



Alerta Democracia en Riesgo: El derecho de acceso la información pública y el derecho a la intimidad siguen en peligro

25 de agosto de 2021

La pandemia por el COVID-19 representó una crisis sanitaria sin precedentes en la historia de la humanidad, ante la cual los gobiernos del mundo se vieron en la necesidad de adoptar un conjunto de medidas orientadas a contener la expansión del virus y a hacer frente a las consecuencias de orden económico, social y político que aún se están generando. En este contexto, los poderes ejecutivos fueron revestidos con facultades extraordinarias que les permitieron tomar decisiones en la inmediatez, las cuales, bajo algunas circunstancias, ponen en riesgo principios básicos de la democracia como el equilibrio de poderes, el control político y la participación ciudadana.

Asimismo, las decisiones adoptadas en un primer momento, por los gobiernos privilegiaron el derecho a la vida y a la salud sobre otros derechos fundamentales, como el derecho a la autodeterminación, a la movilidad, a la educación, al trabajo, entre otros y particularmente, como es objeto de esta alerta, el derecho de acceso a la información, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales.

En Colombia, el 12 de marzo de 2020 Ministerio de Salud y Protección Social mediante la resolución 385 de 2020 declara la Emergencia Sanitaria, y el Presidente de la República declara 10 días después la Emergencia Económica, Social y Ecológica del Gobierno Nacional. Así, el país entra en un periodo de excepcionalidad en la gestión de los asuntos públicos, que permitió la toma de decisiones expeditas en la administración pública y facilitó la adaptación a las nuevas circunstancias que implicaba una emergencia de estas dimensiones. Sin embargo, es importante evidenciar que dicha excepcionalidad no representaba un cheque en blanco al gobierno para reconfigurar los escenarios de poder y control y extralimitarse en sus facultades, pues debieron implementarse las salvaguardas necesarias para proteger los principios e instituciones democráticas.

Si bien en todos los estados de excepción es comprensible que algunos derechos y libertades se puedan ver restringidos, es claro también que dichas medidas se deben basar en los principios del Estado Social de Derecho y dentro de los parámetros estipulados por el derecho internacional. Lo anterior implica dos circunstancias: 1) que las medidas extraordinarias tengan realmente un carácter temporal y proporcional que facilite el retorno a la normalidad en el menor tiempo posible y con los impactos más bajos en materia de derechos, y 2) que dicha

excepcionalidad no debe implicar una barrera para el control público de las decisiones y actuaciones de los agentes del Estado.

Diecisiete meses después de la declaratoria de emergencia son muchos los cuestionamientos que prevalecen con relación a la finalidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis, pues hay evidencias claras de que la normativa expedida y la forma en que se gestionaron las decisiones públicas restringieron los derechos de acceso a la información, a la intimidad y a la protección de datos personales.

En materia de acceso a la información las principales vulneraciones se dieron como consecuencia de dos circunstancias. La primera de ellas, si bien responde a problemas estructurales que anteceden a la pandemia, como la falta de una cultura de transparencia, el desconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho fundamental, las debilidades en materia de transparencia activa, y la poca eficiencia de los procesos y procedimientos que permiten el ejercicio del derecho, estos problemas estructurales se profundizaron y radicalizaron drásticamente en el marco de la emergencia. La segunda se da a través de una serie de desarrollos normativos y procesos de toma de decisiones que limitaron el derecho de acceso a la información pública y los medios a través de los cuales el ciudadano puede acceder a la información.

Dentro de las vulneraciones documentadas se puede reconocer la poca observancia del principio de máxima publicidad consagrado en la Ley 1712 del año 2014. Lo que se debería configurar como una excepción se convirtió en la regla para el acceso a la información durante los meses que lleva la emergencia, ya que no sólo se reservó y se limitó el acceso a ciertos documentos sin soporte legal, sino que además se omitió la elaboración de la prueba de daño que permite ponderar el derecho de acceso, así como tampoco se cumplieron los requisitos para la expresión de la reserva legal.

Por otra parte, frente a algunos tipos de información no se evidencia el cumplimiento del principio de máxima publicidad, al no presentarse la información en los términos requeridos por la ley y los estándares internacionales, para algunas de las decisiones asumidas. Se destaca particularmente el caso de los contratos para la compra de las vacunas, en los que se limitó a la ciudadanía información básica sobre quién tomaba las decisiones, cómo se establecieron las bases de los acuerdos comerciales, montos y garantías. A través de este y otros casos se evidenció cómo la reserva y la clasificación de la información se consolidó como una práctica recurrente, nuevamente sin cumplir con los requisitos establecidos en las normas.

Asimismo, el principio de facilitación se reconoce como vulnerado, pues si bien existe un problema recurrente frente a la respuesta a las solicitudes de información y derechos de petición, durante la pandemia la respuesta estatal en los casos estudiados no fue oportuna, completa y fundamentada. Aunado a lo anterior, las disposiciones contenidas en el Decreto 491 amplían los plazos de respuesta, pero no consideran los recursos y garantías de los ciudadanos en caso de sentir lesionados sus derechos.

Dentro de los principales riesgos del derecho de acceso a la información se destacan tres. i) El principio de celeridad, que se vio afectado y aún continúa en riesgo por las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 491, el cual a la fecha de esta alerta no ha sido revisado o modificado, y aún se desconoce hasta cuándo seguirá

vigente. Frente al ii) principio de eficacia, el derecho de petición, y su particularidad en cuanto a la información fue el derecho más tutelado ante la Corte Constitucional y hace parte de las tres vulneraciones más recurrentes a los derechos humanos ante la Defensoría del Pueblo. Por su parte, el iii) principio de divulgación proactiva continúa en riesgo, pues la información que se entrega a la ciudadanía tiene una naturaleza unilateral, acatando razones de utilidad pública definidos en los términos del gobierno, pero sin responder necesariamente a criterios de utilidad y pertinencia considerando las necesidades que tiene la ciudadanía para poder ejercer sus derechos y hacer control social sobre las decisiones tomadas y uso de los recursos de la pandemia.

En lo que refiere al derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, estos se vieron principalmente afectados por Decretos como el 614 de 2020 que habilitaron el uso de aplicaciones móviles para registrar información que permitiera hacer rastreo, seguimiento y monitoreo de posibles casos positivos de COVID-19 con el objetivo de establecer las medidas necesarias para contener la expansión del virus. No obstante, si bien estas aplicaciones debieron cumplir con el conjunto de requisitos establecidos por la Ley 1581 de 2012, y su jurisprudencia asociada, hay evidencia que demuestra la forma en que restringieron principios básicos como el de finalidad, libertad, confidencialidad, seguridad, transparencia y proporcionalidad, generando una gran alerta sobre las posibilidades de que se configure un espacio de vigilancia digital invasiva de parte de actores gubernamentales.

Así, en lo que respecta al principio de finalidad éste se ve afectado desde una doble perspectiva, pues no hay claridad sobre el tiempo en que se mantendrán activas las plataformas, ni de la forma en que serán usados, resguardados y suprimidos los datos una vez cese la emergencia sanitaria. Adicionalmente, en lo que respecta al principio de libertad, si bien no se consideró obligatorio el registro de los ciudadanos en las plataformas, si se produjo una obligatoriedad de facto al vincular el registro a estas aplicaciones con otro conjunto de normas y protocolos sanitarios que piden su uso para que los ciudadanos pudieran movilizarse, regresar a los espacios laborales, acceder a bienes y servicios de primera necesidad, entre otros.

Esta obligatoriedad de facto produjo vulneraciones al derecho a la intimidad toda vez que las plataformas habilitaban sistemas de georreferenciación y exigían la inclusión de datos sensibles que podían poner en riesgo la integridad y dignidad de quienes allí se registraran, así como de sus familiares o contactos cercanos. A la fecha uno de los temas que más inquietudes genera es el de la utilidad y proporcionalidad, pues aún se desconoce en qué medida las plataformas sirvieron como instrumento para generar cercos epidemiológicos y/o ayudaron a controlar la expansión de los contagios.

Ante la certeza de las restricciones a los derechos de acceso a la información, a la intimidad y a la protección de datos personales, las organizaciones que integran la plataforma Democracia en Riesgo hace un llamado a:

1. La observancia y reconocimiento de los derechos de acceso a la información, el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales como derechos fundamentales, y habilitantes para el ejercicio de otros derechos, en el marco de la emergencia sanitaria, por parte de todos los actores públicos y privados.

2. A considerar la ponderación de los derechos fundamentales en la toma de decisiones públicas desde una perspectiva de complementariedad y no desde una disyuntiva que conlleve a la exclusión de unos en garantía de otros.
3. A la observancia de los principios internacionales que determinan las posibles restricciones a los derechos de acceso a la información pública y protección de datos, y a su ponderación en cada una de las decisiones públicas que se tomen en el presente y que puedan afectar el ejercicio y garantía de ambos derechos en el futuro.
4. A derogar el decreto 491 del 2020, pues dadas las condiciones actuales el Estado ha tenido el tiempo suficiente para prepararse y poder dar una respuesta administrativa apropiada frente a las solicitudes de acceso a la información pública y al derecho de petición.
5. Al Congreso Nacional a ejercer su labor de control político sobre las decisiones que se están tomando y que abiertamente vulneran los derechos de acceso a la información y protección de datos de todos los ciudadanos en esta situación de emergencia.
6. A la vigilancia del cumplimiento de ambos derechos por parte de la Procuraduría General de la Nación, quien como órgano garante debe cumplir un rol mucho más activo en el control de las decisiones públicas que puedan vulnerar el ejercicio de ambos derechos.
7. A la revisión de las capacidades institucionales de los órganos de control y los líderes de la política frente a ambos derechos.
8. Un llamado a todas las organizaciones sociales para trabajar de manera colectiva en la promoción y demanda estos derechos en el marco de la pandemia.
9. A las organizaciones de la sociedad civil para que continúen en su esfuerzo por promover, sensibilizar y generar información sobre la reivindicación de los derechos de acceso a la información, de intimidad y de protección de datos personales en condiciones ordinarias y de excepcionalidad.
10. A exigir información que de cuenta del tratamiento de los datos contenidos en plataformas móviles en la actualidad y una vez cesen los hechos que conllevaron a su desarrollo.
11. A exigir que los nuevos usos que se deban dar de la plataforma Coronapp respeten los principios que garantizan el derecho a la intimidad y la protección de datos personales.
12. A iniciar un proceso de rendición de cuentas en el que se exija al Gobierno Nacional y a los Gobiernos Locales información sustantiva sobre los resultados de las medidas adoptadas para contener la emergencia y el uso de la información recolectada en las plataformas.
13. A todos los ciudadanos en su conjunto a exigir los principios de ambos derechos y a observar su cumplimiento en cada una de las decisiones públicas que puedan comprometer su desarrollo.