



*Tecnologías digitales para la pandemia: ¿qué hicieron las regiones?
Brechas entre la expectativa y la realidad*

Estándares en derechos humanos y marco legal interno: obligaciones vigentes durante la pandemia

Los estándares interamericanos en derechos humanos en materia de protección de datos, acceso a la información y legalidad conservan vinculatoriedad y vigencia durante los estados de emergencia sanitaria, económica, ecológica y social.

Su aplicación obliga a las autoridades públicas, sin importar si pertenecen al ámbito nacional, regional o local, a respetar, garantizar y proteger los derechos de las personas, sin que les sea posible excusarse de su cumplimiento, más aún, sin que les sea reconocida la facultad de limitar el ejercicio de derechos en ausencia de un marco normativo que prevea la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de dicha limitación en caso de ser requerida.

La llegada de la pandemia por la covid-19, como una circunstancia de excepción a nivel global, no modificó ninguno de estos supuestos y significó, por el contrario, la oportunidad para reafirmar el alcance y vigencia de los estándares vigentes en derechos humanos según lo recordó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de la Resolución 01 y 04 de 2020.

A propósito de este informe, conviene poder revisar cuáles son los estándares que se transforman en obligaciones para el Estado colombiano y sus autoridades tratándose de la protección de datos, el acceso a la información y el respeto del criterio de legalidad en su desempeño durante la pandemia. El objetivo es poder facilitar más adelante la comparación

entre las obligaciones a cargo de las autoridades, por una parte, y los hallazgos sobre los métodos y las maneras como desplegaron en el nivel regional las tecnologías digitales dirigidas a la contención de la covid-19, por otra.

Estándares en materia de protección de datos

Los estándares interamericanos en materia de privacidad y protección de datos encuentran su más importante referente en los principios de la OEA adoptados en el año 2015.¹ El Comité Jurídico Interamericano, encargado de su diseño, los actualizó recientemente con el fin de “contribuir al desarrollo de un marco vigente para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de sus Datos Personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información en los países de las Américas”.²

Dichos principios proporcionan una guía con elementos básicos sobre cómo garantizar la privacidad de las personas, aplicable no solo para los Estados sino también para el sector privado. Los Estados por su parte, conservan autonomía sobre cómo integrarlos en su ordenamiento jurídico bajo la condición de que provean a los principios de una interpretación conjunta “con una perspectiva transversal de género y de derechos humanos que identifique los impactos diferenciados del Tratamiento de Datos”³, para mitigarlos e impedir que puedan atentar contra la dignidad de las personas, especialmente aquellas en condición de vulnerabilidad.

Los principios⁴, en términos generales, afirman la importancia de la finalidad legítima y leal en el tratamiento de datos, así como el deber de que éste suceda con el consentimiento de la persona, quien, de manera transparente, debe ser advertida sobre el fundamento jurídico que justifica

¹ Informe del Comité Jurídico Interamericano, OEA. (25 de marzo de 2015), 86 período ordinario de sesiones. Tomado de: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_474-15_rev2.pdf

² Informe del Comité Jurídico Interamericano, OEA. (8 de abril de 2021). Principios actualizados del CJI sobre la privacidad y la protección de datos personales. pp. 5. Tomado de: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_638-21.pdf

³ Informe del Comité Jurídico Interamericano, OEA. (8 de abril de 2021). Principios actualizados del CJI sobre la privacidad y la protección de datos personales. pp. 4-5. Tomado de: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_638-21.pdf

⁴ Son trece principios. El de finalidades legítimas y lealtad; transparencia y consentimiento; pertinencia y necesidad; tratamiento y conservación limitados; confidencialidad; seguridad de los datos; exactitud de los datos; acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad; datos personales sensibles; responsabilidad; flujo transfronterizo de datos y responsabilidad; excepciones; y autoridades de protección de datos.

el tratamiento de su información personal, así como los destinatarios a quienes éstos les serán comunicados. Cuando el consentimiento sea la base del tratamiento de datos, éste debe ser previo, inequívoco, libre e informado.

Así mismo, ponen de presente que el tratamiento debe atender a finalidades adecuadas o pertinentes, y que el tratamiento debe limitarse a la mínima cantidad de información que pueda permitir satisfacerlas. El tratamiento y conservación deben poder extenderse únicamente durante el tiempo necesario para el logro de las finalidades advertidas.

Según los principios, los datos personales no deben ser compartidos, divulgados ni empleados para la realización de finalidades distintas a las inicialmente advertidas a sus titulares. Deben ser resguardados bajo medidas de seguridad que garanticen su integridad, veracidad y exactitud.

Deben reconocerse a la persona titular del dato los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad a través de métodos razonables que, como regla general, deberían ser ejercidos de manera gratuita. Su limitación debe constar en la legislación nacional atendiendo a los estándares aplicables en la materia.

Sobre la recolección de datos sensibles, que incluyen los datos de salud, la inclinación política o religiosa, los datos biométricos, los de pertenencia de una persona a organizaciones de derechos humanos o sociales, entre otros, prevé que su alcance y protección debe ser consagrada a nivel legislativo, precisamente por tratarse de datos sensibles que gozan de un particular estándar de protección debido al impacto que su uso inadecuado podría tener en la intimidad de las personas. Por estas razones, los Estados tienen el deber de adoptar medidas de privacidad y seguridad reforzadas para su protección.

Así mismo, prevé que los responsables del tratamiento de datos deben adoptar las políticas y medidas técnicas necesarias para asegurar y demostrar que el tratamiento se efectúa de acuerdo con lo que prevén dichos principios interamericanos.

Consagra excepciones a la aplicación de algunos de los principios referidos más arriba frente a lo cual prevé la importancia de su consagración por vía legislativa, y la vinculación de estos eventos a motivos limitados únicamente a la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública,

la protección de la salud pública, entre otros, que deben ser conocidos por las personas afectadas.

Estos principios son aplicables, según las anotaciones de la última actualización de su contenido, a los ambientes digitales o los procesos de recogida que se apoyan en el uso de las tecnologías digitales. Esta previsión va en la misma línea de lo sostenido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (en adelante RELE) que afirma que la obligación que tienen los Estados de respetar la privacidad de las personas es igualmente extensible a lo que sucede en internet.

Según la RELE, cuando los Estados y sus autoridades son responsables del tratamiento de datos, éstos deben consagrar mecanismos de control para verificar que los datos no serán empleados para otros fines distintos a los que justificaron el tratamiento, que el almacenamiento será efectuado para la satisfacción de dichos fines solo por el plazo necesario y consentido, y que los datos serán compartidos y difundidos para los fines informados.⁵ Sostiene, además, que toda limitación o injerencia en el ejercicio del derecho de *habeas data* requiere, para ser legítima, la superación del test de legalidad, proporcionalidad y necesidad.⁶

A propósito de la pandemia, la CIDH reiteró las directrices que deben ser observadas en la protección de los datos de las personas, a propósito del uso y despliegue de tecnologías digitales por los Estados⁷ de la región que, apoyándose en la recolección de datos personales y sensibles, han apuntado a la contención del contagio de covid-19.

En ese sentido, la Resolución n. 01 de 2020⁸ recuerda a los Estados y a sus autoridades el deber de proteger el derecho a la privacidad y los datos personales de la población, debiendo procurar obtener su consentimiento

⁵ OEA. (2017). Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. prr. 206. Tomado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

⁶ *Ibid.* prr. 193.

⁷ Alsur (2021), Informe Observatorio Covid-19 del Consorcio Al Sur: Un análisis crítico de las tecnologías desplegadas en América Latina contra la pandemia. Tomado de: <https://www.alsur.lat/reporte/informe-observatorio-covid-19-consorcio-al-sur-un-analisis-critico-tecnologias-desplegadas>

⁸ CIDH. (2020). Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 01. prrs. 35 y 36. Tomado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

informado para recabarlos y compartirlos, especialmente si se trata de datos sensibles. Al referirse al despliegue de tecnologías digitales para la contención de la expansión de la pandemia, reitera la importancia de que éstas tengan finalidades igualmente limitadas con una temporalidad definida.

En la Resolución 04 de 2020⁹ extiende dicha preocupación en materia de privacidad al señalar la necesidad de que los Estados realicen evaluaciones de impacto previas y públicas, que estimen las implicaciones para el ejercicio del derecho a la privacidad derivadas del uso y despliegue de dichas herramientas tecnológicas.

La CIDH reitera, en últimas, que el recabamiento de datos debe ser apenas el necesario para permitir combatir la propagación contra la covid-19. Al tiempo, recuerda que el almacenamiento de datos debe estar limitado al fin legítimo de contener y revertir la pandemia, y que el tratamiento debe extenderse solamente durante el tiempo estrictamente necesario. Las personas, según la Resolución, deben conservar siempre los derechos de acceso, rectificación y supresión de sus datos. Finalmente, cuando sus datos sean usados para fines científicos, la información deberá ser anonimizada.

Regulación a nivel interno

En Colombia, el marco general de protección de datos personales recoge en buena medida los deberes vinculados a los principios referidos más arriba. La Ley Estatutaria de Protección de Datos n. 1581 de 2012 desarrolla el ejercicio del derecho fundamental al *habeas data* y, al hacerlo, prevé un conjunto de principios rectores similares a los desarrollados por el Comité Jurídico Interamericano: el de legalidad en el tratamiento de los datos, finalidad, libertad, veracidad, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad y confidencialidad.

Establece también un conjunto de derechos en cabeza de la persona titular del dato (art. 7 y 8), un conjunto de obligaciones y garantías mínimas (art. 11, 12, 17 y ss) a cargo de los responsables y encargados del tratamiento de los datos, una prohibición general de tratamiento de datos sensibles y la excepción para su procedencia (art. 5 y 6), así como las excepciones en

⁹ CIDH. (2020). Derechos Humanos de las Personas con COVID-10. Resolución 04. prr 34 y ss. Tomado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>

que en el tratamiento puede no precisar de la autorización del titular del dato para que éste tenga lugar (art. 10), así como consagra mecanismos de control para garantizar la supervisión y vigilancia de dicha actividad cuando es ejercida por el Estado o por actores del ámbito privado (art 19 y ss).

Sobre su contenido, la Corte Constitucional sostuvo en el examen de compatibilidad entre esta norma y la Constitución Política que las excepciones según las cuales no es necesario el consentimiento de la persona para autorizar el tratamiento de sus datos personales, aplican cuando (i) la información es requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial, (ii) cuando se trata de datos de naturaleza pública, (iii) de los casos de urgencia médica o sanitaria, (iv) otros asociados al tratamiento con fines históricos, estadísticos y finalmente (v) para el tratamiento relacionado con el registro civil de las personas.¹⁰

La interpretación de estas excepciones es restrictiva, es decir, no pueden ser leídas de manera tal que constituyan un permiso automático para el responsable o encargado que proceda a dar tratamiento a los datos de toda la población. Se trata de una excepción que debe ser aplicada caso a caso. Por tanto, cuando no se está frente a escenarios excepcionales como los consagrados en el artículo 10 de la Ley de Protección de Datos, el consentimiento debe ser prestado de manera libre, expresa e informada por la persona.

En ambos casos, el responsable tiene la obligación de contar con una política de tratamiento de datos conforme a la ley, de informar a la persona la finalidad del tratamiento de su información, de asegurar la circulación y acceso restringidos a los mismos, así como garantizar su seguridad y confidencialidad. La omisión de la autorización no significa, según la Corte, que las demás garantías de la protección de datos deban ser ignoradas.

Las políticas de protección de datos deben estar disponibles para la persona en medio físico o electrónico, contar con un lenguaje claro, sencillo y ser puestas en conocimiento de las personas cuya información será tratada. Deben expresar quién es el responsable del tratamiento, la finalidad que justifica la recolección de la información, los derechos que le

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-748/11. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-748-11.htm#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por%20el%20art%C3%ADculo%2015%20de%20la>

asisten a la persona, y los mecanismos para que ésta conozca de los cambios a la política. Igualmente, debe incluir una advertencia sobre la vigencia de la base de datos teniendo en cuenta que su duración debe extenderse solamente durante el tiempo “razonable y necesario, de acuerdo con las finalidades que justificaron el tratamiento”¹¹

En relación con el tratamiento de datos sensibles, la ley colombiana complementada por el Decreto 1377 de 2013 prevé una prohibición general para su tratamiento salvo excepciones que consagran la autorización explícita de la persona, y su entrega por mandato legal. El rehusarse a la entrega o el no autorizar el tratamiento no puede, de ninguna manera, llegar a condicionar el acceso a bienes o servicios.¹²

Según hemos visto, tanto los principios del Comité Jurídico Interamericano como el marco jurídico colombiano en materia de protección de datos, coinciden en que:

- i. El consentimiento. Es esencial para el tratamiento de datos. La persona debe poder autorizar o no el tratamiento de su información y, en los casos específicos en que dicha autorización no pueda ser recabada, deben aplicarse el resto de garantías y derechos de los que ésta es titular.
- ii. La información. La persona debe ser informada plenamente sobre quién es el responsable del tratamiento de los datos, cuál es la finalidad y vigencia de la base de datos, qué derechos tiene y cómo puede ejercerlos. Es decir, debe ser plenamente informada de los términos y condiciones de la política de tratamiento que debe, además, ser accesible en medios físicos o electrónicos, en un lenguaje claro y comprensible para ésta.
- iii. La finalidad. El tratamiento de datos debe estar justificado en una finalidad concreta, y en su realización se debe observar el principio de minimización, es decir, que la cantidad de datos recabada sea la mínima necesaria que permita la realización del propósito advertido. Debe, además, tratarse de una finalidad leal y legítima.

¹¹Colombia. Presidencia de la República. (2013). Decreto 1377: “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012”. art. 11.

¹²*Ibid.* art. 6.

iv. La temporalidad. El tratamiento de datos debe tener un marco temporal definido de manera que los datos sean conservados solo por cuanto sea necesario, de manera que no sea incompatible con la finalidad propuesta.

v. Seguridad, confidencialidad, acceso restringido. El responsable del tratamiento debe informar sobre las medidas que emplean para garantizar la seguridad y protección de los datos, su no divulgación y acceso o tratamiento por terceros o para fines no autorizados.

v. Datos sensibles. La recolección de los datos sensibles debe estar orientada en un marco legal razonable, proporcional, necesario. Su recolección no puede justificar una condición para el ejercicio de derechos salvo que una ley disponga lo contrario.

vi. Derechos del titular. La persona debe contar con mecanismos para ejercer su derecho al acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad de sus datos, así como ser informada sobre cualquier restricción para el ejercicio de los mismos que, en todo caso, debe estar fundamentada en un marco legal razonable, necesario y proporcional.

vii. Las políticas de protección de datos. Deben estar disponibles, ser accesibles y estar presentadas en un lenguaje claro.

Estos serán, a su turno, los criterios que orientarán el análisis de los despliegues tecnológicos de los gobiernos regionales y cuyo cumplimiento o satisfacción serán presentados en la sección de hallazgos.

Valga la pena añadir en este tema, que desde el inicio de la pandemia ni el gobierno nacional ni los gobiernos regionales han suspendido, en ejercicio de facultades excepcionales, la aplicación total o en parte de la aplicación de la ley de datos personales tratándose del uso y despliegue de las tecnologías digitales para la covid-19, y que el Congreso nacional tampoco ha legislado al respecto limitando la efectividad o ejercicio de dicho derecho a la fecha de publicación de este escrito.

Estándares en materia de acceso a la información y transparencia

Los estándares interamericanos en materia de acceso a la información y transparencia han sido recopilados por la CIDH en estudios especializados durante las últimas dos décadas, dando cuenta hoy día de una serie de obligaciones que no son nuevas para los Estados. Su desarrollo es extenso por lo que, en lo que sigue, recogeremos algunos elementos útiles para el contexto de esta investigación.

Así, uno de esos estudios, publicado en 2010 por la CIDH, resume el ejercicio y valor que tiene este derecho en los entornos democráticos, así:

El acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática. En sus manos, la información pública sirva (sic) para proteger derechos y prevenir abusos de parte del Estado. Es una herramienta que da poder a la sociedad civil y es útil para luchar contra males como la corrupción y el secretismo, que tanto daño hacen a la calidad de la democracia en nuestros países¹³.

El derecho de acceso a la información habilita a todas las personas a buscar y recibir informaciones que faciliten el ejercicio de las actividades de control sobre el funcionamiento del Estado, que permitan efectuar el seguimiento a su gestión, así como promover la transparencia en su desempeño. Es una garantía mediante la que la búsqueda de información favorece la rendición de cuentas, la prevención e identificación de posibles casos de abusos o corrupción, entre otros.

A su vez, faculta a las personas a conocer “cuáles son sus derechos y qué mecanismos existen para protegerlos”,¹⁴ las integra en procesos de participación así como las provee de los insumos que necesitan para medir o evaluar el cumplimiento adecuado de las funciones públicas a cargo del Estado.

¹³ OEA. (2010). El Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH. pg. ix. Tomado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>

¹⁴ *Ibid* 2, párr 5.

Es un derecho que consagra, en cabeza de los Estados y sus autoridades públicas a todo nivel,¹⁵ la obligación de entregar la información que tengan en su poder o custodia, que produzcan o estén obligadas a producir sin importar el formato o medio, y cuya entrega deben poder orientar bajo los principios de máxima divulgación y buena fe.¹⁶

El principio de máxima divulgación sugiere que la entrega de información debe ser la regla, al tiempo que las excepciones deben ser limitadas y estrictas. Dichas limitaciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, es decir, ser evaluadas en cada caso concreto y, de ser aplicadas, estar plenamente sustentadas o motivadas en tanto que le corresponde al Estado que retiene la información, probar que la misma no puede ser revelada.¹⁷

El principio de buena fe insta a los Estados y sus autoridades a actuar e interpretar la ley de manera que permita la realización del derecho y los fines que persigue, las orienta para “que realicen las acciones necesarias con el fin de que sus actuaciones aseguren la satisfacción del interés general y no defrauden la confianza de los individuos en la gestión estatal”.¹⁸

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información debe existir un mecanismo expedito y sencillo que permita extender los pedidos a la autoridad correspondiente, en todo caso, deben poder ser resueltos de manera oportuna, completa y accesible. Los Estados también tienen la obligación de crear recursos judiciales adecuados y efectivos que permitan someter a revisión las negativas de entrega de la información requerida.

Entre las obligaciones que este derecho impone en cabeza de los Estados se encuentran, entre otras,¹⁹ el deber de transparencia activa, es decir, la entrega por parte del Estado y sus autoridades de información de interés

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid*, párr 8.

¹⁸ *Ibid*, párr. 15

¹⁹ *Ibid*, Aún cuando algunas ya han sido mencionadas, las obligaciones según el marco interamericano comprenden: la obligación de responder de manera oportuna, completa y accesible las solicitudes de acceso; la obligación de contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de la información; la de transparencia activa; la de producir o capturar información; generar una cultura de la transparencia; de adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho según estándares. interamericanos.

público sin que haya sido requerida a través de un pedido o solicitud previamente.

Dicha información debe poder referirse a las funciones que desempeñan sus autoridades, sus actividades y aquellas que especialmente afectan al público, la que se asocia a presupuestos y contratos que debe poder publicar “de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”²⁰ para las personas.

Igualmente, bajo la obligación de transparencia activa, se debe proveer información sobre “(a) la estructura, funciones, presupuesto de operación e inversión del Estado; (b) *la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos —por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación—*; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere”²¹ (subrayado propio).

La realización del deber de transparencia activa a cargo de los Estados debe permitir que éstos, con el tiempo, amplíen “la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación”.²²

Sobre las limitaciones al derecho de acceso a la información, el estándar aplicable para considerar su admisibilidad o legitimidad apunta a la satisfacción de los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, según lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Frente a la limitación pretendida, el Estado tiene la carga de la prueba²³ para demostrar que dichos estándares se encuentran satisfechos pero, además, debe asegurarse de que las limitaciones son de carácter excepcional y que, en ningún caso, pueden constituir una práctica habitual o la regla.

²⁰ *Ibid*, párr. 34.

²¹ *Ibid*, 25, párr. 261.

²² *Ibid*, párr. 33. Ver también: ONU, la OEA y la OSCE. (2004). Declaración Conjunta de los Relatores de Libertad de Expresión. Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

²³ Comité Jurídico Interamericano. OEA. (2008). Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. Resolución 147 del 73° Período Ordinario de Sesiones. Punto resolutivo 7. Tomado de: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf

Algunos objetivos legítimos que pueden justificar la imposición de límites para el ejercicio del derecho de acceso a la información comprenden los de protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud o moralidad públicas. Cada una debe estar definida en el texto legal en el que su necesidad y proporcionalidad se encuentren justificadas y expuestas en compatibilidad con el contenido de la CADH.

Regulación a nivel interno

En Colombia, el marco normativo sobre transparencia y acceso a la información es desarrollado por la Ley Estatutaria n. 1712 de 2014 según la cual “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier sujeto obligado, en la forma y condiciones que establece esta ley y la Constitución” (art. 24), y que podrá remitir a las autoridades según las previsiones consagradas para el derecho de petición.²⁴

Esta norma define el acceso a la información como el derecho fundamental que tiene toda persona a “conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados” (art. 4) entre los que se encuentran, en esencia, todas las entidades públicas de las ramas del poder público en todos los órdenes tanto nacional, departamental, municipal y distrital, entre otros que consagra el artículo 5 de dicha ley.

La ley de acceso a la información prevé diversos principios entre los que se destacan el de transparencia, según el cual la información en poder de los sujetos obligados se presume pública salvo que exista una excepción compatible con la Constitución y la ley. El principio de facilitación, según el cual los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho. El principio de la calidad de la información, que exige por parte de los sujetos obligados mantener información oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y disponible para la ciudadanía (art. 3).

El principio de la divulgación proactiva de la información, mediante el cual se espera que el derecho de acceso a la información no se limite a responder los derechos de petición sino que los sujetos obligados promuevan y generen una cultura de transparencia que debe poder materializarse en la publicación y divulgación de los documentos que

²⁴ Según el artículo 26 de la Ley 1712 de 2014, deberá regirse según los términos del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011.

plasman la actividad estatal y de interés público de forma rutinaria, proactiva, actualizada, accesible y comprensible, entre otros (art. 3).

Aunado a lo anterior, dicha ley ordena que la información debe estar a disposición del público por medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica (art. 7), atendiendo criterios de accesibilidad diferenciales (art. 8).

Por otro lado, establece la información mínima que debe ser publicada por los sujetos obligados, entre las que se destacan las siguientes: la descripción de su estructura orgánica, funciones y deberes, y sus horas de atención al público; su presupuesto general (art. 9); el contenido de toda decisión y/o política que haya adoptado y afecte al público, junto con sus fundamentos y toda interpretación autorizada de ellas; todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el público pueda participar en la formulación de la política o el ejercicio de las facultades de ese sujeto obligado (art. 11).

El artículo 19 fija las restricciones al derecho de acceso a la información que habilita al rechazo o denegación de acceso cuando, por ejemplo, se trate de asuntos sobre la salud pública (literal i).

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia en la que analizó su exequibilidad,²⁵ y en una lectura conjunta con el artículo 28, que refiere a la carga de la prueba del sujeto obligado que rechaza o niega una solicitud de acceso y que debe aportar las razones que fundamenten tal decisión, señaló que, pese a la generalidad de dicha excepción, debe realizarse un análisis para cada caso concreto.

En dicha valoración debe argumentarse la existencia de un riesgo real, probable y específico de dañar dicho interés protegido, y que el daño que pueda producirse al conceder el acceso es significativo. Se entiende entonces que la Corte establece que la restricción al “acceso se limita a la información calificada como reservada, no a las razones de la reserva, que son públicas y objeto de control y de debate”²⁶. Por lo tanto, se entiende que el requerimiento de datos personales con el propósito de garantizar la salud pública es una excepción permisible siempre y cuando obedezca a

²⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 274 de 2013. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-274-13.htm>

²⁶ *Ibid.* Apartado 3.2.19.

un fin constitucionalmente legítimo e imperioso y cuando no exista otro medio menos restrictivo para lograr su salvaguarda o protección.

Durante la pandemia, sin embargo, se introdujeron excepciones al derecho de acceso a la información a través del Decreto Legislativo n. 464 de 2020, expedido por el poder ejecutivo en ejercicio de facultades excepcionales, el que, en el artículo 5, consagró una ampliación a los términos para atender las peticiones “que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria”.

La Corte Constitucional analizó²⁷ su exequibilidad calificando su proporcionalidad en tanto que se trató de una medida necesaria para permitir a las autoridades del Estado ajustarse a la virtualidad, a la restricción de la movilidad, y que permite al mismo tiempo la gestión de la pandemia mientras se mantiene la vigencia del derecho de petición sobre asuntos “sin relevancia *iusfundamental*” es decir, que no versan sobre el ejercicio de derechos fundamentales.

Estándares en materia de legalidad

En el ámbito interamericano el principio de legalidad suele ser referenciado como uno de los criterios que integran el test tripartito en derechos humanos junto con el de necesidad y proporcionalidad, y cuya satisfacción permite sustentar la legitimidad de las limitaciones a los derechos humanos.

Las referencias a la Ley en cada uno de los derechos que la CADH reconoce son múltiples.²⁸ Ésta, junto con las Constituciones de cada uno de los Estados, son la vía legítima para regular a nivel interno el ejercicio de los derechos. Según el artículo 30 de la Convención “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, *no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*” (Subrayado propio)

²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 242 de 2020. apartado 6.97 y ss. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-242-20.htm>

²⁸OEA. (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Tomado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Ver por ejemplo el artículo 4 (numeral 1 y 2), artículo 6 (numeral 3, literal b), artículo 7 (numeral 2, 5 y 6), artículo 8 (numeral 1 y numeral 2, literal e), artículo 9 y 10, artículo 11 (numeral 3), artículo 12 (numeral 3), entre otros.

De acuerdo con la Opinión Consultiva 6 de 1986, la expresión “leyes” del artículo en cita, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe entenderse de la siguiente manera:

En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. *Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.*²⁹ (Subrayado propio)

Así mismo, en el ámbito interamericano, al tiempo que se prevé la vía legislativa como la más adecuada junto con el marco constitucional para regular el ejercicio de derechos, también se prevé la obligación en cabeza de los Estados de adecuar su marco normativo y legal así como el actuar de los funcionarios públicos a los derechos y garantías que la CADH reconoce.

Este deber de los Estados comprende, a su vez, dos medidas. La supresión de normas y prácticas que sean violatorias de dichos deberes y garantías, que desconozcan u obstaculicen su ejercicio. Y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes al cumplimiento de lo previsto en la Convención.³⁰ Dicha adecuación debe tener lugar “independientemente del sistema de jerarquías normativas previsto en un Estado”,³¹ “en otras palabras, el Estado debe promover las condiciones efectivas que permitan el goce y el ejercicio de los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos y no pueden invocar disposiciones de derecho interno para no cumplir con las obligaciones asumidas”.³²

Regulación a nivel interno

El principio de legalidad, según la interpretación de la Corte Constitucional, en su faceta como principio rector del poder, se relaciona “con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio

²⁹CIDH. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86. párr 35. Tomado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

³⁰ CIDH. (2021). Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos. párr 28. Tomado de:

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf>

³¹ *Ibid.* párr 29.

³² *Ibid.* párr 29.

de división de poderes, en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y, por otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.³³

Siendo un principio complejo con múltiples aristas, la legalidad de una actuación de funcionarios del Estado se encuentra, al tiempo, delimitada por la ley. De acuerdo con el artículo 6 de la Constitución Colombiana, los servidores públicos son responsables ante las autoridades públicas por infringir la propia Constitución y las leyes y, de igual manera, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esto quiere decir que los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello que les está expresamente atribuido en la Constitución y en las leyes como competencia y que cualquier actuación suya que desborde este marco puede derivar en responsabilidades de diferentes niveles. Así, las actuaciones de los funcionarios públicos están sujetas a una serie de normas que determinan sus funciones y respecto de las cuales no puede darse una omisión o extralimitación.

Estas restricciones al poder de la administración cobran especial relevancia durante los estados de emergencia económica, social y ecológica, como el que fue decretado por el gobierno nacional para enfrentar la pandemia.³⁴

Según la Ley que regula los estados de excepción, la Rama Ejecutiva adquiere una serie de prerrogativas con las que no cuenta de manera regular, como aquella que lo habilita a expedir decretos con fuerza de ley³⁵, es decir, al tiempo que emite normativa de rango infralegal como si lo tuviera, el ejercicio de dichas facultades se encuentran limitadas por la ley que regula los estados de emergencia, la cual prohíbe, durante situaciones de esta naturaleza, suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales o limitar de manera gravosa el derecho a la intimidad y otros derechos que impliquen su negación o suspensión (art. 5 y 15 de la Ley 134 de 1994).

³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 2001. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>

³⁴ Declarado inicialmente con el Decreto 417 de 2020 y posteriormente con el Decreto 637 de 2020.

³⁵ Colombia. Congreso de la República. (1994). Ley 137: "Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia". Tomado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13966>

La expedición de decretos con fuerza de ley por parte del Ejecutivo constituye un mecanismo de delegación de la función legislativa en el poder ejecutivo, aquellas se encuentran autorizadas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos siempre que estén previstas por la propia Constitución de los Estados parte de la Convención y que su ejercicio se encuentre sometido a mecanismos de control.³⁶

Durante la vigencia de dichos estados de excepción, otras garantías paralelas al principio de legalidad conservan vigencia, como los principios de publicidad y transparencia que rigen las actuaciones de las autoridades públicas y según los cuales, éstas deben dar a conocer a la ciudadanía las actuaciones de la administración pública, salvo que exista reserva legal (art. 3, Ley 1437 de 2011).

³⁶ CIDH. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86. párr 36. Tomado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf