



**CONCEPTO 56 DE 2016**

**(junio 3)**

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

Bogotá, D. C.

MEMORANDO

PARA: Subdirectora de Responsabilidad Penal para Adolescentes

ASUNTO: Solicitud de concepto 1-2016-040033-0101.

Atendiendo al asunto de la referencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

## **I. SOBRE LA SOLICITUD**

Se solicita concepto sobre la procedencia de levantar la reserva que acompaña los datos sensibles de los adolescentes y jóvenes del SRPA, contenidos en la historia integral de atención, historia clínica y demás documentos construidos durante su atención en las modalidades del SRPA, y a quien corresponde proceder a su levantamiento, dadas las solicitudes de los operadores de los servicios del SRPA, tendientes a que se les autorice la utilización de los datos e información de los adolescentes y jóvenes del Sistema, requeridos para contestar demandas de tipo administrativo.

## **II. PROBLEMA JURÍDICO**

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifican los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Los datos de los adolescentes y jóvenes en los procesos de restablecimiento de derechos adelantados en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes son reservados?
2. Si es así, ¿a quién pueden entregarse dichos datos y con qué fines?

## **III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Para dar respuesta a los problema jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 El Derecho de Acceso a la Información e informaciones reservadas; 3.2 La reserva de las actuaciones realizadas por las autoridades administrativas.

- 3.1 El derecho de acceso a la información e informaciones reservadas.

El derecho a la información se encuentra consagrado en los artículos 20 y 74 de la Constitución Política, los cuales, establecen que “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones y la de informar y recibir información (...)”; “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Así mismo el artículo 15 consagra el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el deber del Estado de respetarlos y hacerlos respetar.

Así mismo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, señala en el 5 los alcances del derecho a la información:

"Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: (...)

3. Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes”.

Como puede verse el derecho a la información tiene unos límites de orden legal que deben ser respetados por las autoridades competentes y que se encuentran precisamente fijados en atención la garantía del derecho a la intimidad personal y familiar.

Así por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 "por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, contempla que solo tendrán el carácter de reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, más concretamente: “1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales. 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas. 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008. 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos. 7. Los amparados por el secreto profesional. 8. Los datos genéticos humanos. (...)"

En este punto, es necesario plantear una distinción jurisprudencial realizada por la Honorable Corte Constitucional, frente a la información que tiene el carácter de pública, semi-privada, privada y reservada: “Así, la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. La información semi-privada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas. La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio. Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles" o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.”[1] (Subrayado fuera de texto).

La Ley Estatutaria 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, estableció las distinciones entre dato personal, dato sensible y la confidencialidad que se predica de estos datos, así como las obligaciones de las entidades que administran bases de datos en las que se contenga información de esta naturaleza:

Así el artículo 4 establece los principios de acceso y circulación restringida, así como el de confidencialidad en los siguientes términos:

f) Principio de acceso y circulación restringida: El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley; (...)

h) Principio de confidencialidad. 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".

Por su parte el artículo 5 define los datos sensibles como aquellos que “afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos". En atención a lo anterior el artículo 6 prohíbe el tratamiento de datos sensibles salvo algunas excepciones relacionadas con la autorización del titular, la salvaguarda de su interés vital cuando se encuentre incapacitado o cuando el tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica o sea necesario para el reconocimiento, ejercido o defensa de un derecho en un proceso judicial.[2]

Respecto de los datos de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 7 establece la prohibición del tratamiento de sus datos personales, salvo aquellos que tengan naturaleza pública.

Finalmente el artículo 13 establece a quien se le puede suministrar la información contenida en una base de datos:

"a) A los Titulares, sus causahabientes o sus representantes legales;

b) A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;

c) A los terceros autorizados por el Titular o por la ley".

De acuerdo con lo anterior, tal como lo ha manifestado esta Oficina en los Conceptos 13 de 2013 y 116 de 2014, el derecho de acceso a la información es público para todo ciudadano, sin embargo, tiene algunas excepciones o límites, los cuales, solo están regulados en la constitución o la ley y tienen como finalidad proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como la seguridad nacional o el orden público, entre otros.

### 3.2 La reserva de las actuaciones realizadas por las autoridades administrativas.

Sobre la reserva de las actuaciones realizadas por las autoridades administrativas esta Oficina se pronunció en el Concepto 116 de 2014, en los siguientes términos:

"La Ley 1098 de 2006 en su artículos 75, 81, 153 y 159 precisa expresamente cuáles son los documentos y actuaciones realizadas por autoridades administrativas que están sujetas a reserva en aquellos eventos en los que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes, con el objeto de garantizar sus derechos constitucionales fundamentales a la intimidad y dignidad.

Los servidores públicos y Judiciales están obligados a garantizar la reserva dispuesta en la Ley y confidencialidad de las actuaciones en que se encuentren involucrados los niños, niñas y adolescentes

En efecto, todo aquel que tenga acceso a los documentos y actuaciones señalados en el Código de la Infancia y la Adolescencia está obligado a guardar la reserva debida; si se trata de documentos y actuaciones que expresamente no se encuentran sujetos a reserva, quien tenga acceso a los mismos deberá guardar la confidencialidad para garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren involucrados.

Siempre que la solicitud de expedición de copias la realicen las partes que actúan dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos o una autoridad competente, y no vaya en contravía de la reserva legal, el Defensor de Familia deberá analizar la procedencia de la entrega de las copias solicitadas, de acuerdo a la confidencialidad que tiene ésta clase de procesos, sin que ello quiera decir que no puedan expedirse las copias requeridas por quienes se encuentran legitimados".

De acuerdo con lo anterior, encontramos que existen varios documentos o actuaciones que se encuentran sometidas a reserva en el Código de la Infancia y la Adolescencia: (i) en el marco del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 75[3] y 81[4] y (ii) en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes de acuerdo con lo señalado en los artículos 153[5] y 159.[6]

Si bien en el primer caso se refiere a actuaciones y documentos producidos en el marco del restablecimiento de derechos, para lo cual existe una norma especial cuando se trate de los antecedentes de un proceso de adopción, no obstante la reserva que limita al Defensor de Familia no solo se refiere a estos documentos, pues el artículo 81 menciona todas las decisiones que deban dictarse en los procesos de su conocimiento, con lo cual se extiende al proceso en sí mismo, al margen de que se decrete la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, en cuyo caso el artículo 75 extiende la reserva no solo a los documentos y actuaciones administrativas sino a las judiciales por un término de 20 años con unas restricciones sobre su levantamiento y las personas que podrían solicitarla.

Para el caso del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes la reserva se refiere no solo a la identidad de los adolescentes procesados, sino a las diligencias surtidas en el curso de los procesos, que se entienden de carácter judicial, dado que este es un Sistema de Justicia especializado, dicha reserva debe garantizarse por los órganos judiciales que los han conocido. No obstante, como en el SRPA, también se presentan procesos de restablecimiento de derechos por parte del Defensor de Familia, tendiente a garantizar la protección integral de los sujetos de este Sistema, estas actuaciones y documentos de carácter administrativo, son cobijados así mismo por la reserva establecida en el artículo 81 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pues se encuentran dentro de los deberes de confidencialidad y reserva por parte de la autoridad administrativa, salvo solicitud de una autoridad competente dentro de una investigación judicial.

De esta manera todas las actuaciones y documentos que reposen en los expedientes de restablecimiento de derechos de los adolescentes y jóvenes del SRPA, incluso las historias de atención, y los reportes de los operadores respecto del seguimiento a las medidas adoptadas por el Defensor de Familia y las de prestación de servicios en este contexto, se encuentran amparadas por la reserva mencionada, no solo por lo consagrado en el artículo 81, sino por lo dispuesto en los artículos 24 y ss. de la Ley 1755 de 2015, respecto de la reserva de la información privada y que afecte derechos fundamentales de las personas, dada su connotación de dato sensible en los términos de la Ley 1581 de 2012.

Ahora en cuanto a las historias clínicas, el Código de la Infancia y la Adolescencia no establece una norma especial, no obstante, si dichas historias se encuentran en el expediente del adolescente o joven, son una pieza procesal del mismo y en consecuencia se encuentran también sometidas a reserva, por mandado adicional del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

Vale aclarar que dicha reserva consagrada en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, es aplicable a los ciudadanos que en ejercicio del derecho de petición soliciten la información mencionada, no a las autoridades judiciales, ni administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de dicha Ley. No obstante, corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer, cuando se remita la información sometida a reserva.

Así, esta información, puede ser requerida previa orden judicial por las autoridades competentes en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales y podrá ser entregada con la advertencia de la confidencialidad y reserva de esta, pues ni siquiera en estos casos, la información pierde su condición de reservada y se convierte en pública, continua teniendo su carácter especial y es obligación de la autoridad que la administre garantizar su confidencialidad.

### 3.4 Caso concreto

La Subdirectora de Responsabilidad Penal para Adolescentes solicita concepto sobre la procedencia de levantar la reserva que acompaña los datos sensibles de los adolescentes y jóvenes del SRPA, contenidos en la historia integral de atención, historia clínica y demás documentos construidos durante su atención en las modalidades del SRPA y autorizar a los

operadores de los servicios del Sistema, para la utilización de los datos e información de los adolescente y jóvenes del SRPA, requeridos para contestar demandas de tipo administrativo.

En atención a lo manifestado anteriormente, esta Oficina considera que la información que reposa en todo el expediente administrativo de restablecimiento de derechos incluida la historia de atención, historia clínica y reportes de seguimiento y servicios prestados al adolescente que den cuenta de su proceso personal de restablecimiento, se encuentra sometida a reserva y confidencialidad en los términos del Código de la Infancia y la Adolescencia, motivo por el cual no puede entregarse sin que medie una orden judicial sobre la misma, especialmente por cuanto los datos y demás documentos recabados, contienen información sensible que de acuerdo con Ley 1581 de 2012, está prohibido su tratamiento y difusión salvo contadas excepciones, como es precisamente la orden judicial.

En este sentido es importante reiterar la posición de esta Oficina respecto de la entrega de copias del expediente del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, por solicitud de autoridad judicial, que está legitimada a realizar, advirtiendo que la misma tendrá como única finalidad la de esclarecer los hechos motivo de investigación.

No obstante lo anterior, en todos los casos cuando se entregue información de expedientes de del PARO a jueces o fiscales, en cumplimiento de una orden judicial, se debe advertir que la información suministrada goza de confidencialidad conforme los artículos 13 y 44 de la Constitución Política, el Código de Infancia y Adolescencia, la Ley 1755 de 2012 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; que la remisión de los documentos solicitados se realiza con la única finalidad de que sirvan como material probatorio en el proceso correspondiente y que la garantía de su reserva corresponde ahora a dichas autoridades.

Ahora es importante señalar que en ningún caso se habla de levantamiento de la reserva de la información, dado que una vez se remite la información solicitada por la autoridad judicial, esta no pierde su carácter, sino que a partir de dicha remisión el administrador de esta no es solo el ICBF, sino la autoridad a quien se remite, por lo cual se debe advertir dicho carácter, con el fin de la reserva continúe garantizándose.

El ICBF es administrador de la información sometida a reserva, pero no puede conceptuar ni avalar sobre el levantamiento de la misma, pues ello corresponde únicamente al titular de la información o a una autoridad judicial.

En cuanto a la utilización de la información confidencial y reservada que se encuentra en los expedientes por parte de los operadores del SRPA para la contestación de demandas de tipo administrativo, se considera procedente que el ICBF como administrador de la información, en cada caso concreto autorice dicha utilización, situación que no corresponde a un levantamiento de la reserva, sino como se manifestó anteriormente, a la remisión de información por parte de autoridad judicial, y en caso de autorizar dicha remisión, se deberá señalar tanto al operador como a la autoridad judicial a quien se remita, el carácter reservado de acuerdo con lo manifestado anteriormente.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. El derecho de acceso a la información es público para todo ciudadano, sin embargo, tiene algunas excepciones o límites, los cuales, están regulados en la constitución o la ley y tienen como finalidad proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como la seguridad nacional o el orden público, entre otros.

2. La Ley 1098 de 2006 en sus artículos 75, 81, 153 y 159 precisa expresamente cuáles son los documentos y actuaciones realizadas por autoridades administrativas que están sujetas a reserva en aquellos eventos en los que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes, con el objeto de garantizar sus derechos constitucionales fundamentales a la intimidad y dignidad.

3. La información que reposa en todo el expediente administrativo de restablecimiento de derechos incluida la historia de atención, y los reportes de los operadores respecto del seguimiento a las medidas adoptadas por el Defensor de Familia y las de prestación de servicios en este contexto, se encuentra sometida a reserva y confidencialidad en los términos del Código de la Infancia y la Adolescencia, motivo por el cual no puede entregarse sin que medie una orden judicial sobre la misma, especialmente por cuanto los datos que han reportado los adolescentes en las entrevistas, contienen información sensible que de acuerdo con Ley 1581 de 2012, está prohibido su tratamiento y difusión salvo contadas excepciones, como es precisamente la orden judicial.

4. No obstante e incluso en los casos de remisión de información por orden judicial, la que se encuentre sometida a reserva no pierde con la remisión su carácter, y se vuelve pública, sino que corresponde a la autoridad judicial, garantizar su confidencialidad y reserva.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto[7] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 1755 de 2015, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

\* \* \*

1. Sentencia T-729 de 2002

2. Artículo 6

3. **ARTÍCULO 75. RESERVA.** Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia

de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO 1o. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

PARÁGRAFO 2o. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

4. ARTÍCULO 81. DEBERES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Son deberes del Defensor de Familia:

5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia.

5. ARTÍCULO 153. RESERVA DE LAS DILIGENCIAS. Las actuaciones procesales adelantadas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control.

La identidad del procesado, salvo para las personas mencionadas en el inciso anterior, gozará de reserva.

Queda prohibido revelar la identidad o imagen que permita la identificación de las personas procesadas.

6. ARTÍCULO 159. PROHIBICIÓN DE ANTECEDENTES. Las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial. Estos registros son reservados y podrán ser utilizados por las autoridades judiciales competentes para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la medida.

Las entidades competentes deberán hacer compatibles los sistemas de información para llevar el registro de los adolescentes que han cometido delitos, con el objeto de definir los lineamientos de la política criminal para adolescentes y jóvenes.

7. Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato de Constituyente contenido en el art 209 ce la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.” Corte Constitucional Sentencia C - 877 de 2000 M P Antonio Barrera Carbonell.

*Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*