Dejusticia Derecho Justicia Sociedad

Bogotá D.C., 18 de agosto de 2021

Honorable Magistrado
Alberto Rojas Ríos
Corte Constitucional de Colombia

Asunto: Intervención
Radicado: T-8.202.533
Accionante: Juan Carlos Upegui
Accionados: Agencia Nacional Digital

Honorable Magistrado:

Maryluz Barragán, Daniel Ospina Celis y Víctor Saavedra identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, presentamos la siguiente intervención en el marco del proceso de tutela de la referencia, presentada por Juan Carlos Upegui contra la Agencia Nacional Digital.

Dejusticia es un centro de estudios jurídicos y sociales localizado en Bogotá, Colombia. Nos dedicamos al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la promoción de los derechos humanos en Colombia y en el Sur Global. Promovemos el cambio social a través de estudios sociojurídicos y propuestas de política pública. A lo largo de dieciséis años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con la protección de los derechos fundamentales. Una de las líneas de trabajo de Dejusticia es la línea de Transparencia, Tecnología y DDHH, en la cual trabajamos en la promoción de derechos como el de acceso a la información pública en favor de la ciudadanía, a través de investigaciones académicas y de acciones jurídicas.

Este caso le presenta a la honorable Corte Constitucional la posibilidad de afirmar su jurisprudencia sobre el derecho fundamental de acceso a la información pública. En especial, sobre el alcance de su contenido material y de sus garantías procedimentales y judiciales.

Esta oportunidad se presenta además frente a un caso sin precedentes en la jurisprudencia de la Corte. En este caso se discute el alcance del derecho de acceso a la información pública frente a información relacionada con el uso y el despliegue, por parte de la administración pública, de nuevas tecnologías digitales, en concreto, versa sobre el acceso (denegación de acceso) al código fuente de la aplicación CoronApp.

En este caso, el derecho fundamental de acceso a la información pública del accionante fue vulnerado por la Agencia Nacional Digital -AND- y por los jueces que analizaron el caso en las dos instancias del proceso de tutela.

Para demostrar nuestra postura, desarrollamos el presente memorial que consta de tres partes. En la primera presentaremos el contenido protegido por el derecho fundamental de acceso a la información pública, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y la Ley Estatutaria de Transparencia 1712 de 2014. En la segunda, indicaremos por qué este contenido protegido fue desconocido tanto por la AND como por los jueces de tutela. Y en la tercera finalizamos con algunos argumentos sobre la importancia constitucional de este asunto.

1.- El contenido material del derecho fundamental de acceso a la información pública

El objeto del derecho fundamental de acceso a la información pública es precisamente el acceso efectivo a la información pública. Toda entidad pública está obligada a facilitar el acceso efectivo a la información que por cualquier razón posea o detente, una vez tal información ha sido solicitada expresamente.

La definición del objeto del derecho de acceso a la información pública es una concreción del principio de publicidad o de "máxima divulgación". Según este principio, la información en poder de entidades públicas es información pública y su acceso debe ser facilitado a quien lo solicite por "regla general" y como una cuestión de "principio". El contenido material del derecho de acceso a la información pública tiene al menos, cuatro garantías, a saber: (i) la reserva de ley, el carácter excepcional y la proporcionalidad de las limitaciones; (ii) la interpretación restrictiva de las limitaciones; (iii) la divulgación parcial; y el (iv) test de daño. Las recordamos brevemente:

La reserva de ley, el carácter excepcional y la proporcionalidad de las limitaciones. Las limitaciones al acceso a la información pública deben ser excepcionales, según la propia definición del objeto protegido por el derecho. Por ello, su validez está sometida a varios requisitos: la reserva de ley, su precisión y claridad y el principio de proporcionalidad. La posibilidad de reservar información pública, esto es, de impedir el acceso efectivo a la misma, debe estar reconocida en una ley, en sentido formal y material, que defina de forma clara y precisa qué tipo de información está cobijada por la reserva, y solo y en tanto dicha reserva esté orientada a la protección de un interés constitucionalmente relevante y sea necesaria "en una sociedad democrática".

La interpretación restrictiva de las limitaciones. Como se trata de una limitación al acceso, el objeto protegido por este derecho fundamental, las cláusulas de reserva o de limitación deben interpretarse de forma restrictiva. Y en caso de duda sobre el alcance de la excepción, la misma debe resolverse en favor del acceso a la información.

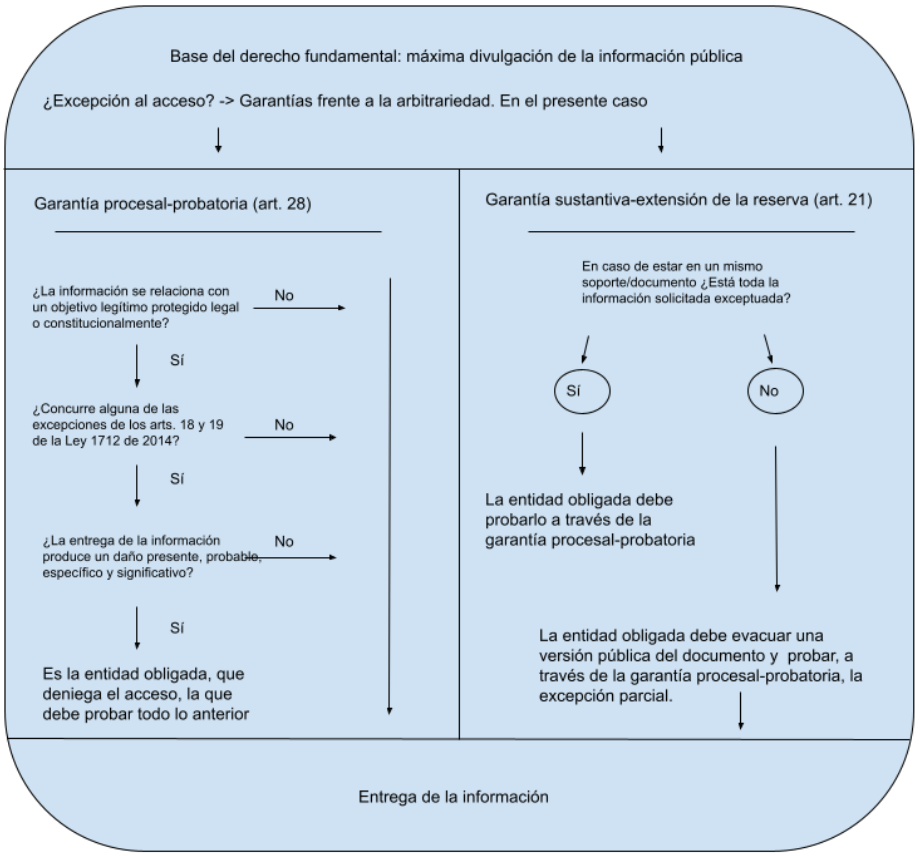
La divulgación parcial. La facultad legal de limitar el acceso a la información pública se predica de la información y no del soporte de la información. El objeto de la reserva es la información pública, no el documento que la contiene. Esta garantía de tipo sustantivo evita la extensión (desproporcionada) de las excepciones al acceso a la información pública y está reconocida en el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014. Así, cuando se advierta que una parte de la información solicitada puede estar legítimamente sometida a reserva, esta garantía permite al titular del derecho exigir del Estado la entrega de la información en "versión pública". Esto es, en una versión que resguarde solo la información efectivamente cobijada por la reserva y que permita el acceso efectivo al resto de la información. Esta garantía recuerda que la realidad central es la información. Y el documento, como cualquier soporte, es secundario.

El test de daño. La última garantía normativa del derecho de acceso a la información pública tiene un carácter procedimental y se concreta en la asignación de la carga de la prueba a quien alega la reserva. Esta carga de la prueba recoge los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que debe satisfacer toda decisión denegatoria del acceso a la información pública, estándares que han sido defendidos por la Jurisprudencia constitucional desde 1992. Esta carga de la prueba fue formalizada en el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, y exige a los sujetos obligados, al momento de denegar el acceso a la información pública, demostrar por "escrito y de forma motivada" lo siguiente: a) que la reserva de la información solicitada persigue un objetivo legítimo legal o constitucionalmente establecido; b) que se ve afectado alguno de los intereses previstos en las listas cerradas de los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014; c) que la reserva está reconocida en una ley en sentido formal y material y d) que, en el caso concreto, la entrega de la información podría causar un daño presente, probable, específico y significativo a alguno de los intereses allí previsto, cuya conjuración resulta más importante que la satisfacción del derecho de acceso a la información.

Es decir, en Colombia, cualquier persona tiene derecho a acceder a cualquier información pública. Todo sujeto obligado que decida negar el acceso a la información debe expresar las razones para ello por escrito y de forma motivada, y adelantar un análisis de legalidad y de proporcionalidad de su decisión. La función de esta garantía es permitir que el titular del derecho pueda cuestionar las razones de la administración ya sea en la propia sede administrativa, o en la sede judicial. Todo esto tiene sentido si recordamos el objeto protegido por este derecho: el acceso efectivo a la información

bajo el presupuesto del principio de máxima divulgación, según el cual, toda la información en poder o bajo custodia del Estado se presume pública y las entidades públicas deben facilitar su acceso.

El contenido protegido por el derecho fundamental de acceso a la información pública se puede graficar así:



Fuente: elaboración propia

2.- Violación del derecho de acceso a la información pública en el caso bajo estudio

No obstante la claridad sobre el contenido protegido por el derecho de acceso a la información pública, el mismo fue desconocido en el presente caso. Para ilustrarlo, dividiremos este apartado en dos. En la primera parte, indicaremos algunos argumentos para estimar la conducta de la AND -sujeto obligado- como una conducta vulneratoria del derecho. Y en la segunda parte, indicaremos algunos argumentos para estimar la conducta de los jueces de instancia -en su rol de garantes de los derechos fundamentales- también como una conducta vulneratoria del derecho en el presente caso.

Abordaremos los siguientes problemas jurídicos: ¿es el código fuente de CoronApp información pública? ¿Respetó la AND el contenido del derecho de acceso a la información pública (sus garantías) al momento de denegar el acceso a esta información? ¿Cumplieron los jueces de instancia su rol de garantes del derecho fundamental, al revisar el cumplimiento de los requisitos para denegar el acceso a la información pública?

2.1.- Primer problema jurídico: ¿es el código fuente de CoronApp información pública?

Sí lo es y este punto no fue controvertido ni en sede administrativa, ni judicial. El código fuente es un conjunto de líneas en un lenguaje de programación, por lo que a los efectos normativos es formalmente igual que el documento en el que presentamos esta intervención: un archivo con texto. La única diferencia es que el presente está en español y el del código fuente está en lenguaje de programación. Sin embargo, la diferencia del lenguaje no tiene efectos sobre la calificación de la información.

En segundo lugar, el código fuente de CoronApp es un documento o conjunto de documentos que están bajo posesión, control y custodia de una entidad pública, elemento por lo tanto del conjunto "información pública" definido por el artículo 2 de la Ley 1712 de 2014. El carácter público de estos documentos es una cuestión de principio. Y esto no podría ser de otro modo pues, de lo contrario, el crecimiento de la digitalización de las actuaciones públicas y el desarrollo de aplicaciones para el relacionamiento con la ciudadanía vendrían acompañados de un incremento de la opacidad y de la obstaculización de las capacidades de participación y veeduría, contrario a las disposiciones constitucionales. La transición de protocolos de ejecución totalmente humana a protocolos automatizados o semiautomatizados no puede suponer el regreso a los tiempos de la administración pública sin control ciudadano.

2.2.- Segundo problema jurídico: ¿Respetó la AND el contenido del derecho de acceso a la información pública (garantías) al momento de denegar el acceso a esta información?

Tanto en su primera respuesta como en su confirmación, la AND desconoció las garantías del contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública.

En primer lugar, la AND no adelantó un análisis completo sobre las razones por las cuales el código fuente de CoronApp podía ser exceptuado del acceso efectivo. Se limitó a una mención abstracta a los deberes de protección de los datos personales de los usuarios de la aplicación, sin indicar ni individualizar a los usuarios. El argumento es un argumento de protección de un supuesto interés individual en abstracto. Una razón que no está prevista en la Ley 1712 de 2014, ni en la Ley 1581 de

2012, y que además la Corte Constitucional desechó de forma explícita al declarar la inconstitucionalidad del parágrafo 2, del artículo 5, de la Ley 1712 de 2014, que precisamente permitía establecer una reserva general, abierta y abstracta, sobre "Los datos de información personal registrados en un banco de datos" (ver sobre esto, Sentencia C-274 de 2013, consid. 3.2.5).

El artículo 18 (a) de la Ley 1712 de 2014 se refiere a la protección del derecho a la intimidad de personas concretas. La interpretación de la AND en este caso, es por lo menos, una interpretación extensiva de las limitaciones al derecho de acceso a la información pública, expresamente prohibida por el principio de máxima divulgación.

En segundo lugar, la AND no demuestra el daño que podría ocasionar la entrega del código fuente. Una mera enunciación de un posible daño, no es la prueba de ese daño. La AND no acompañó un informe técnico interno sobre el código fuente, no se valió de una pericial externa, no describió el problema en detalle, no señaló el posible hilo causal entre la entrega del código y la susodicha afectación. En últimas, no demostró en sede administrativa, que es el momento en que debía hacerlo, ni el carácter probable, ni específico, ni actual, ni significativo, del daño que podría causar facilitar el acceso al código fuente de CoronApp al interés abstracto de la protección de datos personales.

La AND no demostró este daño en la respuesta inicial de denegación del acceso y tampoco lo demostró una vez fue requerida mediante el recurso de reposición que interpusimos. La AND ignoró en la sede del procedimiento administrativo, en las dos oportunidades en que podía hacerlo, el deber de la carga de la prueba. No rebatió el argumento del titular del derecho, en los términos que lo exige la garantía procedimental del derecho de acceso a la información pública.

En tercer lugar, la AND omitió el análisis sobre la extensión de la limitación del derecho de acceso a la información pública. Al omitir este análisis, la AND decidió una denegación total del acceso a la información. Ahora, si partimos de la premisa de que el código fuente es información pública y consiste en un conjunto de líneas en un soporte/documento, la AND debió estudiar cuáles de esas líneas podrían ser susceptibles de reserva y cuáles debían ser entregadas ocultando, en su caso, las primeras y facilitando una versión pública de dicho código.

En conclusión, la AND desconoció las garantías sustanciales y procedimentales del derecho de acceso a la información pública, aplicó una causal de reserva inexistente en la Ley 1712 de 2014, a partir de una interpretación extensiva de sus términos, sin demostrar de forma suficiente (a pesar de haber sido requerida) por qué la entrega de esta información podría causar un daño presente, probable, específico y significativo al interés abstracto de la protección de datos personales, y por último, pudiendo hacerlo, no elaboró una versión pública del código fuente de CoronApp. En definitiva, la AND

desconoció el contenido protegido por el derecho fundamental, por la total omisión de las garantías establecidas para evitar, precisamente, que la denegación de acceso a la información sea arbitraria.

2.3.- ¿Cumplieron los jueces de instancia su rol de garantes del derecho fundamental, al revisar el cumplimiento de los requisitos para denegar el acceso a la información pública?

En este caso los jueces de instancia abdicaron de su función de garantes del derecho fundamental de acceso a la información pública. Ojo que no estamos discutiendo aquí el fondo del asunto, como si se tratara de una suerte de tercera instancia. Lo que señalamos y en lo que insistimos debió ser el objeto de su pronunciamiento (era) es, precisamente, el contenido de la garantía judicial del derecho de acceso a la información pública, en los términos de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los jueces de instancia debieron estudiar si la AND había cumplido con los requisitos legales y constitucionales para denegar el acceso a la información pública. Y esto hace parte también del contenido del derecho de acceso a la información pública (la garantía judicial independiente, precisamente, para discutir las razones de la administración)

En este caso, los jueces omitieron el análisis que era debido. No adelantaron un escrutinio sobre la conducta de la AND en el sentido de estudiar la validez de las razones para alegar la reserva. No hubo un estudio ni de la claridad, ni de la especificidad, ni de los intereses legítimos de los que tratan los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, que son el fundamento y el principio de toda decisión de denegar el acceso a la información pública. En ninguna de las instancias, se examinó la conducta de la AND en sentido de haber elaborado una prueba de daño como lo exige, tanto la jurisprudencia constitucional, como el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014. En su lugar, se limitaron a indicar que la AND había cumplido con su carga probatoria sin entrar a precisar si efectivamente la AND indicó que en este caso se podría causar un daño presente, probable, específico y significativo. Y finalmente, a pesar de que la opción por la divulgación parcial fue alegada desde la solicitud de acceso a la información pública, y lo fue, tanto en la demanda como en la impugnación, ninguna de las instancias la estudiaron. Silencio. Nada.

En este caso, tanto juzgado como tribunal construyen su decisión a partir de valorar positivamente la conducta de la AND y terminan por adoptar una posición de parte. Esto es evidente cuando:

- Acogen *a priori* las posiciones del sujeto obligado sin mayor análisis.

- Obligan con ello a la parte solicitante de la información a probar que el daño no existe, lo que supone una inversión de la carga de la prueba, una situación claramente contraria a la garantía misma del acceso a la información pública.
- Hacen esta carga de la prueba, además, insuperable. Toda vez que, en la segunda instancia sobre todo, el Tribunal interpreta la información disponible sobre la potencialidad del daño de modo contraevidente.

En efecto, el Tribunal Administrativo (juez ad quem) falla en contra de las conclusiones del peritaje que el mismo Tribunal había solicitado. El informe técnico, el único disponible en todo el proceso, apunta a que: 1) la entrega del código fuente no tiene por qué suponer un riesgo para los datos; 2) si hay problemas de seguridad, no hace falta la entrega del código fuente para explotarlos, dado que hay diversas técnicas establecidas para ello que pueden usar los adversarios; 3) Es responsabilidad de la AND garantizar la seguridad antes del lanzamiento de la aplicación.

En términos del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, es obvio que para dicho técnico no solo no hay un daño presente, probable, específico y significativo en teoría sino que, si hubiera un problema de seguridad, este no se origina con ocasión de la entrega de la información sino de la negligencia de la AND. La falla de seguridad no deja de existir porque se oculte. No se solucionan los problemas ocultándolos.

Si tan graves eran (o son) los problemas de seguridad de CoronApp que llevan a que la AND y los jueces de tutela estimen que la reserva del código fuente debe ser mantenida quizá CoronApp no debió ser lanzada. Y si estos problemas no se han corregido hasta el día de hoy, más de un año después del lanzamiento de la aplicación, la situación es francamente insostenible. Máxime, si como también es evidente en este caso, la práctica de ocultar el código fuente de este tipo de aplicaciones se distancia de la práctica internacional de países como España, Alemania o Uruguay que sí permiten el acceso al código fuente de sus aplicaciones, algunos incluso lo publican en Internet.

En definitiva, en sede judicial se sumó una nueva violación de nuestro derecho de acceso a la información pública: quien debía proteger el derecho, termina por vulnerarlo, al asumir acríticamente la decisión de la AND. En el contexto de este proceso, la excepción -la negativa a entregar la información- se convirtió en la regla y ha obligado al titular del derecho de acceso a la información pública a probar las razones positivas para la publicidad de la información pública.

Adicionalmente, la conducta de los jueces termina por afectar también el derecho al debido proceso. En primer lugar, al afectar la garantía procesal de la doble instancia. Esto es evidente en el caso del Tribunal, como juez ad quem, quien, al adoptar como suyos los argumentos de la AND -incluso

algunos que no se ventilaron en sede administrativa, como la supuesta protección del código fuente de CoronApp por disposiciones del régimen de la propiedad intelectual- temina por impedir el acceso a la información, no solo por la imposibilidad de rebatir este argumento, sino de hacerlo, en sede administrativa y a lo largo de las dos instancias del proceso de tutela.

3.- La necesidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional

Con independencia de que finalmente la honorable Corte Constitucional determine el acceso total, parcial o la denegación total al código fuente de CoronApp, creemos que este caso ofrece una buena oportunidad para que la Corte Constitucional afirme, en sede de tutela, la validez de las garantías del derecho fundamental de acceso a la información pública, tanto frente a los sujetos obligados, como frente a los jueces de tutela, garantes de los derechos fundamentales.

En cuanto a los sujetos obligados, esta es una gran oportunidad para que la Corte recuerde su jurisprudencia en torno al principio de máxima divulgación. Esto supone el deber de seguir la metodología establecida en Ley 1712 de 2014, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y con los estándares internacionales en la materia. En particular, los sujetos obligados deben hacer (y mostrar) un esfuerzo consciente de minimizar la denegación del acceso a la información pública.

Deben hacerlo (a) identificando con claridad las normas que establecen la reserva o la clasificación de la información, y los intereses constitucionales y legales protegidos con la reserva y la clasificación. En todo caso, la interpretación de estas normas debe estar guiada (b) por el criterio hermenéutico de la interpretación restrictiva, y no por el de la interpretación extensiva. Además, (c) han de asumir la carga de la prueba en relación con los tres requisitos del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, probar no solo la potencia de un posible daño, sino que el mismo sea presente, probable, específico y significativo. Estas no son, y no pueden ser, palabras vacías, adjetivos de adorno. Por último, la información (d) ha de ser divulgada minimizando las excepciones y, esta es la parte que pensamos se olvida, las entidades públicas están obligados a hacer todo por materializar esta divulgación. Nada de esto tuvo lugar en el presente caso. Estas ausencias le permiten a la Corte un buen ejercicio de ilustración.

De otro lado, sobre el rol de los jueces como garantes del derecho fundamental de acceso a la información pública, a partir de este caso, la Corte podría recordar que este no es, ni puede ser, el de reemplazar a los sujetos obligados, ni el de asumir la carga de la prueba, ni la de desplegar el test de daño, ni el de elaborar las versiones públicas de los documentos públicos.

Los jueces de tutela, como garantes, deben exigir que las entidades del Estado respeten el contenido del derecho de acceso a la información pública. Esto es que, guiados por el principio de máxima divulgación, deben exigir que la interpretación de las limitaciones sea restringida, y que en caso de que los sujetos obligados decidan negar el acceso, esta negativa esté soportada en un test de daño adecuado y claro, y que, si es posible, los sujetos obligados practiquen la divulgación parcial para minimizar la limitación del acceso a la información pública. Los jueces de tutela deben verificar que la decisión de denegación de información se ajuste a los contenidos del derecho de acceso a la información pública, tanto en su contenido, como en su forma. Si esto no es así, su tarea es simple: deben declarar la vulneración de este derecho, sin necesidad de ir más allá.

En definitiva, si bien estamos convencidos de que en este caso se debió conceder acceso al código fuente de CoronApp, pensamos que, además, la Corte Constitucional tiene la oportunidad de realizar una labor pedagógica frente a los sujetos obligados y a los garantes de este derecho fundamental. Es una oportunidad para recordar, y con ello reforzar, las garantías de este derecho, en un caso de punta sobre las nuevas prácticas del "gobierno digital", garantías que ya han sido reconocidas tanto en la Ley como en la Jurisprudencia constitucional, y que lo han sido, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos.

Atentamente,

Maryluz Barragán
C.C. 1.128.055.154

Víctor Práxedes Saavedra
C.E. 705406

Daniel Ospina Celis
C.C. 1.020.819.027