sobre su decisión de negar la entrega de información. Pero posteriormente, creó dos vías judiciales distintas: una vía ante lo contencioso administrativo en los casos relativos a seguridad, defensa y relaciones internacionales, y una vía judicial ante la jurisdicción constitucional en los demás casos.

En los dos eventos, en todo caso, se mantiene vigente la previsión del decreto 2591 de 1991, que establece en su artículo 9 que “*No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela.*”. Además, se mantiene la regla según la cual si bien la vía gubernativa faculta a la administración para reconsiderar sus propias decisiones, tal como lo señaló en la Ley 1437 de 2011, esto no impide que el ciudadano acuda a la acción de tutela cuando lo considere necesario. En palabras de la Corte:

“En este sentido, afirma pertinentemente la doctrina, que la acción de tutela por su naturaleza jurídica es una acción autónoma, independiente y singular que posee vida propia. En consecuencia, la interposición de los recursos de reposición y/o apelación contra el acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela.”¹⁴

i.b. Las vías establecidas en el Proyecto de Ley objeto de estudio

El Proyecto de Ley establece la existencia del recurso de insistencia, con unas características muy similares a las de la Ley 57 de 1985:

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-335/09. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la sentencia T-284/10.

1. El ciudadano que no se encuentre satisfecho con una negativa que se fundamente en una reserva deberá presentar una insistencia ante el funcionario que niega la información, sin poder acudir directamente a la vía judicial. Debe esperar a que el funcionario, que no cuenta con un término para hacerlo, haga el envío.

2. El tribunal o al juez administrativo decidirá dentro de los diez días siguientes, salvo casos excepcionales.

3. El recurso de insistencia no cuenta con una segunda instancia, razón por la cual la única forma de rebatir una sentencia es por medio de una acción de tutela. Sin embargo, esta tutela debe dirigirse contra una decisión judicial, razón por la cual debe cumplir con ciertos requisitos y causales excepcionales establecidos por la jurisprudencia constitucional.¹⁵

3. El recurso de insistencia no cuenta con un mecanismo expedito de cumplimiento como es el incidente de desacato.

Debido a estas características, se trata de un recurso infructuoso frente a la negativa de entrega de información y, en consecuencia, extremadamente gravoso para el derecho a acceder a información pública. Así lo muestra un caso litigado por la Fundación Para la Libertad de Prensa contra el Instituto Penitenciario y Carcelario, por negar la entrega de la lista de visitantes de un ex senador. El INPEC sostuvo que esta lista hacía parte de la intimidad del preso, y aunque se presentó recurso de insistencia, la entidad se mantuvo en su decisión. Aunque el INPEC debía remitir esta controversia ante la jurisdicción contencioso administrativa, no lo hizo, y el ciudadano tuvo que acudir directamente ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, quien admitió estudiar el caso pero advirtió que quien tenía competencia para remitirlo era la entidad correspondiente.

i.b. Los recursos legales que coexistirían.

De no intervenir la Corte para armonizar los estándares de protección previstos en este Proyecto de Ley, el ciudadano se vería enfrentado a una multiplicidad de recursos que es confusa, pues si bien podría interpretarse de manera más o menos clara que cuando se alega la reserva de un documento por asuntos de seguridad, defensa y relaciones internacionales debería aplicarse la Ley de Acceso a la Información, por la especialidad de la materia. Pero en los demás casos (por ejemplo, en los casos en los que se aleguen otras causales de reserva o no se dé respuesta), no es claro si debería aplicarse el segundo supuesto de la Ley de Acceso a la Información o el artículo 26 del Proyecto de Ley. Esta situación desconoce gravemente el derecho a acceder a la información y, como mostraremos a continuación, el derecho al acceso a la administración de justicia.

¹⁵ Ver, entre otras, la sentencia C-590/05.

ii. El artículo 26 no constituye un recurso judicial admisible constitucionalmente para proteger el derecho a acceder a la información.

El derecho de acceso a la justicia tiene su garantía a nivel interamericano y constitucional. En el primero de estos niveles se encuentra en los artículos 8.1. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En desarrollo del artículo 8.1 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las normas o medidas que dificulten el acceso de los individuos a los tribunales son violatorios de dicho mandato convencional:

“Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. **Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.**”¹⁶

En el mismo sentido, la misma Corte ha hecho un desarrollo del artículo 25 de la siguiente forma:

“La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que **para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido.**”¹⁷

Además de lo anterior, la Corte ha establecido que los ciudadanos requieren ser tratados como sujetos del proceso judicial y no simplemente como sujetos pasivos atentos a la decisión del Estado. En este sentido ha dicho que *“el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.”*¹⁸

Con respecto al derecho de acceso a la información y su relación con el acceso a la administración de justicia, la misma Corte ha indicado que el recurso judicial para garantizar el derecho a acceder a la información debe ser sencillo, rápido y efectivo:

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso CANTOS VS. ARGENTINA, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Parr 50.

¹⁷ Idem, Parr 51.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ, sentencia de 23 de noviembre de 2010. Parr 145.

“El Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. **En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia.** De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo.”¹⁹(Resaltado fuera de texto).

A nivel constitucional, el acceso a la justicia se encuentra garantizado en el artículo 229 de la Constitución Política. Y la Corte Constitucional se ha pronunciado con respecto al concepto y alcances generales de este derecho en el siguiente sentido:

“Según la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene un significado múltiple. Entre otros, comprende contar con **procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones**, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres, que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional.”²⁰

En desarrollo de dicho derecho la Corte Constitucional ha hecho un desarrollo similar al planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma:

“El acceso a la administración de justicia implica, entonces, **la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley.** Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una **igualdad a las partes**, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados.”²¹(Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional ha indicado que “el derecho a acceder a la justicia también guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que *“no es posible el cumplimiento de*

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso CLAUDE REYES VS. CHILE, sentencia de 19 de septiembre de 2006. Parr 137.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1195/01, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-173/93. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”””22

El artículo 26 no garantiza estas características que la Corte ha establecido debe tener el recurso judicial que proteja el derecho a acceder a la información. Específicamente, el artículo 25 del Proyecto de Ley no cumple con el requisito de sencillez, toda vez que el ciudadano que desee rebatir negativas a la información debe enfrentarse a una multiplicidad de opciones de acceso, por lo menos las previstas en la Ley 1712 de 2014 y el Proyecto de Ley de Derecho de Petición, que pueden terminar haciendo nugatorio su derecho a acceder a la justicia para impugnar la decisión de negar una información determinada.

Esto último desencadenaría también en una traba para la rapidez de la solución de este tipo de controversias que desconoce el derecho al acceso a la justicia en estos casos. Este requisito es fundamental, toda vez que la información tiene un carácter instrumental en el desarrollo de otros derechos como la libertad de prensa, la cual cuenta con unas dinámicas que requieren de la mayor celeridad. Pero esto no se limita a dicho caso, si no a la posibilidad de ejercer derechos como el acceso a la salud, a la administración de justicia, a la educación y la posibilidad de ejercer control social, entre otros.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el texto objeto de estudio, como se indicó, no permite al ciudadano acudir directamente a la administración de justicia, sino que debe hacer activación del aparato judicial a través del funcionario público que, en algunos casos, estará interesado en ralentizar o evitar el acceso a la información por parte del solicitante.

En este orden de ideas, solicitamos a la Corte que declare inexecutable el artículo 26 del Proyecto de Ley. No obstante, en caso de que lo considere necesario, podría también declararlo executable condicionalmente bajo el entendido de que se entienda armonizado con las disposiciones de la ley 1437 de 2011, en los términos que lo precise la propia Corte Constitucional.

De los Honorables Magistrados y Magistradas,

Rodrigo Uprimny Yepes C.C. No. 79.146.539 de Usaqué. Director de Dejusticia.	Vivian Newman Pont C.C. No. 32.691.759 de Barranquilla Subdirectora de Dejusticia.
------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------

22

Corte Constitucional. Sentencia C-222/13 M.P.: María Victoria Calle Correa.

Nathalia Sandoval Rojas C.C 53.077.097 Investigadora de Dejusticia.	Paula Rangel Garzón C.C. No. 1.032.401.057 de Bogotá Investigadora de Dejusticia.
Pedro José Vaca Villareal C.C. 1.032.384.915 Director Fundación para la Libertad de Prensa FLIP	Emmanuel Vargas Penagos C.C. 1.020.727.252 Asesor Fundación para la Libertad de Prensa FLIP