Manual de acceso a la **información pública:**

Especial enfoque en la Fiscalía General de la Nación y en la investigación de casos de corrupción[1]

1. *Elaborado por Vivian Newman y Vanessa López, investigadoras de Dejusticia.*

Sweden Sverige
20 AÑOS Dejusticia
TRANSPARENCIA POR COLOMBIA
Capítulo Transparencia Internacional

“Hacia un ejercicio del poder más transparente y responsable”

Transparencia por Colombia

Consejo Rector

Carlos Eduardo Angulo Galvis
José Alejandro Cortés Osorio
Andrés Echavarría Olano
Guillermo Carvajalino Sánchez
Juan Francisco Lozano Ramírez
Rosa Inés Ospina Robledo
Sylvia Escovar Gómez
Eulalia Arboleda de Montes

Junta Directiva

María Elisa Bernal Bueno
Néstor Ricardo Rodríguez
Carolina Calderón Guillot
Daniel Ricardo Uribe Parra
Eduardo Wills Herrera
Gloria María Borrero Restrepo

Dirección Ejecutiva

Gerardo Andrés Hernández Montes

Coordinación e Investigación

Claire Launay Gama
Directora programática Iniciativas con Sociedad Civil
Johana Cabra Mancipe
Coordinadora Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC)

Dejusticia – Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad

Autoras

Vivian Newman Pont
Directora de la línea de Transparencia y Derechos Digitales
Vanessa López
Investigadora de la línea de Transparencia y Derechos Digitales

Somos el Capítulo Nacional de Transparencia Internacional -TI-, la Organización de la Sociedad Civil líder en el mundo en la lucha contra la corrupción que trabaja en más de 100 países.

Corporación Transparencia por Colombia

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA
Capítulo Transparencia Internacional

Calle 35 N° 24-19
PBX: +57 601 477 8282
transparencia@transparenciacolombia.org.co
www.transparenciacolombia.org.co
Bogotá, Colombia
Abril 2025

Licencia Creative Commons 4.0 Internacional
Atribución - No Comercial - Compartir Igual
Puede ser descargado gratuitamente en https://www.dejusticia.org

Este documento es financiado por la Embajada de Suecia a través de la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional (ASDI). El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de Transparencia por Colombia y el Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad - Dejusticia- y no refleja ni compromete el punto de vista de nuestros socios.

Justificación y necesidad de elaboración de este manual

Este manual surge como un ejercicio de seguimiento del estudio Nadar en Mar Abierto: *Obstáculos y buenas prácticas de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de la corrupción* realizado en colaboración entre Transparencia por Colombia y Dejusticia. Nace de la necesidad de la ciudadanía de acceder a información en posesión o control de la Fiscalía General de la Nación, para entender el fenómeno de la corrupción vigente en Colombia y de la urgencia de poder realizar seguimientos fundamentados y actualizados a la labor investigativa de la Fiscalía en casos de corrupción.

El manual pretende facilitar el entendimiento de la sociedad en general de las restricciones de acceso a información en posesión o control de la Fiscalía General de la Nación y contribuir a que los funcionarios de esta entidad tengan una compilación de sub-reglas para garantizar el ejercicio del derecho fundamental al acceso a información pública de los ciudadanos.

Este documento también es producto de una serie de diálogos que ha mantenido la Fiscalía General de la Nación (en cabeza de la Fiscal General de la Nación y con presencia de la Delegada contra la criminalidad organizada y de la Dirección Especializada Contra la Corrupción) con Transparencia por Colombia y Dejusticia, como organizaciones de la sociedad civil. Esperamos continuar con las conversaciones e iniciar un proceso de formación que permita la implementación de este manual.

Contenido

I. INTRODUCCIÓN 7
II. INVESTIGACIÓN DE LA CORRUPCIÓN 10
III. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROCESO PENAL 12

1. ¿Qué es información pública? 13
2. ¿En qué consiste el derecho fundamental al acceso a la información pública? 13
3. ¿Quiénes son sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014? 13
4. La Fiscalía General de la Nación como sujeto obligado 13
5. ¿Cuáles son las principales implicaciones de ser un sujeto obligado? 14
6. La reserva en el proceso penal 16
7. ¿Qué principios y derechos reconocidos de forma expresa en una ley o en la Constitución se han considerado legítimos o imperiosos para justificar la reserva de información en el proceso penal en la ley y en la jurisprudencia? 17
8. La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso (Art. 19, Ley 1712 de 2014) 19
9. La reserva sumarial 21
10. ¿Qué elementos debe tener en cuenta la Fiscalía General de la Nación para decidir si proporciona el acceso a la información? 22

Contenido

11. Medidas alternativas a la reserva de la información 22

12. En qué casos se debería ponderar especialmente en favor del acceso a la información pública 23

13. El test de daño 24

14. Reglas específicas sobre acceso a las audiencias penales preliminares 28

15. Síntesis: Requisitos para reservar información 28

IV. ALGUNAS TENSIONES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CON OTROS DERECHOS 30

1. Tensión con el derecho al habeas data 31
2. Tensión con la seguridad nacional 36
3. Tensión con el debido proceso 38

V. CONSECUENCIAS DE RETENER O DIVULGAR INJUSTIFICADAMENTE INFORMACIÓN PÚBLICA 43

1. Sanciones penales 44
2. Sanciones disciplinarias 44
3. Órdenes constitucionales 45
4. Consecuencias sociales 45

VI. ¿QUÉ ACCIONES SON NECESARIAS PARA FAVORECER EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CASOS EN QUE SE INVESTIGA LA CORRUPCIÓN? 46

1. Recomendaciones específicas 47
2. Recomendaciones generales 48
   Sobre transparencia pasiva
   Sobre transparencia activa
   Sobre el trato especial en cuanto acceso a información pública de casos de corrupción

I.

INTRODUCCIÓN

En el sistema acusatorio, el proceso penal se compone de las etapas de indagación, investigación y juicio. Las dos fases de indagación e investigación no son reservadas para el indiciado (por su debido proceso) ni para las víctimas individuales y/o colectivas (que pueden participar en la investigación para ofrecer contribución a la verdad).

Según el literal (d) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, se podrá exceptuar la entrega de información por la "La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso", siempre que exista una norma legal o constitucional que expresamente establezca la reserva.

Considerando que no hemos encontrado ninguna norma precisa que identifique toda indagación como etapa reservada, esta debe entenderse bajo el principio general de la Ley estatutaria 1712 de 2014 como pública, al igual que el juicio. No obstante, se debe tener en cuenta que:

A. Hay información que debe permanecer reservada para no poner en peligro a las víctimas, jurados, testigos o intervinientes; no afectar la seguridad nacional, no exponer a menores de edad intervinientes a un daño psicológico; no menoscabar el derecho del acusado a un juicio justo y no comprometer seriamente el éxito de la investigación (artículo 18, Ley 906 de 2004)[2]

B. Hay dos circunstancias especiales en las que la ley permite la reserva parcial o total en esta etapa:

   a. La indagación se torna reservada cuando se tenga noticia de un acto delictivo cometido por los Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados[3] a los que se refiere la Ley 1908 de 2018 (artículo 212 B de la Ley 906 de 2004 sentencia C-559 de 2019)

   b. La identidad de testigos, peritos o sus parientes puede ser objeto de medidas especiales de protección (artículo 212 A de la Ley 906 de 2004), al igual que la protección de los funcionarios judiciales, denunciantes y defensores de Derechos Humanos (sentencia C-559 de 2019).

2 *El artículo 18 de la Ley 906 de 2004 establece que "la actuación procesal será pública. No obstante, prevé también algunas excepciones a esta regla. Aunque hay quienes consideran que las etapas de indagación e investigación son pre-procesales y que el proceso penal solo inicia estrictamente cuando hay una imputación formal ante los jueces, una interpretación lógica, sistemática e incluso finalista del Código de Procedimiento Penal, que incluye la indagación en diversos artículos, nos permite considerar que el artículo 18 que pretende proteger a las víctimas y a la investigación también es aplicable durante esta fase.*

3 *Estas categorías, aunque vigentes, no son muy utilizadas en la práctica.*

Se trata de dos excepciones para cuyo funcionamiento, al igual que en todo caso de reserva de información pública, hay que aplicar el test de daño y, siempre, la Fiscalía podrá revelar información sobre la indagación, por motivos de interés general. La necesidad de aplicar el test de daño deriva del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, según el cual 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".

Así las cosas, una decisión de reserva de información por parte de la Fiscalía debería seguir siempre la siguiente fórmula:

II.

INVESTIGACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Para efectos de la investigación "Nadar en Mar Abierto" y de este manual, Dejusticia entiende la corrupción como el "abuso de un poder encomendado para el beneficio privado"[4], bien sea por parte de servidores públicos o de sujetos privados. En Colombia, son varias las entidades encargadas de ejercer controles sobre los actos de corrupción. Entre ellas destacan la Contraloría General de la República (control fiscal), la Procuraduría General de la Nación (control disciplinario) y la Rama Judicial (control penal), para cuyo funcionamiento se requiere de las labores de la Fiscalía General de la Nación. Esta última es la encargada no solo de investigar los hechos delictivos cometidos en Colombia, sino que además es la responsable de llevar el caso ante los jueces penales.

Este manual se dirige específicamente a la Fiscalía General de la Nación y al acceso a la información sobre investigaciones de corrupción a su cargo. Sin el ánimo de ser exhaustivos, y conscientes de que algunos tipos penales asociados a la corrupción no están comprendidos dentro de esta categoría, entendemos como delitos asociados con la corrupción aquellos en contra de la administración pública, contenidos en los artículos 397 a 434 del Código Penal.

A pesar de que otros tipos como los delitos electorales (con gran incidencia en la corrupción) o los delitos contra la administración de justicia, pueden en sí mismos ser corrupción, consideramos que generalmente son funcionales a la expectativa de acceder al tesoro público. Estos terminan configurando los delitos contra la administración pública como el peculado, la concusión, el cohecho y el enriquecimiento ilícito, entre otros tipos que pertenecen al capítulo de delitos contra la administración pública y son considerados internacionalmente como representativos de la corrupción. Estimamos entonces que delimitar los delitos de corrupción a los delitos contra la administración pública puede ser una estrategia adecuada con el fin de priorizar la labor investigativa de la Fiscalía hacia los delitos que son de mayor interés para la ciudadanía, como colectivo, y cuyos avances se deben conocer públicamente.

4 *What is corruption? Transparency International. [WEB].* https://www.transparency.org/what-is-corruption#define

III.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL PROCESO PENAL

1. ¿Qué es información pública?

De acuerdo con la Ley 1712 de 2014, "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones", es información pública toda aquella que esté en control o bajo posesión de un sujeto obligado por la Ley, bien sea porque éste la generó o la adquirió.

2. ¿En qué consiste el derecho fundamental al acceso a la información pública?

El derecho fundamental al acceso a la información pública se encuentra consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política según el cual "*[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley*" y por el artículo 20 del mismo cuerpo normativo que garantiza la libertad de informarse veraz e imparcialmente. Este derecho fue desarrollado integralmente por la Ley 1712 de 2014 y de manera parcial a través del derecho de petición de información consagrado en la Ley 1755 de 2015.

3. ¿Quiénes son sujetos obligados por la Ley 1712 de 2014?

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley son sujetos obligados:

1. **Públicos:** Toda entidad pública y los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control.

2. **Privados:** que desempeñen función pública, ejerzan autoridad pública o presten servicios públicos; los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos; las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.

4 La Fiscalía General de la Nación como sujeto obligado

La Fiscalía General de la Nación es una entidad de la Rama Judicial que tiene autonomía administrativa y presupuestal. Sus funciones principales son la investigación y acusación, ante los juzgados competentes, de quien ha cometido algún delito en contra de un bien jurídico protegido por nuestro ordenamiento jurídico. Al ser una entidad pública, la Fiscalía es un sujeto obligado a luz de la Ley 1712 de 2014.

5. ¿Cuáles son las principales implicaciones de ser un sujeto obligado?

Que la Fiscalía General de la Nación sea un sujeto obligado a la luz de la Ley 1712 de 2014 le impone obligaciones en dos sentidos. Por un lado, le representa unas cargas de publicación proactiva de información (transparencia activa) y, por el otro, le obliga a dar respuestas a las solicitudes de información de manera fundamentada y en los términos legales establecidos.

5.1. Transparencia activa

De acuerdo con la Ley 1712 de 2014, la Fiscalía General de la Nación, como sujeto obligado, debería publicar como mínimo la siguiente información:

- La descripción de su estructura orgánica, ubicación de sedes y horarios de atención al público (Art. 9)
- Su presupuesto general, ejecución y planes de gasto (Art. 9)
- Un directorio de empleados (Art. 9)
- Sus normas generales y reglamentarias, políticas y lineamientos o manuales (Art. 9)
- Su plan de compras anual (Art. 9)
- Sus plazos de cumplimiento contractual (Art. 9)
- Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano (Art. 9)
- Detalles pertinentes sobre todo servicio que brinde directamente al público (Art. 11)
- Información correspondiente a los trámites que se pueden agotar en la entidad, incluyendo la normativa relacionada, el proceso, los costos asociados y los distintos formatos o formularios requeridos (Art. 11)
- Una descripción de los procedimientos que se siguen para tomar decisiones en las diferentes áreas (Art. 11)
- 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 (Art. 11)
- Todos los informes de gestión, evaluación y auditoría (Art. 11)
- Todo mecanismo interno y externo de supervisión, notificación y vigilancia pertinente del sujeto obligado (Art. 11)
- Sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones (Art. 11)
- Todo mecanismo de presentación directa de solicitudes, quejas y reclamos a disposición del público en relación con acciones u omisiones del sujeto obligado, junto con un informe de todas las solicitudes, denuncias y los tiempos de respuesta del sujeto obligado (Art. 11)

- Respecto de las solicitudes de acceso a información pública, el informe debe discriminar la siguiente información mínima: (Decreto 103 de 2015, art. 52)

  (1) El número de solicitudes recibidas.
  (2) El número de solicitudes que fueron trasladadas a otra institución.
  (3) El tiempo de respuesta a cada solicitud.
  (4) El número de solicitudes en las que se negó el acceso a la información.

- 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)
- Un registro de publicaciones que contenga los documentos publicados de conformidad con la presente ley y automáticamente disponibles, así como un Registro de Activos de Información (Art. 11)
- El índice de Información Clasificada y Reservada (Decreto 103 de 2015, art. 4)
- El Programa de Gestión Documental (Decreto 103 de 2015, art. 4)
- Las Tablas de Retención Documental (Decreto 103 de 2015, art. 4)
- Además de cumplir con la publicación proactiva de esta información, la Fiscalía también está obligada a tener un esquema de publicación en que especifique cuál es la información que publicará proactivamente, de qué manera la publicará y cada cuánto la publicará. Asimismo, debe incluir los cuadros de clasificación documental que faciliten la consulta de documentos públicos que conserva (Art. 12)
- Adicionalmente, la Fiscalía debe crear y mantener actualizado un Registro de Activos de Información con las categorías de información publicada, los registros publicados y los registros que pese a no estar publicados pueden ser solicitados por el público. (Art. 13)

5.2. Transparencia pasiva

De acuerdo con el principio de máxima publicidad (art. 2, Ley 1712 de 2014) la regla general es que la información que está bajo el control de los sujetos obligados es pública. Solo se puede denegar su acceso de manera excepcional cuando se aportan razones y pruebas que fundamenten que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial, pues la protección de la información se relaciona con un objetivo legítimo o imperioso establecido legal o constitucionalmente y su revelación causaría un **daño presente, probable y específico** que excede el interés público que representa el acceso a la información (art. 28, Ley 1712 de 2014). En el numeral 7 de este manual,

señalaremos los objetivos legítimos e imperiosos más comunes que pueden constituir excepciones al acceso a información en el caso de la Fiscalía General de la Nación, es decir, que pueden dar lugar a la reserva de la información.

A tener en cuenta: Las reservas de información legales o constitucionales deben ser interpretadas de manera restrictiva[5].

6. La reserva en el proceso penal

De acuerdo con el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, por regla general y en aplicación del principio de publicidad, **las actuaciones procesales en el marco de los procesos penales son públicas**, salvo los casos en los cuales el juez considere que con la publicidad de los procedimientos se pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación. Esta publicidad se predica de intervinientes, periodistas y comunidad en general. Sin embargo, esta reserva no es absoluta, pues opera de manera restrictiva según lo defina la ley bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Al respecto, la Corte ha sido muy enfática al señalar que *"la restricción del acceso del público en general a un proceso judicial o a alguno de los componentes del expediente debe estar **explícitamente definida en la ley.** Tal regla, por supuesto, es muchísimo más exigente en lo que se refiere a las partes o intervinientes dentro del proceso, pues respecto de éstos el acceso a las piezas procesales constituye uno de los elementos básicos para hacer valer los derechos de contradicción y de defensa"*[6].

En consecuencia, la reserva de ciertas actuaciones dentro del proceso penal debe responder a un fundamento legal y tiene como propósito preservar la "prudencia inherente" a las actuaciones penales, la cual se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 2, 15, 28 y 74 constitucionales, "por cuanto el libre acceso de su contenido podría atentar contra el interés general y desarticular la lógica que inspira al proceso penal"[7].

5 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*
6 *Corte Constitucional, Sentencia T-920/08. Ratificada en la Sentencia C-599 de 2019.*
7 *Corte Constitucional, Sentencia C - 559 de 2019.*

Puntos clave:

- La reserva legal conlleva la correlativa obligación del servidor público de motivar o exponer los argumentos que respaldan la restricción del derecho a la información y de señalar su fuente normativa para demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación.[8]
- Por regla general, el principio de publicidad se aplica a todas las actuaciones penales, salvo las excepciones legales.
- Las excepciones al principio de publicidad deben estar autorizadas en la Ley o la Constitución de manera clara y expresa.
- En caso de aplicar la reserva legal, el servidor público deberá motivar o exponer los argumentos que respaldan su postura y señalar la norma que la ampara.
- La reserva legal sólo puede operar sobre la información que compromete los derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos y no sobre todo el proceso.

7. ¿Qué principios y derechos reconocidos de forma expresa en una ley o en la Constitución se han considerado legítimos o imperiosos para justificar la reserva de información en el proceso penal en la ley y en la jurisprudencia?

La Ley estatutaria 1712 de 2014, en sus artículos 18 y 19 establece las excepciones al acceso a la información pública por daño de derechos a personas naturales y a intereses públicos. Estas excepciones deberán estar reconocidas de manera expresa y explícita en la ley o en la Constitución y comprenden los siguientes derechos:

- El debido proceso y la igualdad de las partes (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
  - El derecho a un juicio justo e imparcial. (Art. 150, Ley 906 de 2004)

8 *Corte Suprema de Justicia STP 2240 – 2020, Radicación No. 109388 del 03 de marzo de 2020.*

- El derecho a la intimidad[9]. (Art. 18, Ley 1712 de 2014)
- El derecho a la presunción de inocencia[10]. (Art. 29 de la Constitución Política)
- El derecho al habeas data. (Art. 15 de la Constitución Política)
- Los intereses de la justicia. (Art. 152, Ley 906 de 2004): La Corte Constitucional ha entendido como intereses de la justicia la i) imparcialidad del juez, ii) proteger intimidad, dignidad y seguridad de partes intervinientes, iii) lograr imparcialidad de testigos (que no conozcan lo que otros dijeron), iv) promover el libre intercambio de información, v) valor de los activos y sus implicaciones en la economía regional o nacional, contando (...) el potencial para descubrir recursos aún no determinados (Director Especializado contra la corrupción de la FGN)[11].
- El orden público. (Art. 150, Ley 906 de 2004)
- La moral pública. (Art. 150, Ley 906 de 2004)
- La seguridad nacional. (Art. 150, Ley 906 de 2004) (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- Protección de la vida e integridad de las personas involucradas en la etapa pre procesal[12]. (Art. 18, Ley 1712 de 2014)
- Eficacia en la investigación[13].
  - La etapa de indagación es reservada de acuerdo con el artículo 212 B de la Ley 906 de 2004, cuando se investiguen crímenes cometidos por grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO)[14]. No obstante, según el mismo artículo la Fiscalía puede revelar información sobre la actuación por motivos de interés general.
- Los derechos de los menores de edad y de las víctimas (Art. 151, Ley 906 de 2004) (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- La defensa nacional (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- Las relaciones internacionales (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- La administración efectiva de la justicia (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- La estabilidad macroeconómica y financiera del país (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- La salud pública (Art. 19, Ley 1712 de 2014)
- Los secretos comerciales, industriales y profesionales (Art. 18, Ley 1712 de 2014)

9 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*
10 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*
11 *Corte Constitucional, Sentencia C - 559 de 2019.*
12 *Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2019.*
13 *Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2019.*
14 *Así las cosas, es claro para esta Corte que esta restricción podrá aplicarse únicamente en los casos en los que se tenga noticia de un acto delictivo cometido por los grupos criminales señalados en la Ley 1908 de 2018 y frente a información que comprometa los intereses constitucionales protegidos." Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2019.*

8. La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso (Art. 19, Ley 1712 de 2014)

De acuerdo con el literal (d) del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, se podrá exceptuar la entrega de información por la "La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso", siempre que exista una norma legal o constitucional que expresamente establezca la reserva.

Considerando que no hemos encontrado ninguna norma precisa que identifique toda indagación como etapa reservada, esta debe entenderse bajo el principio general de la Ley estatutaria 1712 de 2014 como pública[15], al igual que el juicio. No obstante, se debe tener en cuenta que:

- Hay información que debe permanecer reservada para: no poner en peligro las víctimas, jurados, testigos o intervinientes; no afectar la seguridad nacional; no exponer a menores de edad intervinientes a un daño psicológico; no menoscabar el derecho del acusado a un juicio justo y no comprometer seriamente el éxito de la investigación (artículo 18, Ley 906 de 2004).[16]

- Hay dos circunstancias especiales en las que la ley permite la reserva parcial o total en esta etapa:

    a. La indagación se torna reservada cuando se tenga noticia de un acto delictivo cometido por los Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados a los que se refiere la Ley 1908 de 2018 (artículo 212 B, Ley 906 de 2004 y sentencia C-559 de 2019)

15 *Se ha observado una práctica repetitiva contraria a la publicidad de la etapa de indagación que se reproduce no solo en el sistema penal, sino también en los procesos disciplinarios. En estos es usual que se defienda la reserva de la indagación -algunas veces partiendo el artículo 19 (d) 19d de la Ley 1712 de 2014 que considera legítimo reservar información para d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso"-. No obstante, se observa que los funcionarios no suelen acompañar la invocación de esta excepción al principio de publicidad con la presentación de la norma legal o constitucional que permite la reserva, ni mucho menos con la demostración de que la divulgación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información (Test de daño).*

16 *El artículo 18 de la Ley 906 de 2004 establece que "la actuación procesal será pública. No obstante, prevé también algunas excepciones a esta regla. Aunque hay quienes consideran que las etapas de indagación e investigación son pre-procesales y que el proceso penal solo inicia estrictamente cuando hay una imputación formal ante los jueces, una interpretación lógica, sistemática e incluso finalista del Código de Procedimiento Penal, que incluye la indagación en diversos artículos, nos permite considerar que el artículo 18 que pretende proteger a las víctimas y a la investigación también es aplicable durante esta fase.*

En Sentencia C-559 de 2019 la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 212 B[17] de la Ley 906 de 2004 y determinó que esa disposición normativa **únicamente** resulta aplicable en los casos de actuaciones delincuenciales cometidas por grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO)[18]. Lo anterior, por cuanto (i) esa fue la intención del legislador y puesto que (ii) la reserva en esos casos está especialmente justificada por la necesidad de mitigar el riesgo de que las organizaciones criminales actúen en contra de los funcionarios judiciales que adelantan las investigaciones. Esta prevención de acuerdo con la Corte es esencial en el contexto de violencia en que se enmarca Colombia.

b. La identidad de testigos, peritos o sus parientes puede ser objeto de medidas especiales de protección (artículo 212 A), al igual que la protección de los funcionarios judiciales, denunciantes y defensores de Derechos Humanos (sentencia C-559 de 2019).

Ahora, incluso bajo el entendido de que la indagación sea reservada, existen algunas excepciones tales como:

- La revelación de información por parte de la Fiscalía General de la Nación por motivos de interés general[19].
- El acceso a la información por parte de las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer las diligencias dirigidas a indagar sobre la verdad de lo sucedido para hacer eficaz la justicia del Estado[20].
- El conocimiento del indiciado sobre el inicio de la indagación[21]. Esto, pues se ha considerado que el derecho a la defensa se puede ejercer durante todo el proceso penal, incluyendo la etapa de indagación. Más aún, es necesario que el indiciado conozca determinadas informaciones para que pueda desarrollar su propia estrategia de defensa.
  En consecuencia, es necesario que cuando la Fiscalía desee restringir el acceso a determinados documentos producidos en la fase de indagación, no lo haga de manera abstracta y totalitaria, sino que "distinga explícitamente, a partir de la Ley 906, cuáles elementos se encuentran cobijados por la reserva y cuáles no"[22].
- Que la reserva de la información en la indagación no supere el test de daño consagrado en el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014.

17 *ARTÍCULO 212B. Adicionado por el art. 22, Ley 1908 de 2018. Reserva de la actuación penal. La indagación será reservada. En todo caso, la Fiscalía podrá revelar información sobre la actuación por motivos de interés general.*

18 *"Así las cosas, es claro para esta Corte que esta restricción podrá aplicarse únicamente en los casos en los que se tenga noticia de un acto delictivo cometido por los grupos criminales señalados en la Ley 1908 de 2018 y frente a información que comprometa los intereses constitucionales protegidos." Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2019.*

19 *Ley 906 de 2004. Art. 212 B.*

20 *Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2019.*

21 *Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2019.*

22 *Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2008.*

9. La reserva sumarial

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ha precisado que la figura de la reserva sumarial, entendida como la confidencialidad de la información que deben guardar los sujetos procesales que intervienen en una actuación penal, tiene como objetivo garantizar que se den las condiciones adecuadas para el desarrollo de la investigación penal, respetando los principios de presunción de inocencia, buen nombre, publicidad y acceso a la información. Para tal efecto, dicha reserva se aplica a ciertas piezas y actuaciones procesales que pudieran vulnerar o afectar las garantías constitucionales, tanto del investigado como de la víctima. A su vez, la reserva encuentra límites en: el derecho de acceso a la información que tiene la ciudadanía, el que tienen los medios de comunicación a informar, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales y el de transparencia que debe caracterizar la actuación de los servidores públicos.[23]

De acuerdo con lo anterior, reitera la Corporación que la reserva del proceso penal no es absoluta, dado que los derechos del indiciado o procesado se deben valorar manteniendo un equilibrio de proporcionalidad y razonabilidad con los principios de publicidad y de acceso a la información de las actuaciones judiciales.[24] Adicionalmente, se destaca que la reserva del proceso penal tampoco podría ser absoluta por el interés público y la relevancia que tienen algunas de las investigaciones adelantadas. Este es el caso, por ejemplo, de la investigación de la corrupción, que tiene impactos sobre la sociedad general y es de interés de la colectividad. La transparencia en este tipo de investigaciones es fundamental, pues sólo así se logra obtener la verdad y se abre el camino a una reparación integral de las víctimas individuales y colectivas de este fenómeno.

Algunos ejemplos de información que no puede ser reservada

- Órdenes de archivo.[25]
- Información sobre el inicio de la indagación. (Art. 267, Ley 906 de 2004)
- Condiciones bajo las cuáles se realiza un allanamiento y argumentos del juez de control de garantías en la revisión de legalidad de la actuación. (Art. 238, Ley 906 de 2004)

23 *Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Radicación No. 110010102000201901283 00, febrero de 2023, MP Julio Andrés Sampedro Arrubla.*

24 *Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Radicación No. 110010102000201901283 00, febrero de 2023, MP Julio Andrés Sampedro Arrubla.*

25 *Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005.*

10. ¿Qué elementos debe tener en cuenta la Fiscalía General de la Nación para decidir si proporciona el acceso a la información?[26].

- **Calidad del sujeto indiciado:** Identificación de si se trata de un sujeto que ejerce funciones públicas, es una figura pública o una persona privada.
- **Calidad del sujeto solicitante:** Considerar si el solicitante es una persona que actúa en favor del interés general. El ejemplo por excelencia son los periodistas y medios de comunicación, aunque dentro de esta categoría se incluyen también organizaciones de la sociedad civil[27].
- **Naturaleza del delito:** Tener en cuenta la gravedad del delito, la afectación a la intimidad de las víctimas, el impacto del delito en sujetos individuales o colectivos, entre otros, así como el interés que suscita el delito en la sociedad.
- **Existencia de víctimas colectivas del delito:** Si se trata de delitos que afectan el patrimonio público, la sociedad se puede constituir en víctima colectiva del mismo.
- **Tipo de información que se pretende reservar:** Definir cuál es la naturaleza de la información y cuál es su relevancia pública. Allí, considerar la importancia para la sociedad de que la información sea revelada.
- **Etapa procesal:** Este factor es relevante por cuanto la información durante la etapa de indagación, por ejemplo, recibe un mayor nivel de protección. Por el contrario, después de dictada la sentencia, e incluso después de la imputación, la información tiene menos posibilidades de ser reservada.
- **Grado de afectación** a la libertad de información, prensa y acceso a la información, principio de publicidad de las actuaciones judiciales y principio de transparencia de la actuación de los servidores públicos.
- **Violación a los derechos humanos:** Valoración sobre la posibilidad de que la conducta que se investiga conlleve la violación a los derechos humanos de una o varias víctimas individuales o colectivas.

11. Medidas alternativas a la reserva de la información

La Corte Constitucional ha indicado que, en aras de respetar el principio de publicidad, es necesario evaluar si existen medidas alternativas que eviten la afectación a los derechos que colisionan con el acceso a la información, para así evitar la reserva absoluta de la información. Sobre el particular, la Ley 906 de 2004 prevé alternativas como: (i) limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa (Art. 150, 151); (ii) imposición a los presentes en la audiencia del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben (Art. 150, 152); o (iii) prohibición de fotografiar o captar imágenes de testigos (art. 152A).

26 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*
27 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*

En desarrollo de estas provisiones, en la jurisprudencia se han destacado como alternativas: desconcentrar audiencias, dar acceso total o parcial a grabaciones de audiencias, publicar comunicados de prensa, celebrar ruedas de prensa, restringir el ingreso de medios de captación de imágenes[28], entre otros.

12. En qué casos se debería ponderar especialmente en favor del acceso a la información pública

Las excepciones de acceso a la información contenidas en la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública no aplican en la investigación de casos de **violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad**, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones. (Art. 21, Ley 1712 de 2014). En este sentido, en aquellos casos en que la corrupción[29] derive en la violación directa de derechos humanos existe esta prohibición de reserva y se debe divulgar la información.

Asimismo, se destaca que en el artículo 28 de la Ley Modelo Interamericana para el Acceso a la Información 2.0. de la OEA (Organización de Estados Americanos), que sirve como criterio auxiliar para interpretar nuestra ley, se establece que las excepciones para la entrega de información no pueden ser aplicadas cuando se trata de información relacionada con **actos de corrupción de funcionarios públicos[30].**

Nota: El artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 es especialmente aplicable a documentos de inteligencia y contrainteligencia[31].

Teniendo esto en cuenta, consideramos que se debería ponderar en favor del acceso a la información en investigaciones que involucren, por ejemplo:

- Violaciones de derechos humanos por uso abusivo de la fuerza del Estado
- Actos de corrupción de funcionarios públicos
- Manejos indebidos de recursos públicos
- Alteraciones indebidas en la prestación de servicios públicos que hayan derivado en graves afectaciones a derechos como la salud, vida o educación
- Casos de corrupción de alto impacto

28 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*

29 *En este acápite nos centramos especialmente en los casos de corrupción por ser el foco de este manual. No obstante, en todos aquellos casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad aplican las mismas reglas.*

30 *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a Información Pública. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica.pdf*

31 *Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2018.*

13. El test de daño

Como ya se ha mencionado, quien niega la información además de fundamentarse en una excepción legal, debe también demostrar que su revelación causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.

¿Qué es un daño presente, probable y específico?

"Se entenderá que el daño es presente siempre que no sea remoto ni eventual; probable cuando existan las circunstancias que harían posible su materialización; y específico solo si puede individualizarse y no se trate de una afectación genérica"[32].

En sentencia C-274 de 2013, la Corte Constitucional determinó que los adjetivos del daño, es decir, que sea presente, probable y específico eran compatibles con los estándares constitucionales, pues eran lo suficientemente claros y concretos[33].

¿Cómo se ve esto aplicado en un caso concreto?

En sentencia T-067 de 2025 la Corte Constitucional estudió una acción de tutela formulada por un ciudadano en contra de la Agencia Nacional Digital (AND) luego de que esta le hubiese negado el acceso al código fuente de la aplicación CoronApp. En esa decisión, la Corte amparó el derecho del ciudadano a acceder a información pública y determinó que la AND había errado por no demostrar que revelar la información causaría un daño presente, probable y específico.

En efecto, a pesar de que la AND afirmaba que si se proporcionaba acceso al código fuente se ponían en riesgo los datos recolectados, pudiendo ser utilizados de forma maliciosa o aprovechados por terceros sin autorización, esta no explicó "en qué manera se generaría de forma inmediata y certera el daño"[34]. Por el contrario, en criterio de la Corte la justificación proporcionada aludía a una circunstancia eventual y poco probable. Tan cierto es lo anterior, que la AND reconoció que existían medidas de mitigación del riesgo que permitían revelar la información del código fuente, mientras también se protegía la seguridad de los datos personales recolectados.

Expertos que estudiaron el caso, también demostraron que los riesgos alegados por la AND existían incluso sin la revelación del código fuente; y que técnicamente los datos debían ser almacenados de forma independiente, por lo que la revelación del código no constituía un daño real para los datos.

Así las cosas, la Corte insistió en que se trataba de un riesgo hipotético, además de mitigable y ordenó entregar la información.

32 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*
33 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
34 *Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 2025.*

¿Quién aplica el test de daño?

En la práctica, los encargados de aplicar este test son los Fiscales Delegados, quienes deciden qué información entregar sobre cada caso, y los demás funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que resuelven solicitudes de acceso a información.

Con el objetivo de que los funcionarios que resuelven las solicitudes de acceso a información puedan aplicar los principios constitucionales que resuelven tensiones entre el acceso a la información y otros derechos, es indispensable que se les proteja en todos aquellos casos en que han decidido de buena fe en favor de la entrega de la información[35]. En efecto, a los "funcionarios públicos que facilitan información confidencial sobre violaciones de la ley o actuaciones indebidas de los organismos públicos, casos graves de corrupción, amenazas graves a la salud, la seguridad y el medio ambiente o violaciones de los derechos humanos o el derecho humanitario deberán gozar de protección frente a posibles sanciones jurídicas, administrativas o laborales"[36].

De lo contrario, hay un estímulo negativo para estos funcionarios, quienes tienen más miedo de entregar información reservada, que de no garantizar el derecho fundamental al acceso a la información.

35 *Actualmente entran en tensión las disposiciones del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019) que obligan a responder las peticiones y solicitudes de información y a cumplir leyes y sentencias judiciales, a la vez que exigen proteger la información reservada. Estas tensiones podrían ser resueltas con las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria consagradas en el artículo 31 literales (3) y (5), pero aun así no hay suficiente seguridad para los funcionarios públicos que les permita tener certeza de la resolución de procesos disciplinarios en su favor cuando actúan de buena fe y, especialmente, respecto a casos de corrupción. Es por ello, que se recomienda a la Fiscalía General de la Nación establecer unos criterios claros de respuestas a solicitudes de información, de tal manera que los funcionarios cuenten con pre-modelos, tests, estándares y ejemplos concretos de aquellas respuestas que pueden brindar y que están alineadas con la transparencia y el respeto por otros derechos fundamentales. Esto brindará una mayor seguridad jurídica a los funcionarios, quienes podrán optar por caminos pro transparencia. A continuación, se transcriben las normas de la Ley 1952 de 2019 más relevantes para este análisis:*
"ARTÍCULO 38. Deberes. Son deberes de todo servidor público:
1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.
5. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.
6. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos.
*"ARTÍCULO 39. **Prohibiciones**. A todo servidor público le está prohibido:*
8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento.
12. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.
21. Dar lugar al acceso o exhibir expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas."
"ARTÍCULO 31. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando la conducta se realice
3. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
5. Para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad."

36 *Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/68/362. 4 de septiembre de 2013.*

Otros ejemplos en que la Corte Constitucional ha exigido a sujetos obligados la aplicación del test del daño

- En un caso en que se solicitó información académica de funcionarios públicos a distintas facultades de una universidad colombiana, la Corte Constitucional criticó la negativa de la universidad a proporcionar la información. Según su criterio, se trató de una decisión apresurada en que no se acreditó que el daño que se podía causar a los titulares con la divulgación de la información fuese sustancial, y no ínfimo. Adicionalmente, tampoco se analizó el potencial daño ni la magnitud del mismo[37].

- En un caso en que la FLIP (Fundación para la Libertad de Prensa) solicitó a la Fiscalía General de la Nación conocer información sobre las denuncias instauradas por un reconocido abogado en contra de periodistas por los delitos de injuria y calumnia la Corte Constitucional consideró que la Fiscalía había errado al no demostrar "por qué la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información, por lo que tampoco motivó de manera adecuada su decisión, lo cual implicaba exponer, con los debidos soportes, en qué casos aún no se ha hecho efectiva la medida de aseguramiento"[38].

    - ¿Qué debió haber considerado la Fiscalía según el criterio de la Corte? Debió haber demostrado que la reserva de la información obedecía a un fin constitucionalmente legítimo, importante e imperioso, es decir, que la revelación producía un daño real, probable y específico en contra de la intimidad del abogado. Asimismo, debió considerar que es posible revelar información de la actuación penal por motivos de interés general (Art. 212 B, Ley 906 de 2004) y que, en este caso, el reconocido abogado era una figura pública que lo convierte en interés general[39].

    - En este caso, aunque la Fiscalía alegó reserva sobre toda la información en fase de indagación, la Corte Constitucional determinó que datos como la cantidad o el número de denuncias instauradas por el reconocido abogado, por los delitos de injuria y calumnia en contra de periodistas; la fecha de la denuncia; y el estado procesal de la misma podían ser considerados datos estadísticos que en ausencia de daño demostrado debían entregarse.

37 *Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 2024.*
38 *Corte Constitucional, Sentencia T-330 de 2021.*
39 *Corte Constitucional, Sentencia T-330 de 2021.*

- En un caso en que un juez negó el acceso a audiencias penales en que un ex director de una cárcel era investigado por delitos asociados con corrupción, la Corte Constitucional consideró que la decisión de reserva de las audiencias omitió por completo el análisis de necesidad. A criterio de esta Corte, de haber aplicado el test, el juez hubiese encontrado que existía un interés general en conocer las audiencias preliminares, con el fin de garantizar control político o social de los ciudadanos respecto del funcionamiento de la administración pública y de la conducta de funcionarios involucrados en corrupción[40].

14. Reglas específicas sobre acceso a las audiencias penales preliminares

- **Como regla general,** la presencia de periodistas y medios de comunicación en audiencias preliminares, así como el acceso a registros sobre las mismas, están cobijadas por las libertades de expresión y de prensa. Lo anterior, por cuanto la administración de justicia, la rendición de cuentas y la vigilancia de los fondos públicos son asuntos de interés general[41].
- La publicidad de las actuaciones judiciales penales es una garantía de las sociedades democráticas que permite ejercer control ciudadano y promueve el debate sobre asuntos de interés público[42].
- Las limitaciones, según cortes de derechos humanos y derecho comparado, deben atender a los principios de (i) legalidad -con fundamento en una disposición legal-, (ii) razonabilidad -perseguir un fin constitucionalmente legítimo y motivado en el caso concreto-, (iii) necesidad -analizar medidas alternativas- y (iv) proporcionalidad -grado de satisfacción del principio justifica el grado de afectación-[43].

40 *Corte Constitucional, Sentencia SU -141 de 2020.*
41 *Corte Constitucional, Sentencia SU-141 de 2020.*
42 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
43 *Corte Constitucional, Sentencia SU -141 de 2020.*

15. Síntesis: Requisitos para reservar información

Armonizando las normas penales con la Ley de acceso a información pública y la jurisprudencia, se concluye que para reservar información la Fiscalía debería agotar los siguientes pasos:

Paso 1. Presentar norma legal o constitucional que permite la reserva. (Remitirse al acápite (III) (7) de este manual en que se compilan normas que autorizan la reserva de información)

Paso 2. Identificar la excepción contenida en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014.

Paso 3. Demostrar que la divulgación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información (Remitirse al acápite (III) (13) de este manual en que se compilan normas sobre el test de daño y a los acápites (IV) (1) (2) (3) en que se presentan criterios para resolver tensiones entre el acceso a la información pública y otros derechos).

La necesidad de aplicar el test de daño deriva de la aplicación del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, según el cual el sujeto obligado "debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente".

Paso 4. Evaluar las medidas menos restrictivas al acceso a la información para reservar. (Remitirse al acápite (III) (11) de este manual en que se compilan normas sobre las medidas alternativas a la reserva total de la información).

Así las cosas, una decisión de reserva de información por parte de la Fiscalía debería seguir siempre la siguiente fórmula:

IV.

ALGUNAS TENSIONES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CON OTROS DERECHOS

1. Tensión con el derecho al habeas data

El derecho al habeas data es aquel que tiene toda persona de conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ella en archivos y bancos de datos de naturaleza pública o privada.[44] Este es uno de los derechos que más frecuentemente se alega vulnerado o amenazado con la entrega de información pública. Lo anterior, por cuanto se alega que, en algunos casos, dentro de la información pública que se divulga están también contenidos datos privados, semiprivados o sensibles de las personas. En este sentido, no es extraño que los titulares de los datos, o incluso los sujetos obligados, se opongan a la entrega de información por considerar que el derecho al habeas data se encuentra en riesgo.

La tensión entre estos derechos se acentúa por los principios que los rigen. Por un lado, la circulación restringida de los datos personales que no son públicos y, por el otro, la regla general de publicidad que atraviesa el derecho de acceso a la información pública. Así, mientras que en el derecho de acceso a la información se asume que toda información producida por sujetos obligados es pública, en el habeas data toda información se predica como privada y secreta, salvo lo "designado como público por su naturaleza o por designación legal"[45].

Los datos personales se pueden clasificar dentro de las siguientes categorías:

- **Datos públicos:** son aquellos que no son privados, semiprivados, o sensibles.
  - **Ejemplos:** Son ejemplos de datos públicos "los documentos públicos, las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia"[46].
- **Datos semiprivados:** aquellos que no tienen naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector, o grupo de personas o a la sociedad en general.
  - **Ejemplos:** Datos financieros, crediticios, registro de antecedentes judiciales, entre otros[47].
- **Datos privados:** datos que por su naturaleza íntima o reservada sólo son relevantes para su titular.

44 *Ley 1581 de 2012, Art. 1.*
45 *Newman, Vivian. Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público. 2015. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_699.pdf*
46 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
47 *Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 2024.*

- **Ejemplos:** Datos obtenidos en razón a la inspección del domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetos a reserva[48], entre otros.

- **Datos sensibles:** datos que afectan en mayor medida la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar discriminación en su contra.

  - **Ejemplos:** Datos biométricos, datos relacionados con la salud, datos sobre convicciones religiosas o preferencia sexual de las personas, entre otros.

Y las órdenes de captura… ¿Qué tipo de datos contienen?

Según ha desarrollado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, la orden de captura es una providencia judicial que contiene datos:

> "(i) relacionados con la investigación penal, específicamente la descripción del motivo por el cual se libra la orden, es decir, si se trata de una condena penal o una medida de aseguramiento,
> (ii) la identidad del sujeto indiciado o imputado, como su nombre y número de cédula,
> (iii) la conducta por la cual se adelanta la investigación en el caso de la imposición de una medida de aseguramiento, o el delito por el cual fue condenado en caso de que exista un pronunciamiento que defina su responsabilidad,
> (iv) la fecha de los hechos y
> (v) el fiscal que dirige la investigación y/o el juez que ordena la captura"[49].

De acuerdo con la interpretación de la Corte,[50] estos datos son públicos y no clasificados. En este sentido, se trata de una providencia judicial que no es reservada, pues no tiene la potencialidad de afectar el núcleo esencial de los derechos a la vida, la intimidad, la salud, el habeas data o la seguridad del titular.

Ahora bien, se aclara que para no afectar el curso del proceso penal, es posible que sea necesario mantener la orden de captura reservada hasta que esta se haga efectiva, pues es necesario evitar riesgos de fuga.[51]

48 *Corte Constitucional, Sentencia SU-139 de 2021.*
49 *Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2019.*
50 *Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2019.*
51 *Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP3796 de 2022.*

Datos semiprivados

Si bien los datos semiprivados, en principio, tienen una circulación restringida, esto no quiere decir que haya una prohibición absoluta para su acceso. Por el contrario, según la Corte Constitucional, para resolver la tensión entre el derecho al habeas data y el derecho al acceso a la información pública es necesario aplicar el siguiente test de ponderación que consta de tres pasos[52]:

I. **Determinar el impacto que el acceso a la información puede tener sobre los derechos a habeas data y a la intimidad**

Para ello es importante considerar que la información semiprivada no tiene una protección reforzada, como sí la tienen los datos sensibles, precisamente porque esta información no afecta el núcleo esencial de la intimidad de las personas. Por esta razón, este tipo de información es susceptible de ser revelada cuando las circunstancias del caso lo justifican.

II. **Definir el alcance o nivel de protección adecuado para el derecho de acceso a información en el caso concreto**

Para definir el alcance de la protección es necesario hacerse tres preguntas concretas: (i) cuáles son las características del titular de la información, (ii) cuál es la actividad que ejerce el solicitante y (iii) qué relevancia pública tiene la información.

i) **¿Quién es el titular del dato?** Al responder esta pregunta es necesario considerar si se trata de:

- Un funcionario público de elección popular, que “busca la confianza del ciudadano para representarlos y está expuesto a la vigilancia del público”[53] y cuya expectativa de privacidad es inferior que la de una persona privada[54]. En estos casos, es evidente que la balanza se inclina hacia la entrega de la información.

  - La Corte IDH se ha referido sobre este punto indicando que esta diferenciación en la protección de los funcionarios públicos se fundamenta en el interés público de las actividades que realizan, que requieren de transparencia y rendición de cuentas[55].

52 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
53 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
54 *Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013.*
55 *Corte IDH. Kimel v. Argentina.*

- Una persona privada, cuya vida no incumbe a nadie por regla general.
- Una persona en el intermedio, donde se ubican "aquellos particulares que optan por participar activamente en la vida pública, como artistas, deportistas, líderes gremiales y sindicales, así como los funcionarios públicos que no se eligen por voto popular. En estos casos, se trata de personas cuyas actividades tienen impacto en el interés general, por lo que el nivel de protección a su intimidad se reduce gradualmente"[56].

ii) **¿Quién es el solicitante? ¿Qué actividades ejerce?** Al responder esta pregunta se debe tener en cuenta si el solicitante es una persona que actúa en favor del interés general. En este sentido, si se trata de una persona que lleva a cabo "investigaciones que considere necesarias para el fortalecimiento de la opinión pública y la veeduría ciudadana"[57], se le debe garantizar una protección reforzada a ese solicitante.

- El ejemplo por excelencia de sujetos con protección reforzada son los periodistas que tienen un interés legítimo en informar sobre un asunto de interés público[58]. No obstante, dentro de esta categoría también se incluye, por ejemplo, a investigadores y miembros de organizaciones de la sociedad civil.

iii) **¿Cuál es la relevancia pública de la información?** Al responder esta pregunta se debe considerar si el acceso a la información persigue fines constitucionales legítimos y/o tiene relevancia social[59]. En este sentido, se debe evaluar si el "hecho o acto que se pretende divulgar tiene relación con esa determinada actividad o característica de ser un personaje público"[60].

- **Ejemplo.** Información sobre el estatus académico de funcionarios públicos o aspirantes a cargos públicos puede ofrecer información importante sobre la idoneidad profesional y ser una herramienta útil para el ejercicio del control social al poder público[61].

56 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
57 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
58 *Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 2024.*
59 *Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 2024.*
60 *Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2024.*
61 *Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 2024.*

Y si aplicamos este test a casos de corrupción… ¿Qué consideraciones especiales tendríamos?

- Que usualmente cuando se trata de corrupción estatal los titulares de los datos suelen ser funcionarios o exfuncionarios públicos que deben soportar un alto nivel de escrutinio sobre su vida; o se trata de privados asociados a dineros públicos, prestación de servicios públicos o cumplimiento de funciones públicas.
- Que la información relacionada con casos ciertos o posibles de corrupción tiene una altísima relevancia pública, pues supone el control sobre recursos públicos y el cuidado de la moralidad administrativa.
- Que usualmente quienes buscan acceder a información relacionada con casos de corrupción son personas que están buscando ejercer control y veeduría ciudadana, o informar a la población sobre un fenómeno de interés público.
- Que al ser la corrupción un comportamiento social que se enmarca al menos en los delitos contra el patrimonio público, la sociedad se convierte en víctima colectiva del mismo y su participación en la investigación debe ser tenida en cuenta desde la fase de indagación del delito.

Así las cosas, es claro que en casos de corrupción estatal la balanza se inclina hacia la revelación de la información.

III. Ponderar el grado de protección de ambos derechos y determinar si acceder a la información, en el caso particular, es más relevante que proteger el habeas data

En este punto se debe hacer uso de los análisis realizados en los dos pasos anteriores para compararlos entre ellos y determinar cuál de los dos derechos debe prevalecer en cada caso.

¿Qué otras alternativas ofrece la Ley 1712 de 2014 para resolver la tensión entre estos dos derechos?

Luego de hacer el test de daño y ponderar el grado de protección de ambos derechos, se puede ofrecer una solución que armonice los principios consagrados en ambos derechos en tensión: la divulgación parcial es una de las herramientas que prevé la ley.

Esta presupone que cuando la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción de la ley, "debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable"[62].

Con la aplicación de esta disposición es posible que el sujeto obligado publique un documento, haciendo uso de herramientas de anonimización o de supresión de datos personales. Así, armoniza por lo menos "i) el principio de circulación restringida, según el cual los datos personales, salvo la información pública, no podrán ser accesibles por Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o los usuarios autorizados; ii) el principio de máxima publicidad para titular universal; iii) el principio según el cual la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia"[63].

2. Tensión con la seguridad nacional

Una de las causales usadas frecuentemente para restringir el acceso a la información es la protección de la seguridad nacional[64]. Si bien este concepto es amplio, se ha entendido que se refiere al "objetivo de proteger a pueblo (incluidos sus derechos humanos[65]) y territorio tanto en oposición al enemigo externo o internacional como a los propios enemigos domésticos o nacionales"[66]. Esta excepción a la entrega de información es especialmente usada por la Fuerza Pública. No obstante, consideramos pertinente realizar las siguientes consideraciones en relación con la posibilidad de la Fiscalía de usar esta excepción para reservar información:

- La revelación de información relacionada con un delito no puede depender de manera exclusiva "del órgano a cuyos miembros se les atribuye dicho ilícito"[67]. Por el contrario, en lo que concierne a las investigaciones de hechos punibles será muy relevante las decisiones que tome la Fiscalía General de la Nación, quien como se ha desarrollado en otros apartados de este manual está facultada a revelar información por motivos de interés general. En efecto, es importante diferenciar la investigación de hechos punibles que pudieron tener implicaciones en temas de seguridad nacional de la información que efectivamente se debe reservar para proteger la seguridad nacional. La información relativa a la investigación, se reitera,

62 *Ley 1712 de 2014, Art. 21.*

63 *Newman, Vivian. Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público. 2015. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_699.pdf*

64 *De hecho esa es una de las excepciones a la publicidad procesal previstas en el artículo 18 de la Ley 906 de 2004.*

65 *Ver práctica 1 de la Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión preparada por Martin Sheinin, Relator Especial de NNUU sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*

66 *Newman, Vivian y Uprimny Rodrigo. Sub-reglas para acceder o rechazar el acceso a la información judicial y de seguridad nacional. Sistematización de la jurisprudencia constitucional en Colombia (2006- 2012). 2013. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_301.pdf*

67 *Newman, Vivian y Uprimny Rodrigo. Sub-reglas para acceder o rechazar el acceso a la información judicial y de seguridad nacional. Sistematización de la jurisprudencia constitucional en Colombia (2006- 2012). 2013. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_301.pdf*
Esta excepción se basa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, concretamente, del caso Gomes Lund y otros vs. Brasil

es esencial -más aún si se trata de casos de corrupción-, pues "los intereses de la seguridad nacional se ven favorecidos en la práctica cuando la sociedad está debidamente informada sobre las actividades del Estado, incluidas aquellas llevadas adelante para resguardar la seguridad nacional."[68]

- La Fiscalía tiene un papel y una responsabilidad fundamental con la ciudadanía de informar sobre este tipo de casos y no reservar información injustificadamente.

Caso CAJAR vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos

En línea con lo anterior, se destaca que, en la reciente sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" (CAJAR) vs. Colombia, se determinó que la Fiscalía General de la Nación había vulnerado el derecho a participar en el proceso de los miembros del CAJAR, lo que configuró la violación del artículo 8.1 (garantías judiciales y debido proceso) de la Convención Americana. Esto por cuanto esta entidad negó a los miembros del CAJAR el acceso a actuaciones adelantadas por la Fiscalía como parte de la investigación de las actividades de inteligencia y perfilamiento emprendidas por el DAS en el año 2019.

La Fiscalía en ese caso fundamentó su negativa de entrega de información en que se encontraba en la fase de indagación preliminar y en que los documentos contenían información reservada. Al respecto, la Corte insistió en que el acceso al expediente por parte de las víctimas era necesario para garantizarles su debido proceso y puntualizó:

1. Que si bien "en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal para así garantizar la eficacia de la administración de justicia, en ningún caso puede invocarse dicha reserva para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal"[69].

68 *CIDH. Corrupción y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019.*

69 *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" (CAJAR) vs. Colombia, 2023. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_506_esp.pdf*

2. Que “lo mismo ocurre en torno a la reserva que pueda invocarse con base en motivos de seguridad nacional u otra categoría similar respecto de información que conste en las actuaciones, de manera que, en procura del derecho de las víctimas, la autoridad fiscal o judicial debe garantizar el acceso de estas al expediente, adoptando las medidas necesarias para evitar la difusión indebida de lo que obre en las diligencias”.

Este caso y las consideraciones de la Corte destacan el papel esencial que tiene la Fiscalía General de la Nación en la garantía del derecho de acceso a información. Asimismo, retrata cómo la excusa de la protección a la seguridad nacional no es óbice para el acceso de las víctimas a información esencial para la defensa de sus casos.

3. Tensión con el debido proceso

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental aplicable en todas las acciones judiciales y administrativas. Está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y comprende: el derecho a ser juzgado con base en leyes preexistentes, ante un juez competente, con respeto por formalidades procesales; el derecho a que en materia penal se aplique la ley más favorable; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a recibir asistencia de un abogado; el derecho a un juicio público y sin dilaciones; el derecho a presentar y controvertir pruebas; el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos y; el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

A partir de los elementos de este derecho y de la jurisprudencia que los desarrolla se desprenden algunas subreglas que permiten armonizar el derecho al debido proceso y el derecho al acceso a la información. Algunas de estas fueron sistematizadas en el documento “Sub-reglas para acceder o rechazar el acceso a la información judicial y de seguridad nacional. Sistematización de la jurisprudencia constitucional en Colombia” elaborado por investigadores de Dejusticia en el año 2013.[70] A continuación se presentan:

70 *Newman, Vivian y Uprimny Rodrigo. Sub-reglas para acceder o rechazar el acceso a la información judicial y de seguridad nacional. Sistematización de la jurisprudencia constitucional en Colombia (2006- 2012). 2013. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_301.pdf Esta excepción se basa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, concretamente, del caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*

El derecho a la verdad de la sociedad y la sociedad como víctima de la corrupción

Una de las finalidades que cumple el acceso a la información en el marco de los procesos penales es la de permitir a las víctimas participar en el proceso penal de manera informada, conocer el trámite de sus denuncias y también "acceder por su cuenta al contenido de la actuación, con el único propósito de corroborar o precisar el contenido de la información que previamente poseía"[71]. Esto forma parte de las garantías procesales medulares del proceso penal.

Por ello, la Corte Constitucional ha diferenciado entre las posibilidades de restricción de acceso a información, incluso en fase de indagación, respecto de la comunidad general y de las víctimas. Estas últimas, según la Corte, "pueden conocer las diligencias dirigidas a indagar sobre la verdad de lo sucedido para hacer eficaz la justicia del Estado"[72]. Esta posibilidad lo que busca, precisamente, es permitirles a las víctimas ejercer su derecho a la defensa -contenido dentro del derecho al debido proceso-, que depende en gran medida de su posibilidad de construcción de la verdad.

Justo en la fase de indagación la Corte Constitucional ha establecido que existe una "relación de interdependencia entre la Fiscalía y las víctimas"[73], puesto que en esta etapa la Fiscalía se acerca a los hechos penales relevantes al mismo tiempo que debe garantizar una participación efectiva de las víctimas. Con este propósito la Fiscalía debe mantener "una comunicación previa, constante y activa con las víctimas, a efectos de que puedan ejercer sus derechos de forma efectiva"[74]. Sobre este punto, se destaca que, aunque según el art. 340 del Código de Procedimiento Penal el reconocimiento formal de las víctimas ocurre en la audiencia de formulación de la imputación, ello no impide la participación y reconocimiento de las víctimas en etapas anteriores pues estas requieren, por ejemplo, acceder a información desde la indagación para garantizar el pleno ejercicio sus derechos[75].

En el caso de los procesos penales que se adelantan por la comisión de delitos en contra de la administración pública se protege un bien jurídico de naturaleza difusa que además se asocia a los bienes públicos y a los derechos e intereses difusos de la Constitución Política[76]. En estos casos y, especialmente, aquellos que involucran presuntos casos de corrupción la víctima es la sociedad. Esto por cuanto los hechos de

71 *Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2023.*
72 *Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008*
73 *Corte Constitucional, Sentencia T-374 de 2020.*
74 *Corte Constitucional, Sentencia T-374 de 2020.*
75 *La Rota, Miguel y Lalinde, Sebastián. Participación plural o colectiva de víctimas en el proceso penal Jurisprudencia constitucional. Dejusticia. 2012.*
76 *La sentencia C-569 de 2004 define los derechos difusos en función de las características de los bienes públicos: "Los intereses difusos y colectivos […] hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas…".*

macro corrupción generan un daño colectivo que no solo impacta a sujetos individuales sino también a una colectividad que tiene unos derechos como asociación. Estos derechos coinciden con el concepto de interés público y pueden incluir los "daños al medio ambiente, a la credibilidad de las instituciones o a derechos colectivos como la salud, la seguridad, la paz, la educación o la buena gobernanza"[77].

Si bien estos derechos colectivos son difusos, ello no quiere decir que cualquier grupo de personas pueda entenderse como víctima, por el contrario, su reconocimiento como tal en el proceso penal está subordinado "a que éstas hayan sufrido un daño como consecuencia del injusto, es decir, que hayan sido perjudicadas por la comisión de un delito, sin importar si son o no víctimas directas. Basta con que el injusto les haya ocasionado perjuicios ciertos, reales y concretos"[78].

Al entender a la sociedad como víctima de algunos delitos en contra de la administración pública que involucran posibles actos de corrupción el acceso a la información sobre las investigaciones en curso adquiere una mayor importancia y supone la necesidad de una mayor apertura que en los procesos penales en que las víctimas son sujetos individuales. En efecto, "la participación de víctimas en representación de intereses difusos en el proceso penal debe estimularse debido a que ella beneficia a toda una comunidad"[79]. En aras de garantizar el derecho a la verdad de la sociedad se hace necesario que tanto la Fiscalía, como lo jueces, permitan el acceso a la información de procesos penales de esta índole.

El acceso a la información durante la etapa de investigación y en el proceso penal cobra todavía una mayor relevancia si se considera que en el proceso penal, como está dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, las víctimas solo participan en el incidente de reparación que solo procede cuando hay condena, luego en ausencia de condena, no habrá reparación para un daño colectivo penal pues, "si el fallo es absolutorio, la víctima no tiene posibilidad real de hacer valer sus derechos"[80]. En este sentido, brindarles información en las etapas previas podría ser de las pocas formas de garantizarles su derecho al debido proceso y el camino para lograr una verdadera reparación integral para las víctimas de la corrupción.

77 *Good Practices in Identifying the Victims of Corruption and Parameters for their Compensation, Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016. (CAC/COSP/WG.2/2016/CRP.1)*

78 *La Rota, Miguel y Lalinde, Sebastián. Participación plural o colectiva de víctimas en el proceso penal Jurisprudencia constitucional. Dejusticia. 2012.*

79 *La Rota, Miguel y Lalinde, Sebastián. Participación plural o colectiva de víctimas en el proceso penal Jurisprudencia constitucional. Dejusticia. 2012.*

80 *Gaviria L., Vicente E. citado por Newman, Vivian. EL DAÑO COLECTIVO DE LA MACRO-CORRUPCIÓN DE ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA. 2024.*

¿Qué pasa con los expedientes penales?

De acuerdo con el artículo 123 del Código General del Proceso, los expedientes pueden ser examinados por las partes y sus apoderados, por abogados inscritos que no tengan la calidad de apoderados (previa notificación a la parte demandada), por los auxiliares de la justicia cuando lo requieren para su cargo, por funcionarios públicos en razón de su cargo, por personas autorizadas por el juez con fines de docencia o de investigación científica y por directores y miembros de consultorio jurídico.

En tanto la sociedad es representada en abstracto dentro de los procesos penales iniciados por delitos asociados con corrupción, pero no reconocida como parte, esta disposición ha sido usada en algunos casos[81] por jueces para negar el acceso a expedientes penales de casos de interés público por parte de periodistas y ciudadanos interesados.

No obstante, lo cierto es que para poder reservar estos expedientes los funcionarios judiciales tendrían que justificar también que la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público. En consecuencia, la simple existencia del artículo 123 del CGP no podría por sí misma justificar la aplicación de una regla de reserva de expedientes irrestricta. Asimismo, según sugiere este manual, para reservar expedientes los funcionarios deberían considerar otros factores como la calidad de los solicitantes o el interés público que les asiste al solicitar la información.

81 *Ver, por ejemplo, Decisión del 3 de noviembre de 2022, expedida por el Tribunal Superior de Valledupar, Sala Penal. (Rad.: 20001-2204-002-2022-00862-00)*

¿Cómo garantizar ese derecho a la verdad, como elemento del debido proceso, a la sociedad como víctima colectiva de la corrupción?

- Haciendo primar la publicidad, como regla general, en lo que respecta a la investigación de casos de macro corrupción.
- Proporcionando de manera activa a la sociedad macro datos sobre los avances en las investigaciones en casos de corrupción.
- Permitiendo que la sociedad conozca información sobre las acciones que adelanta la Fiscalía en la etapa de indagación en casos de macro corrupción, sin poner en riesgo el proyecto metodológico de la investigación. Es decir, lo que se pretende es que la ciudadanía conozca que la Fiscalía está efectivamente adelantando acciones para avanzar la acción penal en lo que concierne a la corrupción.
- Este punto es especialmente importante para poder hacer seguimiento a la gran cantidad de casos que permanecen en etapa de indagación durante muchos años. Frente a estos casos es relevante que la ciudadanía conozca que la Fiscalía adelanta acciones y labores, incluso si no puede acceder al detalle de estas.

Otras consideraciones: "No opera la negativa frente al acceso a información aportada como prueba en una investigación penal, pues no existe norma legal que la considere reservada para las víctimas del potencial crimen"[82].

Esta sub-regla se refiere a que el hecho de entregar determinada información a la Fiscalía para que sea tenida como prueba dentro de una investigación no es óbice para reservar esa información. Por el contrario, el acceso a esta información es en la mayoría de los casos primordial para las víctimas, quienes pueden ejercer su derecho al debido proceso haciendo uso de ella. Además, según ha respaldado la Corte el hecho de aportar información como prueba en el marco de un proceso penal no cambia su naturaleza[83].

82 *Newman, Vivian y Uprimny Rodrigo. Sub-reglas para acceder o rechazar el acceso a la información judicial y de seguridad nacional. Sistematización de la jurisprudencia constitucional en Colombia (2006- 2012). 2013. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_301.pdf*

83 *Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2010.*

V.

CONSECUENCIAS DE RETENER O DIVULGAR INJUSTIFICADAMENTE INFORMACIÓN PÚBLICA

Incumplir con las disposiciones legales y jurisprudenciales descritas en los acápites anteriores, y no entregar información pública, acarrea consecuencias de múltiples naturalezas. Dentro de ellas destacan:

1. Sanciones penales

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 1712 de 2014, cuando un sujeto obligado oculta, destruye o altera deliberadamente, de manera total o parcial, información pública que ha sido solicitada por un ciudadano, será sancionado en los términos del artículo 292 del Código Penal.

Ese artículo codifica el delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y sanciona a los funcionarios públicos que lo cometen, en ejercicio de sus funciones, con prisión de 48 a 180 meses, además de inhabilitación por el mismo periodo. Esta pena puede aumentar hasta la mitad cuando el documento es una pieza procesal de carácter judicial.

Por otra parte, el Código Penal también tipifica como un delito en su artículo 418 la revelación de documentos o noticias que los servidores públicos deben mantener en secreto o reserva. Plantea como sanciones la imposición de multas, la pérdida del cargo y, cuando la conducta genera perjuicios, la pena privativa de la libertad por hasta 54 meses y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

Un caso de sanción a una jueza por revelación de secreto…

En sentencia del 2 de noviembre de 2022, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia[84] en que confirmaba, aunque modificando la pena por no considerar configurado el agravante, una sentencia condenatoria emitida en contra de una Jueza Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó por la comisión del delito de revelación de documentos o noticias que debían ser mantenidas en secreto o reserva.

Los hechos del caso son relevantes para entender la forma en que se está sancionando en la práctica la comisión de este delito.

En ese caso, se encontró que una jueza había cometido una conducta punible en la medida en que había revelado a una amiga suya la emisión de una orden de captura en contra de un sujeto procesado por delitos de corrupción ocurridos en el Hospital San Francisco de Asís de Quibdó. Esto a pesar de que ella misma había sido la juez de instrucción en el caso y había establecido que la audiencia en que se dictó tal orden era una diligencia reservada, justamente por los riesgos que implicaba que se conociera esta orden de manera previa a la aprehensión y que los procesados pudieran evadir la justicia.

84 *Magistrada Ponente: Myriam Ávila Roldán, SP3796-2022, Radicación n.º 61872, CUI: 27001600110020170117602*

Su amiga reveló esta información a una de las personas en contra de quien se dirigía la orden de captura y esta persona se fugó.

La Corte encontró que la conducta de la jueza había sido contraría al derecho penal, puesto que había revelado información que sabía que era confidencial. No obstante, se decidió no agravar la conducta de la jueza por el daño generado a la eficaz impartición de justicia derivado de la fuga e imposibilidad de aprehensión del sujeto pues, según la Corte, la intención de la jueza nunca había sido facilitar tal situación y había sido su amiga quien había decidido transmitir esa información a quien debía ser capturado.[85]

2. Sanciones disciplinarias

Según la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, son deberes de los servidores públicos hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución (Art. 38, núm. 1) y evitar el ocultamiento o destrucción de la información a la que tienen acceso (Art. 38, núm. 6). Esto implica, que los funcionarios deben propender para que la información pública no se reserve de manera injustificada, ni se oculte a la ciudadanía.

Asimismo, los servidores públicos tienen prohibido “Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento” (Art. 39, núm. 8).

No obstante, el Código también prevé sanciones para quienes revelan información que viola la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción (Art. 55, núm. 1) y establece prohibiciones de dar acceso o exhibir

85 *Magistrada Ponente: Myriam Ávila Roldán, SP3796-2022, Radicación n.º 61872, CUI: 27001600110020170117602*

expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas (Art. 39, núm 18) o de proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no está facultado para ello (Art. 39, núm 30).

Todas estas disposiciones son complementarias entre sí en el sentido de prohibir retener información cuando deba ser pública, o divulgarla cuando es reservada. De acuerdo con la Ley 1952 de 2019, es información reservada únicamente la expresamente sometida a reserva por la Constitución o la ley.[86]

En consecuencia, siempre que los funcionarios puedan justificar la reserva de la información en una excepción legal, o sustentar la publicación de documentos en la no existencia de una reserva legal o constitucional, así como en la adecuada aplicación del test de daño, quedarán libres de toda sanción disciplinaria. Los casos contrarios, acarrearían consecuencias y podrían constituir faltas disciplinarias.

3. Órdenes constitucionales

Considerando que el acceso a la información pública es un derecho fundamental susceptible de ser protegido vía acción de tutela, los jueces constitucionales pueden conminar a los sujetos obligados a entregar información pública. Si dictada la orden de entrega de información el funcionario público se sigue resistiendo a proporcionarla se puede iniciar un incidente de desacato que puede terminar en la imposición de multas o en el arresto del funcionario público.

4. Consecuencias sociales

La no entrega de información pública, especialmente relacionada con casos de corrupción, genera también una pérdida de confianza y credibilidad en la labor que ejercen las entidades públicas. Esto genera un descontento general en la sociedad, como colectivo, y un debilitamiento del Estado de Derecho.

86 *Y en especial, la información protegida por el secreto comercial, la relacionada con la defensa o seguridad nacional, la amparada por el secreto profesional o la que involucra los derechos a la privacidad e intimidad de las personas.) (Art. 192).*

VI.

¿QUÉ ACCIONES SON NECESARIAS PARA FAVORECER EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CASOS EN QUE SE INVESTIGA LA CORRUPCIÓN?

1. Recomendaciones específicas

Actualmente, la Fiscalía General de la Nación cuenta con la Directiva No. 001 del 3 de enero de 2022 como instrumento para dictar lineamientos en materia de acceso a la información y derechos de petición. De esta Directiva resaltamos:

- Que el numeral III.4. establece como criterio de priorización para las respuestas a las peticiones, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 1755 de 2015, que la petición la haya formulado un periodista en el ejercicio de sus funciones.

  - **Recomendación:** Atendiendo a lo dispuesto en la Sentencia T-454 de 2024 sugerimos ampliar esta categoría de priorización a otros sujetos u organizaciones que demuestren someramente que trabajan por el interés público como organizaciones de la sociedad civil y académicos.

- En el numeral V.2.27. la Fiscalía establece lineamientos para el tratamiento de datos privados, semiprivados y sensibles indicando que “en las peticiones relacionadas con datos privados o sensibles, la información únicamente puede ser entregada a su titular o a quién éste autorice expresamente. Los datos semiprivados pueden ser entregados a una autoridad competente, exclusivamente para el cumplimiento de sus funciones y siempre que la entidad solicitante garantice que la información no se divulgará o publicará indiscriminadamente”.

  - **Recomendación:** Es necesario actualizar estas disposiciones incluidas en la Directiva, pues es evidente que estos lineamientos no corresponden con los avances jurisprudenciales sobre la materia, así como desconocen el art. 28 de la Ley 1712 de 2014. Esto por cuanto no es posible establecer una regla inmutable que permita privilegiar siempre la protección de los datos personales por encima del derecho al acceso a la información. Por el contrario, según se desarrolló en apartados anteriores de este manual, se debe aplicar el test de daño y hacer un ejercicio de ponderación en cada caso, para determinar si se debe priorizar el acceso a la información o la protección de los datos personales.

- En el numeral V.3.32 se establece que las “peticiones que se refieran a un aspecto relacionado con el desarrollo de una causa dentro de un proceso penal son improcedentes vía derecho de petición”, pues deberán ser formuladas dentro del trámite procesal correspondiente.

- **Recomendación:** Se recomienda reformular esta regla de tal manera que se tenga en cuenta que cuando las solicitudes de acceso a la información tienen un interés público, éstas sí deberían ser resueltas y con aplicación de un test de daño. Lo anterior, pues no es viable mediante una directiva modificar sub-reglas y principios de normas de superior jerarquía como la Ley 1712 de 2014 y la Ley 1755 de 2015, ambas leyes estatutarias.

- La directiva no incluye ninguna referencia a la obligación de aplicar el test de daño (art. 28, Ley 1712 de 2014) cuando se está denegando el acceso a información. Esta omisión es de especial gravedad, pues esta es una de las garantías con las que cuenta la ciudadanía para el ejercicio de su derecho fundamental al acceso a la información pública.

  - **Recomendación:** Modificar la Directiva de tal manera que se incluya una referencia específica a la obligación de aplicar el test de daño contenido en el art. 28 de la Ley 1712 de 2014. Además, se sugiere incluir los desarrollos jurisprudenciales que han existido en relación con la aplicación de este test y que se incluyen en este manual.

Con el objetivo de que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación tengan suficientes herramientas y conocimientos legales para la resolución de solicitudes de acceso a la información se hace necesario hacer una unificación de criterios y una capacitación sobre los mismos.

2. Recomendaciones generales

Sobre transparencia pasiva

- Institucionalizar la aplicación del test de daño en cada una de las respuestas brindadas a solicitudes de información en que se decida negar el acceso a la información pública. Esto implica demostrar que revelar la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público. Para lograr esta institucionalización se requiere de un proceso de capacitación a todos los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que den respuesta a solicitudes de acceso a información y el establecimiento de lineamientos claros, concisos y unificados sobre cómo aplicar el test.
- Utilizar herramientas alternativas a la reserva, como la anonimización de los datos[87], la prohibición de fotografiar o grabar en audiencias[88], entre otras, para favorecer el principio de publicidad como regla general.

87 *Ver Art. 21., Ley 1712 de 2014.*
88 *Ver: Art. 152 A, Ley 906 de 2004) (Corte Constitucional y Sentencia SU-141 de 2020).*

- Garantizar la protección de los funcionarios que, actuando de buena fe, deciden revelar información, especialmente cuando la información corresponde a casos de corrupción. Esto se podría hacer a través de la inclusión de una disposición explícita en el Código Disciplinario Único favoreciendo a los funcionarios que actúan de buena fe en esos casos, o por medio de interpretaciones de las normas ya existentes que sean favorables para éstos. En cualquier caso, lo que se busca es blindar a los funcionarios públicos que actúan de buena fe en contra de posibles sanciones derivadas de la entrega de la información.
- Ponderar en favor del acceso a la información pública relevante cuando se esté en tensión con el derecho al habeas data, pero se trate de un caso de corrupción en que están involucrados funcionarios públicos.
- Unificar los criterios utilizados para determinar cuándo se entrega la información solicitada y cuándo no, de tal manera que los Fiscales delegados actúen de manera uniforme en lo que respecta a la garantía del derecho de acceso a la información y tengan una mayor seguridad jurídica en eventuales procesos disciplinarios. Al desarrollar los criterios se recomienda incluir pre-modelos, tests, estándares, y ejemplos concretos de aquellas respuestas que pueden brindar y que están alineadas con la transparencia y el respeto por otros derechos fundamentales.
- Promover desde la formación y el ejemplo de altos cargos un cambio cultural entre los funcionarios de la entidad, de tal manera que se fortalezca la percepción de que la información es pública cuando no existe reserva -legal o constitucional- o no se supera el test de daño y se fomente una cultura de la transparencia.[89]

Sobre transparencia activa

- Establecer canales de comunicación claros y accesibles, donde la ciudadanía pueda consultar información periódica, respetando siempre los límites legales sobre la reserva de información.
- Garantizar la calidad y actualización de la información publicada a través de los canales de comunicación, los cuales deben mantener información clara, precisa y actualizada sobre el progreso de las investigaciones. Esto debe hacerse de manera constante, asegurando que los datos sean accesibles y comprensibles para la ciudadanía.
- Promover de manera proactiva la publicación de información relacionada con el avance investigativo y/o procesal de los casos de macro corrupción. Esto con el objetivo de mantener a las víctimas individuales y colectivas informadas, garantizándoles el debido proceso y el derecho a la verdad.
- Publicar proactivamente las cifras disponibles sobre las noticias criminales activas y

89 *Recientemente, medios de comunicación reportaron que la Fiscalía envió por correo electrónico un boletín interno a sus funcionarios recordándoles que "A todo servidor le está prohibido proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo" y disuadiéndolos de entregar información confidencial a los medios. Nos parece esencial que en ese tipo de comunicaciones se clarifique que se refieren a la difusión irregular de información, pero que promueven la apertura y la transparencia en respuestas a solicitudes de información justificadas y legalmente viables. Ver noticia en: https://www.semana.com/confidenciales/articulo/la-particular-advertencia-de-la-fiscalia-a-sus-funcionarios-les-esta-prohibido/202534/*

los estados de cada una de ellas en investigaciones de corrupción, para permitir a la ciudadanía estar informada sobre los avances en ellas.

- Publicar proactivamente las cifras disponibles sobre número de imputaciones por cada noticia criminal, número de noticias criminales que ingresan por año por delitos asociados con la corrupción, número de archivos de casos por delitos asociados con la corrupción, número de preacuerdos celebrados en casos por delitos asociados con la corrupción, o cualquier otra información relativa a la terminación de procesos de investigación de la corrupción.
- Abstenerse de reducir el nivel de información publicada proactivamente, de tal manera que no se desmejore la garantía del derecho de acceso a la información pública, bien sea por un cambio de Fiscal o por cualquier otra causa.
- Actualizar proactiva y periódicamente la información contenida en la plataforma SPOA y permitir el acceso a toda la información del proceso que no sea de carácter reservado. Se recomienda hacer una analogía con lo que antes era la carátula del proceso, que era pública en todos los casos. Sobre este punto se reconocen los esfuerzos de la actual Fiscalía por modernizar esta plataforma e incluir nuevos datos de las investigaciones y procesos penales.

Sobre el trato especial en cuanto acceso a información pública de casos de corrupción

- Incorporar el concepto de sociedad como víctima de delitos de corrupción para sensibilizar a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación de la importancia de la centralidad de las víctimas en casos de corrupción y de proporcionar información sobre estos casos.
- Tener presente que en investigaciones de corrupción que involucran violaciones directas a derechos humanos se debe privilegiar especialmente el acceso a la información pública.
- Informar a la ciudadanía sobre cuál será el reemplazo de la figura de la tasa de esclarecimiento y cuál será la metodología de medición.

V. Anexo I

APLICACIÓN DE LAS REGLAS A UN CASO HIPOTÉTICO[90]

90 *Para efectos de aplicar estas normas a un caso real solicitamos a la Fiscalía que nos proporcionara de forma anonimizada algún caso de la vida real en que se presentaran tensiones para la entrega de información. No obstante, no pudimos acceder a ningún caso y por esa razón decidimos incluir un caso hipotético.*

Con el propósito de ilustrar cómo se debería aplicar el test de daño para reservar información en el marco de una investigación penal por corrupción, hemos creado y resuelto un caso hipotético frente al cual se realizan solicitudes de acceso a información hipotéticas. Aunque en la práctica si no se encuentra ningún sustento normativo que justifique la reserva se debería proceder a entregar la información, para efectos formativos aplicaremos el test de daño en todos los casos.

Supongamos que la Fiscalía General de la Nación está adelantando, hace cuatro años, una investigación por un caso de macro-corrupción en el sector salud. Los hechos del caso se resumen en que cerca de 3500 IPS del país facturaron con sobre costos, de casi del doble del valor real, procedimientos de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) realizados durante tres años en sus instalaciones. El valor sobre facturado equivalía a casi doscientos cincuenta mil millones de pesos y había sido utilizado irregularmente para financiar campañas electorales de gobernadores regionales en distintas zonas del país.

En medio de la investigación la Fiscalía General de la Nación recibe una solicitud de acceso a información elevada por DECA, una organización de la sociedad civil reconocida por su trabajo en temas de corrupción en el sector salud. En la solicitud se pide la siguiente información: (1) la lista de los nombres de las mujeres que recibieron la prestación del servicio de IVE, para poder verificar el número de pacientes a las que se les realizó el procedimiento, (2) la indicación de las acciones que habían sido adelantadas por la Fiscalía en el último año en cuanto al proceso penal iniciado en contra de dos funcionarios públicos investigados, ya que no existían actualizaciones en el SPOA desde hace un año y medio, y (3) el Código Único de la Investigación (CUI) adelantada en contra de otro funcionario público por estos hechos y cuyo caso se ha seguido nacionalmente por prensa.

Para decidir si entregar o no la información, la Fiscalía debe seguir la fórmula que hemos señalado anteriormente:

SOLICITUD (1): lista de los nombres de las mujeres que recibieron la prestación del servicio de IVE, para poder verificar el número de pacientes a las que se les realizó el procedimiento.

I. Presentar norma legal o constitucional que permite la reserva

El Artículo 4, literal h, Ley 1581 de 2012, dispone que hay un principio de confidencialidad, según el cual “todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a

garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma".

II. Identificar la excepción contenida en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014

El Artículo 18, literal a, Ley 1712 de 2014 establece que es información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas aquella cuyo acceso pudiere causar un daño al derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

III. Demostrar que la divulgación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información (Test de daño)

Partimos de la base de que los datos personales relativos a la salud sexual y reproductiva de las personas constituye un dato sensible, pues se considera que son datos que que afectan en mayor medida la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar discriminación en su contra. En este sentido, estos datos gozan de una protección reforzada que hace más exigente su revelación.

Revelar la información de los nombres de las mujeres a quienes se les practicó el procedimiento de la IVE causaría un daño presente -es decir, inmediato, pues la intimidad de las mujeres sobre las que se conociera que se practicaron la IVE se vería vulnerada desde el momento de la revelación-, probable -pues, es altamente posible que una vez divulgada esa información, esta quede de libre acceso a medios de comunicación y otros- y específico -en la medida en que la vulneración se generaría en relación de un sujeto identificable e individualizable como lo son cada una de las mujeres cuyo nombre fuera revelado y cuya intimidad se vería afectada-. Adicionalmente, el daño que se generaría a estas mujeres excede el interés público de acceder a esa información, pues la veeduría que realizará DECA al caso puede requerir de conocer el número de mujeres a quienes se les prestó el servicio, incluso discriminado por regiones e IPS, pero no parece de interés público, ni necesario discriminar los nombres de cada una de esas mujeres. Por el contrario, el daño que se generaría a la intimidad de cada una de ellas es inmenso e injustificado. En este sentido, en este caso, la Fiscalía debería reservar la información en cuestión y pensar en alternativas menos lesivas como la entrega de datos estadísticos.

SOLICITUD (2): indicación de las acciones adelantadas por la Fiscalía en el último año en cuanto al proceso penal iniciado en contra de dos funcionarios públicos investigados, por ausencia de actualizaciones en el SPOA desde hace un año y medio.

I. Presentar norma legal o constitucional que permite la reserva

El artículo 18 de la Ley 906 de 2004 dispone que "La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación".

II. Identificar la excepción contenida en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014

El artículo 19, literal d, de la Ley 1712 de 2014 prevé que es información exceptuada por daños a los intereses públicos, siempre que exista prohibición legal o constitucional a su acceso, aquella sobre la prevención, investigación y persecución de los delitos y faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos.

III. Demostrar que la divulgación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información (Test de daño)

No pareciera que revelar, al menos de manera general, las acciones que han sido adelantadas por la Fiscalía en un año y medio en cuanto a dos procesos penales iniciados contra funcionarios públicos genere un daño presente, probable y específico que supere el interés público de que se conozca esa información. En efecto, conocer, por ejemplo, que la Fiscalía haya adelantado determinado número de actuaciones investigativas como allanamientos, haya escuchado testigos o haya realizado interrogatorios a los indiciados no tiene la virtualidad de generar un daño inminente, con altas probabilidades de ocurrencia o que afecte a una persona de forma particular. Por el contrario, pareciera que la información es tan amplia que no afecta el desarrollo

de la investigación, ni a las personas específicas, sino que solo brinda claridad sobre los avances del proceso. Por esa razón, se podría concluir que el interés público de que se conozca esa información para realizar seguimiento o veeduría respecto de un proceso cuyos hechos interesan a la sociedad por ser un caso de macro corrupción, no supera el daño que se podría producir con la revelación de la información.

Sería diferente, si a lo que se pretendiera acceder fuera a los nombres de las personas interrogadas, a las direcciones de los lugares allanados o a los resultados de la recolección de material probatorio. En ese caso, pareciera factible que se produjera un daño presente, probable y específico que podría poner en riesgo la eficacia de la investigación.

SOLICITUD (3): Código Único de la Investigación (CUI) adelantada en contra de otro funcionario público por estos hechos y cuyo caso se ha seguido nacionalmente por prensa.

I. Presentar norma legal o constitucional que permite la reserva

No encontramos norma legal o constitucional que proteja específicamente el Código Único de Investigación.

El Artículo 4, literal h, Ley 1581 de 2012, dispone que hay un principio de confidencialidad, según el cual “todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma”.

II. Identificar la excepción contenida en los artículos 18 o 19 de la Ley 1712 de 2014

El artículo 19, literal d, de la Ley 1712 de 2014 prevé que es información exceptuada por daños a los intereses públicos, siempre que exista prohibición legal o constitucional a su acceso, aquella sobre la prevención, investigación y persecución de los delitos y faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos.

El Artículo 18, literal a, Ley 1712 de 2014 establece que es información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas aquella cuyo acceso pudiere causar un daño al derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

III. Demostrar que la divulgación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información (Test de daño)

Se debe empezar por precisar que el CUI es el número de identificación de una investigación penal adelantada por la Fiscalía. Es lo equivalente a un radicado en un proceso judicial, que simplemente se usa para identificar cada proceso. Este número permite la consulta del proceso en el SPOA, que puede arrojar la siguiente información: estado y etapa del proceso, fecha de los hechos, lugar de los hechos, fiscal a cargo, ley aplicable, delito investigado y actuaciones no reservadas del caso.

Revelar este CUI, en un caso en que: (i) el indiciado es un funcionario público frente al cual ha habido amplío cubrimiento nacional por los mismos hechos, (ii) el solicitante es una organización cuyo objetivo se enmarca en el interés público y (iii) el delito implica la malversación de recursos públicos y la financiación irregular de campañas políticas, no parece configurar un daño presente, probable y específico que supere el interés general de conocer la información. Lo anterior, al menos, por dos razones:

Primero, porque la revelación del CUI permitiría conocer información básica como los avances del proceso, el fiscal encargado o la fecha de los hechos, lo cual no proporciona un nivel de detalle tal como para afectar el resultado de la investigación, ni tampoco para ponerla en riesgo.

Por el otro lado, tampoco pareciera que la revelación del CUI pueda generar un daño al indiciado que supere el interés público de la revelación de la información. En efecto, se destaca que se trata de un funcionario público, cuya expectativa de privacidad es menor que la de otra persona y que, además, los hechos sobre los que se le investiga tienen que ver directamente con afectaciones al patrimonio público y a la democracia misma por la financiación irregular de campañas. Adicionalmente, se trata de un personaje cuya participación en los hechos de corrupción ha sido ampliamente cubierta por la prensa. En ese sentido, si bien se podría hablar de la generación de un daño específico, por concernir a una persona en particular, este daño no es presente ni probable.

No es presente, pues lo más seguro es que la afectación a la intimidad del investigado haya ocurrido en tiempo pasado, pues se trata de un caso de corrupción ampliamente cubierto en que él ya ha sido señalado como involucrado. Por otra parte, tampoco se trata de un daño probable, pues no se encuentra que con la divulgación del CUI se vayan a revelar elementos nuevos que puedan generar un daño ilegítimo al sujeto investigado.

En contraste, se insiste en que permitir la veeduría ciudadana frente a casos de corrupción es esencial, pues permite que la sociedad -víctima colectiva de estos delitos- se mantenga informada sobre los avances de casos de macro corrupción. En ese sentido, es evidente que ante la ausencia de daño presente, probable y específico; y ante la existencia de un alto interés general en el seguimiento a casos de corrupción esta se debería hacer pública.

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA

Capítulo Transparencia Internacional

Calle 35 No. 24-19 (Barrio La Soledad)
Teléfono: (601) 4778282
transparencia@transparenciacolombia.org.co
www.transparenciacolombia.org.co
Bogotá, Colombia