

# Boletín Nº 19

del  
**Instituto de Estudios  
Constitucionales**  
Escuela de Derecho

**DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ**

---

RESTRICCIONES A LOS CONTADORES PÚBLICOS  
*Rodrigo Noguera Calderón*

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO  
FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA  
*Luis Javier Moreno Ortiz*

EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA  
*Marcela Cubides Laverde*

---



**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**

**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

RESTRICCIONES A LOS CONTADORES PÚBLICOS

© Rodrigo Noguera Calderón

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL  
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

© Luis Javier Moreno Ortiz

EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

© Marcela Cubides Laverde

Primera edición: septiembre de 2009.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin  
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

[www.usa.edu.co](http://www.usa.edu.co)

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*El político tal vez no sea capaz de pensar cualquier  
estupidez, pero siempre es capaz de decirla.*  
**(Nicolás Gómez Dávila).**



# CONTENIDO

## **Restricciones a los contadores públicos**

<i>Rodrigo Noguera Calderón</i> .....	7
La demanda y sus razones.....	7
El problema jurídico.....	8
Decisiones relevantes previas.....	8
Análisis constitucional.....	9
Conclusión.....	13

## **El principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información pública**

<i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> .....	15
Prolegómenos.....	15
Introducción.....	16
Planteamiento de hipótesis, metodología y fuentes.....	18
Análisis de derecho comparado.....	19
América: la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de San José...	20
México: una nueva revolución.....	30
Colombia: estudio de sentencias de la Corte Constitucional y análisis de casos.....	40
Conclusiones.....	53
Referencias.....	54

## **El derecho a acceder a la información pública**

<i>Marcela Cubides Laverde</i> .....	57
Legislación Colombiana sobre el derecho a acceder a la información Pública.....	57
Discurso filosófico sobre la libertad de expresión y sobre el derecho a acceder a la información pública desde la perspectiva del liberalismo modernizado.....	68
Conclusiones generales sobre la libertad de expresión, especialmente sobre el derecho a acceder a la información pública.....	75



# RESTRICCIONES A LOS CONTADORES PÚBLICOS

*Rodrigo Noguera Calderón*

Honorable  
Corte Constitucional  
Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio  
E. S. D.

Ref.: Expediente D-7731. Ley 43 de 1990, artículo 48 (parcial), por el cual se adiciona la ley 145 de 1960.

El suscrito, Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en auto del 12 de mayo de 2009, se permite emitir opinión en el asunto de la referencia. Para cumplir tal cometido se desarrollará la siguiente agenda: síntesis de la norma demandada y de las razones de la demanda; determinación del problema jurídico a resolver; revisión de decisiones relevantes previas; análisis de las normas constitucionales que se señala como vulneradas; y conclusión.

## LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Francisco José Bautista Villalobos dice demandar el artículo 48 de la Ley 43 de 1990, pero en su escrito transcribe el “artículo 3” de dicha ley, aunque en su contenido sí corresponde al artículo 48. Esta norma establece una prohibición al contador públicos, consistente en no poder prestar sus servicios como asesor, empleado o contratista a las personas que haya auditado o controlado como funcionario público o revisor fiscal. Esta prohibición se extiende en el tiempo por un año a partir del retiro del contador de su cargo como funcionario público. El ataque va contra en la extensión de la prohibición al caso del revisor fiscal.

El ataque se centra en dos escenarios problemáticos: extender la prohibición al sector privado, y prohibir a los trabajadores eficientes y competentes asumir tareas ante quienes conocen de primera mano de tales cualidades y por eso solicitan su concurso. La argumentación de la demanda se construye sobre la base de los artículos 25, 26 y 333 de la Carta, que se refieren al derecho al trabajo, a la libertad de escoger profesión y oficio, y a la libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada. En este contexto, se sostiene que la prohibición es razonable y tiene sentido respecto del funcionario público, pero no respecto del funcionario privado. El razonamiento se refuerza citando la Sentencia C-697 de 2000, de la cual se destaca que las intervenciones legislativas, en estas materias, solamente resultan legítimas si tienden a minimizar el riesgo social, a defender derechos de terceras personas, si se trata de un requisito útil y necesario para lograr el fin perseguido, siempre y cuando sea una medida proporcional respecto del objetivo a cumplir. La conclusión es que la prohibición a los revisores fiscales, que es lo que se demanda, no cumple las anteriores condiciones y, por tanto, debe ser declarado inconstitucional.

## **EL PROBLEMA JURÍDICO**

La norma demandada prohíbe a los contadores públicos que se hayan desempeñado como funcionarios públicos o como revisores fiscales, vincularse con las empresas controladas durante el año siguiente a la terminación, en cuanto atañe al contador, de su labor de control. Lo que se cuestiona es la constitucionalidad de la prohibición respecto de los revisores fiscales y no de los funcionarios públicos. Se asume, por exclusión, que si el contador no es funcionario público, su tarea de control corresponde al sector privado y debe regirse por sus reglas. Así, pues, dentro del anterior contexto, el problema jurídico a resolver sería: ¿Es constitucional extender la prohibición existente para los funcionarios públicos a los revisores fiscales que no son funcionarios públicos?

## **DECISIONES RELEVANTES PREVIAS**

Es menester advertir que la Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar la constitucionalidad de la Ley 43 de



1990, como se da cuenta en las Sentencias C-597 de 1996, C-487 y C-538 de 1997, C-062 de 1998, C-530 de 2000, C-645 y C-670 de 2002, C-078 de 2003, C-914 de 2004, C-077 de 2006 y C-861 de 2008. Sin embargo, en ninguna de ellas se ha pronunciado específicamente sobre la constitucionalidad del artículo 48 de la citada ley, que es la norma impugnada, por lo cual no se advierte la existencia de cosa juzgada constitucional.

De las sentencias de constitucionalidad citadas, dos merecen especial atención en este caso: las Sentencias C-670 de 2002 y C-078 de 2003, a las que debe agregarse la sentencia citada en la demanda: la C-697 de 2000, por cuanto, como pasa a verse, en ellas la Corte se ocupa de dos principios cruciales para el presente caso.

### ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

En el plano meramente normativo de los tres artículos que se mencionan por el demandante, los más relevantes son los dos últimos, que establecen la libertad de escoger profesión u oficio y la libertad de las empresas en su actividad económica. Ambas libertades, y lo mismo podría decirse del derecho al trabajo, no son absolutas. La propia Constitución establece límites a las mismas, entre los cuales se encuentran, en la parte final de los artículos 26 y 333, los límites que la ley establezca. La cuestión central es, pues, saber si la prohibición establecida por la ley para los revisores fiscales es constitucional o no.

En la demanda se impugna una prohibición establecida en la ley, a partir de la defensa de la libertad de los contadores públicos de trabajar, de elegir su oficio, y de la libertad de las empresas privadas para conducirse en sus actividades. Son dos los principios que están en conflicto: de una parte el principio de libre configuración legislativa de las profesiones, tema tratado en un caso semejante, para la profesión de ingeniero, en la Sentencia C-078 de 2003, y, de otra, el principio de la libre escogencia de oficio, estudiado, para el caso de las agencias de viajes, en la Sentencia C-697 de 2000, y para el caso específico de los contadores, en la Sentencia C-670 de 2002.

Si bien el legislador goza de una amplia libertad de configuración legislativa de las profesiones, como se desprende del primer principio, no es menos cierto que esa libertad debe ejercerse sin menoscabo de los derechos que la Constitución reconoce a las personas, reconocida por el segundo principio. Se trata entonces de un problema de ponderación de principios, que se resuelve sobre la base de establecer si la prohibición que la ley establece es o no razonable.

En la Sentencia C-697 de 2000, la Corte vincula la libertad de escoger profesión con el derecho al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa. Las dos libertades, la de elegir profesión y la de empresa, deben estar dominadas por los principios de igualdad y libertad, de cuya salvaguarda debe ocuparse el legislador. En el caso de actividades que conlleven un riesgo social o afecten arbitrariamente derechos de terceros, dice la Corte, la ley puede establecer restricciones a esas libertades, como exigir títulos de idoneidad, implementar mecanismos de inspección, vigilancia y control, o ciertas cargas especiales, siempre que dichas restricciones sean necesarias, valga decir: que resulten razonables y proporcionadas al fin perseguido. La exigencia de título profesional a los agentes de turismo es juzgada como inconstitucional, con fundamento en la siguiente *ratio decidendi*:

En otras palabras, dado que el establecimiento de barreras para el ejercicio de una profesión puede afectar un conjunto de derechos fundamentales de particular importancia -como el derecho a la libertad individual o el derecho al trabajo-, así como la posibilidad de que una persona acceda al mercado laboral o ejerza una determinada actividad productiva con el fin de satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, el control constitucional de este tipo de medidas debe ser estricto. En consecuencia, el juez debe verificar si, en efecto, la medida restrictiva tiene como finalidad evitar daños sociales o individuales que puedan ocurrir como efecto del ejercicio de la actividad regulada. Adicionalmente, resulta fundamental establecer si la restricción es verdaderamente necesaria, útil y estrictamente proporcionada para alcanzar el objetivo perseguido.

Una reglamentación excesiva o ambigua de una actividad que no comprometa un alto riesgo social o que no amenace derechos de

terceros, o la exigencia de un título innecesario o inútil para evitar un eventual riesgo social, aparece una vulneración del “núcleo esencial del derecho a ejercer un oficio y la negación de derechos que le son inherentes.”

La anterior sentencia, si bien trata el tema, lo hace en un contexto distinto. Se trata la exigencia de un título de idoneidad para ejercer una profesión y no de una prohibición temporal, que afecta el ejercicio profesional solamente respecto de las personas que estaban sometidas a control por el revisor fiscal. Por lo tanto, la anterior *ratio decidendi* no es precedente para este caso, sino *dicta*.

En la Sentencia C-670 de 2002, que es más afín al caso, pues se trata de la profesión de contador público, el problema versa sobre la exigencia de título profesional para ejercer esta labor. La Corte comienza por calificar, reiterando lo dicho en las Sentencias C-530 de 2000 y C-780 de 2001, a la contaduría pública como una labor que implica un riesgo social, y, por ello, el legislador la ha regulado con sumo cuidado. La Corte enfatiza que: “el contador es un profesional que goza y usa de un privilegio que muy pocos de los demás profesionales detentan, que consiste en la facultad de otorgar fe pública sobre sus actos en materia contable”, circunstancia que, sigue la Corte, “lo ubica técnica, moral y profesionalmente en un contexto personal especial, que le exige, por lo mismo, una responsabilidad también especial frente al Estado y a sus clientes, si se tiene en cuenta la magnitud de sus atribuciones”. En el caso concreto, la exclusión de los contadores públicos autorizados del ejercicio de la profesión en conjuntos sometidos al régimen de propiedad horizontal, es juzgada por la Corte como inconstitucional, por cuanto:

Sólo podría admitirse que, la exclusión de contadores públicos autorizados de la posibilidad de ser revisores fiscales en conjuntos de uso mixto sometidos al régimen de propiedad horizontal, es un mecanismo adecuado para eliminar el riesgo social propio del ejercicio de esta profesión, si se partiera del supuesto de que los contadores públicos autorizados no cuentan con la formación necesaria para llevar a cabo las tareas propias de la revisoría fiscal y por tanto generan un riesgo social. Ello sería admitir que aunque las autoridades competentes otorgaron el título habilitante para ejercer la profesión a contadores no titulados por considerarlos idóneos, ahora

los considera incapaces de ejercer una de las facetas de su profesión, a pesar de que ellos ya superaron los requerimientos exigidos. Por tanto, el mecanismo no es adecuado, pues si el contador que porta la tarjeta profesional se presume idóneo para desempeñarse como tal, no puede el legislador, sin motivación alguna, adoptar una medida que elimina la posibilidad de que estos contadores ejerzan la revisoría fiscal para evitar un riesgo que no existe. En efecto, los contadores cuentan con un título habilitante y su idoneidad no está siendo cuestionada por quien intenta establecer la diferenciación, en este caso el legislador. Así, si el legislador admitió que los contadores no titulados que cumplieren con ciertos requisitos fueran autorizados a ejercer la profesión sin limitación alguna, no puede ahora eliminar los derechos que surgen de la expedición de la tarjeta profesional con base en una supuesta falta de idoneidad que ni siquiera fue fundamentada en el seno del Congreso al momento de debatir la ley. En ese sentido, si el legislador equiparó a todos los contadores que tienen tarjeta profesional como profesionales capacitados, no es admisible que ahora establezca diferenciaciones basadas en una supuesta ausencia de formación académica, pues en su momento, el propio legislador estableció requisitos para considerarlos como iguales a efectos del ejercicio de la profesión, y una vez superados, no puede arrebatar las posibilidades de trabajo, salvo que concurra alguna de las causales por las cuales los contadores pueden perder su licencia.

De esta sentencia puede decirse lo mismo que de la anterior, pues también trata el tema, pero lo hace desde un contexto diferente. Por lo tanto, la anterior *ratio decidendi* no es precedente para este caso, sino *dicta*.

De los anteriores *dicta*, y en especial del último, se tiene en claro que la profesión de contador público sí implica un riesgo social, lo que justifica su regulación legal. La configuración de esta regulación corresponde a la libertad del legislador, siempre y cuando se trate, no sobra repetirlo, de perseguir un fin legítimo, importante e imperioso, y se acuda a un medio adecuado, efectivamente conducente y necesario, valga decir: razonable.

El medio está claro, es la prohibición temporal que se impone al revisor fiscal, pero ¿cuál es el fin perseguido con ella? Se trata de prevenir que la persona responsable de ejercer control técnico, que

requiere una capacidad profesional, la de contador público, sobre una persona, natural o jurídica, pueda pasar de manera inmediata o pronta, a trabajar o asesorar o servir a esa persona, para evitar que el ejercicio del control pueda ser interferido o alterado por los ofrecimientos del controlado. Valga decir: se trata de preservar la independencia del responsable del control.

El fin buscado ¿es legítimo, importante e imperioso? Preservar la independencia de los responsables del control de las personas naturales y jurídicas, así se trate de empresas privadas, es un fin legítimo, pues como lo advierte la Corte en su segundo *dicta*, los contadores públicos, y es menester recordar que todo revisor fiscal es contador público, tienen el privilegio de “otorgar fe pública sobre sus actos en materia contable”, lo que hace que esta profesión implica riesgo social. Al estar involucrada la fe pública, así se trate de una relación entre particulares, el asunto se torna de interés público, lo que justifica el interés del legislador de preservar la independencia del revisor fiscal.

El medio de la prohibición es razonable. La prohibición tiene una clara limitación en el tiempo: un año, y una clara limitación en la materia: sólo aplica respecto de la persona que se ha controlado como revisor fiscal. La prohibición no impide el ejercicio de la profesión, incluso con los controlados luego de ese año, ni afecta el núcleo esencial del derecho al trabajo, a la libre escogencia de profesión u oficio, o a la libre empresa, pero sí, en cambio, trata de preservar la independencia de un profesional responsable de dar fe pública.

## CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la norma demandada debe ser declarada exequible.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con mis sentimientos de consideración y aprecio,

Rodrigo Noguera Calderón  
Decano



# EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

*Luis Javier Moreno Ortiz.*

SUMARIO: Prolegómenos. Introducción. Planteamiento de hipótesis, metodología y fuentes. Análisis de derecho comparado. América: la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de San José. México: una nueva revolución. Colombia: estudio de sentencias de la Corte Constitucional y análisis de casos. Conclusiones. Referencias.

## PROLEGÓMENOS

El siglo XX fue el siglo de las comunicaciones. La humanidad pasa en pocos años del romanticismo de las cartas y de las esquelas, transportadas por los servicios de correo, a la inmediatez de los teléfonos, especialmente de los móviles, y del internet. El telégrafo, que hoy parece ser tan anacrónico como empieza a serlo el fax, es el eslabón más relevante en ese desarrollo. El progreso de las comunicaciones ha venido aparejado en no pocos casos del retroceso del lenguaje, pues en los afanes por decir algo, o por no decir nada, imitando, muchas veces sin quererlo, las parodias de Cantinflas, las personas no suelen tomarse el trabajo de pensar lo que dicen, ni tienen siquiera la mínima cortesía de expresarlo con arreglo a las pautas de la sintaxis, de la gramática y de la ortografía, para no hablar de la lógica y de la sindéresis.

La aparición de la imprenta de Johannes Gutenberg, que para muchos es una aplicación del proceso de xilografía ideado por los chinos en el período de los Song (960-1279), cambia radicalmente la comunicación. El documento escrito, cuyo mejor ejemplo es el libro,

había sido hasta entonces un artículo de lujo, muy escaso y de difícil acceso. Los copistas, generalmente monjes, con férrea disciplina producirán esas verdaderas obras de arte que son los manuscritos. Ante la carencia de textos escritos, la lectura está reservada a ciertos círculos cultos, como los monasterios y, en algunos casos, las Cortes. El resto de las personas se enteran de lo que pasa por la tradición oral, por lo que escucha decir, o por lo que les cuenta los pregoneros, los parientes o los vecinos. La imprenta, con su infatigable producción de libros, periódicos, panfletos, folletos, manifiestos, e incluso pasquines, pondrá al alcance de las masas la información y la mantendrá inalterable en el tiempo, pues el escrito sobrevivirá a su autor y podrá ser leído por las generaciones posteriores.

Con la posibilidad de la producción en serie de escritos, que cada vez se hacen menos en serio, la libertad de expresión tendrá un sentido mucho más amplio, dando lugar tanto a la libertad de prensa como a la censura. El conflicto entre lo público y lo privado, cuyo lindero está en la publicación de la información, se avivará en la civilización occidental durante los siglos venideros.

## INTRODUCCIÓN

*El hombre honesto no teme la luz ni la oscuridad.*

Thomas Fuller.

El animal político del que habló Aristóteles en la antigua Grecia, siempre quiere y necesita saber de los asuntos de la polis. El Estado y la Administración se convierten en referentes ineludibles para la expresión de los ciudadanos y para la prensa, dentro del ejercicio de la política. En las democracias las decisiones políticas no pueden ser tomadas de manera oculta, por unos pocos, así se trate de una minoría calificada, sin conocimiento o de espaldas a las mayorías. La forma de enterar a esas mayorías y de brindarles la oportunidad de participar en el proceso político es la publicación de toda la información que sea necesaria para tomar las decisiones políticas.

El documento escrito, en razón de su publicidad, reduce considerablemente el margen de acción de la razón de Estado del antiguo



régimen y de la discrecionalidad en el nuevo. En el documento debe aparecer una memoria, al menos aparente, del motivo o de los motivos que justifican razonablemente la decisión. La respuesta formal de la burocracia a esta carga de argumentación, fue de una parte la calificación de algunos documentos o informaciones como secretos o reservados, y de otra el afianzamiento de la prerrogativa de decidir sin tener que motivar. En el plano material, la burocracia implementó un innecesariamente complejo, tortuoso, disuasivo, y, en no pocos casos, costoso ritual para acceder a sus documentos. En la medida en que el acceso de las personas a la información pública sea restringido o sea dificultado hasta hacerlo imposible, muy poca gente se enterará de lo que la Administración hace y deshace. Esa cortina de ignorancia, levantada por el esfuerzo burocrático de ocultar la información, impide el cuestionamiento, la crítica y el control, y genera la tentación de obtener beneficios individuales o particulares de la cosa pública.

Todos los Estados y las Administraciones en el mundo de hoy parecen estar afectados, en mayor o en menor medida, del cáncer de la corrupción. No es insólito descubrir diariamente la comisión de fraudes y de otras muchas faltas, por las autoridades públicas o los funcionarios. Si hasta se ha llegado a hablar, como lo hizo en Colombia el Expresidente Julio César Turbay Ayala de “reducir la corrupción a sus justas proporciones”, tampoco es extraño encontrar que el soborno, las coimas y el sacar ventajas indebidas, son instrumentos usuales, y para algunos necesarios, en el mundo empresarial, como lo revelan los recientes escándalos de Enron Corporation en Estados Unidos y de Airbus en Europa. La oscuridad de lo público, propiciada por la imposibilidad de acceder a la información pública, por los medios más eficaces y expeditos, a todos aquellos que quieran hacerlo, propicia y favorece la corrupción. El silencio que nace de la ignorancia, genera impunidad. Este lamentable estado de cosas hace necesario considerar, como en su momento lo hicieron ejemplarmente las democracias nórdicas, que el principio de la transparencia es un elemento cardinal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho y dentro de una Administración Pública comprometida con el bienestar general.

## PLANTEAMIENTO DE HIPÓTESIS, METODOLOGÍA Y FUENTES

*En un espíritu corrompido no cabe el honor.*  
Tácito.

En el presente ensayo se proponen dos hipótesis de trabajo: 1) la transparencia es un principio jurídico que se concreta especialmente en el derecho fundamental de acceder a la información pública; 2) la aplicación del principio de transparencia y el respeto y garantía del derecho de acceder a la información pública, son elementos indispensables para afirmar que existe un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual todas las personas pueden participar activamente en los asuntos que las afecten, y una Administración Pública comprometida con el bienestar general.

Este ensayo pretende hacer una aproximación intelectual válida a diversas instituciones de derecho nacional e internacional, examinadas con el método de estudio de derecho comparado, especialmente en los planos legal, jurisprudencial y doctrinal, a fin de verificar de manera puntual y preliminar las hipótesis planteadas. Para tal propósito, y luego de hacer una averiguación previa, se ha elegido analizar el fenómeno en Iberoamérica, tomado como muestras representativas la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de San José, contenida en la sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso Claude Reyes y otros v. Chile; la rica experiencia de México en estas materias; y la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. El proceso de verificación de las hipótesis, como se ve, es parcial, pues sólo alude a unas muestras que se tienen por representativas, pero puede generar al menos un criterio de validación o invalidación preliminar sobre la materia, que sea útil para emprender una investigación de mayor alcance. Una vez cumplido el análisis propuesto, y después de someter las hipótesis al proceso de falsación propuesto por Karl Popper, se llegará a concluir lo que sea del caso.

## ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

*Así como la desgracia hace discurrir más, la felicidad quita todo deseo de análisis; por eso es doblemente deseable.*

Pío Baroja.

El principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información pública han tenido un interesante desarrollo en los últimos años. El modelo escandinavo de administración de cristal, en el cual todos los ciudadanos podían ver, sin interferencia ni amaño, los movimientos de las manos de los funcionarios en el manejo de la cosa pública, muy pronto ganó prestigio como referente para los demás países.

Es una creencia muy popular, aunque no siempre justificada, la de que quien oculta algo, o lo esconde, ha actuado mal o reprobablemente. La observación de la naturaleza parece confirmar esta creencia, pues hasta los felinos, después de excretar, tratan de cubrir sus desechos con tierra o con hierba, ocultándolos. Parecería que los seres vivos generalmente tratamos de ocultar aquello que no nos enorgullece, o que es difícil mostrar a los demás, porque ni siquiera a nosotros mismos nos gusta. La ocultación reflejaría una especie de vergüenza, de pena. La revelación de lo que ocultamos, el descubrimiento de la verdad, suele ser visto como una tragedia, pues implica consecuencias: una posible confrontación, crítica, debate y, quizá, un cambio en nuestras vidas. Suele creerse que quien ha obrado bien no tiene nada que ocultar, pues no tiene nada que temer. La ocultación, que a veces es sospechosa en lo privado, aunque siempre respetable por estar protegida por el derecho a la intimidad, es nefasta en lo público. Hacer público lo privado es una infracción tan grave como hacer privado lo público, con la diferencia de que en el segundo caso esta trasgresión es mucho más difícil de advertir. Así, pues, tiene sentido que la información privada le pertenezca solamente a cada uno, como lo ha garantizado históricamente el derecho a la intimidad, recientemente ampliado por el derecho a la protección de datos. Pero también lo tiene que la información pública, que a todos nos concierne, nos pertenezca a todos, como pretende garantizarlo el principio de transparencia y el derecho de

acceso a la información pública. El posible conflicto entre derechos, que es la traducción al lenguaje jurídico del conflicto entre lo privado y lo público, es el marco en el cual se ha movido el derecho estudiado con el método de derecho comparado, según pasa a verse.

## **AMÉRICA: LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE SAN JOSÉ**

*Honestidad: la mejor de todas las artes perdidas.*  
Mark Twain.

Hace ya casi tres años, el 19 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, profirió una importante sentencia en el caso Claude Reyes y otros v. Chile.

La actuación surtida ante la Comisión Interamericana, inicia con la denuncia No. 12.108, recibida en la Secretaría de la Comisión el 17 de diciembre de 1998. La Comisión declara admisible el caso, al aprobar el informe No. 60/03 el 10 de octubre de 2003, y se pone a disposición de las partes para lograr un arreglo amistoso desde el 11 de noviembre de 2003. Al aprobar el informe No. 31/05 el 7 de marzo de 2005, la Comisión concluye que Chile violó los derechos de Claude Reyes y otros al acceso a la información pública y a la protección judicial y, en consecuencia, recomienda a ese Estado divulgar públicamente la información solicitada, otorgar una reparación adecuada a los afectados y ajustar el orden jurídico interno conforme al internacional. Esta decisión fue notificada a Chile el 8 de abril de 2005, y se otorgó un plazo de dos meses para que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir con las anteriores recomendaciones. Chile solicitó primero una prórroga del plazo y luego remitió algunos documentos. La Comisión, basándose en que Chile no había adoptado sus recomendaciones en forma satisfactoria, decidió el 1 de julio de 2005 someter este caso a la jurisdicción de la Corte.

El proceso ante la Corte inicia con la demanda presentada por la Comisión el 8 de julio de 2005, que fue notificada por la Secretaría de

la Corte a Chile el 4 de agosto de 2005. El Estado de Chile contestó la demanda el 2 de diciembre de 2005. La Corte celebró la audiencia pública sobre asuntos de fondo y eventuales reparaciones y costas el 3 de abril de 2006. La Comisión y el Estado presentaron sus alegatos finales el 18 y el 19 de mayo de 2006, respectivamente. Surtido el trámite completo del proceso, la Corte pronunció su sentencia el 19 de septiembre de 2006.

La demanda tenía como pretensión principal que la Corte declarara que era Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero.

Los hechos relevantes habían ocurrido entre mayo y agosto de 1998. El Estado se había negado a brindar a los perjudicados la información que requerían del Comité de inversiones extranjeras, relativa a la empresa forestal Trillium y al Proyecto Río Cóndor, que se llevaría a cabo en la décima segunda región de Chile. El Estado, a juicio de la Comisión, no había justificado adecuadamente su negativa ni otorgado un recurso judicial efectivo para impugnar la violación del derecho al acceso a la información. Según refiere como testigo la abogada del Comité, Liliana Huidita Macchiavello Martín, éste negó el acceso a la información porque su Vicepresidencia “consideró de carácter reservado toda aquella información referida a terceros cuya entrega pudiera constituir un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de manera irresponsable el resultado de actividades de los inversionistas”. Ante la negativa del Comité, los interesados presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago el 27 de julio de 1998, aduciendo la violación de la libertad de expresión y del derecho a acceder a la información en poder del Estado. La Corte de Apelaciones declaró inadmisibile el recurso el 29 de julio de 1998, por falta de fundamento, conforme a lo dispuesto en el No. 2 del Auto Acordado de la Exma. Corte Suprema, publicado el 9 de junio de 1998. Esta decisión solamente

podía ser impugnada en ejercicio del recurso de reposición, como en efecto se hizo el 31 de julio de 1998. Al recurso de reposición se unió el de queja, ante la instancia superior. La Corte de Apelaciones negó la reposición el 6 de agosto de 1998. La instancia superior, que es en este caso la Corte Suprema, declaró inadmisibile el recurso de queja el 18 de agosto de 1998. De esta manera quedó agotada la jurisdicción nacional.

Por su especial importancia para lograr un adecuado entendimiento del conflicto, merece la pena transcribir en su integridad la síntesis que hace la Corte Interamericana de los alegatos presentados por las partes en el proceso, como a continuación se hace.

Los argumentos esgrimidos por la actora, la Comisión Interamericana, fueron:

- a) la divulgación de la información en poder del Estado debe jugar un rol muy importante en una sociedad democrática, pues habilita a la sociedad civil para controlar las acciones del gobierno a quien ha confiado la protección de sus intereses. “[E]l artículo 13 de la Convención debe comprender una obligación positiva de parte del Estado de brindar acceso a la información en su poder”, lo cual es necesario para evitar abusos de los funcionarios gubernamentales, promover la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permitir un debate público sólido e informado para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos;
- b) existe un consenso creciente en torno a que los Estados tienen la obligación positiva de brindar la información que obre en su poder a sus ciudadanos. “[L]a Comisión ha interpretado que el [a]rtículo 13 incluye un derecho al acceso a la información en poder del Estado”;
- c) “de acuerdo a los amplios términos del [a]rtículo 13, el derecho al acceso a la información debe estar regido por el ‘principio de máxima divulgación’”. “[L]a carga de la prueba corresponde al Estado, el cual tiene que demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión”. “Ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno de [los] objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información” (prueba de proporcionalidad);

d) la mayoría de los Estados americanos cuentan con regulación en materia de acceso a la información. La legislación chilena no fue aplicada en este caso porque fue promulgada con posterioridad a los hechos que dieron lugar a la petición. “El Estado de Chile ha realizado una serie de modificaciones legislativas; sin embargo[, ...] éstas no garantizan de forma efectiva y amplia el acceso a la información pública”. “Las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información”;

e) en el presente caso, la Comisión centra su preocupación entorno a la información relacionada con la evaluación que realizaba el Comité de la pertinencia de inversionistas extranjeros, la cual no fue entregada a las presuntas víctimas y tampoco fue denegada oficialmente;

f) respecto al argumento del Estado de que el tipo de información solicitada hubiera violado, de ser revelada a las presuntas víctimas, el derecho de confidencialidad de las empresas involucradas, debe decirse que las restricciones al derecho a buscar, recibir y divulgar información deben estar expresamente establecidas por ley. “El Estado no [ha] cita[do] ninguna disposición de la legislación chilena ni ningún antecedente jurídico que expresamente establezca como información reservada lo relativo al proceso de toma de decisiones del Comité de Inversiones Extranjeras”. La decisión de retener información parece estar “totalmente a discreción del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras”. Además, en su contestación a la demanda el Estado se aparta de la línea de argumentación en torno a la confidencialidad, alegando que el Comité de Inversiones Extranjeras no contaba ni cuenta con disponibilidad de tiempo, capacidad ni facultades legales para investigar situaciones de hecho de los inversionistas;

g) el Comité de Inversiones Extranjeras nunca dio respuesta por escrito en relación a la información faltante y no ha demostrado cómo la retención de la información en cuestión era “necesaria” para la consecución de un objetivo legítimo previsto en el artículo 13 de la Convención. Tampoco presentó ningún argumento que demuestre que la divulgación de la información habría causado un perjuicio sustancial a estos objetivos, y que ese perjuicio hubiera sido mayor que el interés público en divulgar la información, como lo requiere el indicado artículo 13. Además es “insostenible” la afirmación del Estado de que el papel de control de los organismos del gobierno compete exclusivamente al Congreso; y

h) “el Estado chileno no garantizó el derecho de las [presuntas] víctimas al acceso a la información porque un organismo del Estado negó acceso a información sin demostrar que la misma estaba comprendida por una de las excepciones legítimas a la norma general de divulgación prevista en el artículo 13. Además, el Estado no contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información en forma efectiva en el momento que se produjeron los hechos que dieron lugar a esta petición”.

Los argumentos de la réplica del Estado demandado, Chile, fueron:

a) en cuanto a la supuesta denegación de información por parte del Comité de Inversiones Extranjeras respecto de lo requerido en los puntos 6 y 7 de la solicitud, ha quedado claro según los testimonios de los señores Moyano Berríos y Mayorca que dicho Comité no poseía esa información;

b) en lo referente a la información relacionada con el punto 3 de la solicitud, en la época de los hechos de este caso y en la actualidad, el Comité de Inversiones Extranjeras no cuenta con capacidad física ni con facultades legales para investigar situaciones de hecho de los inversionistas. “La función del Comité de Inversiones Extranjeras sólo consiste en facilitar y aprobar flujos de capital externos a Chile”. No es función del Comité “efectuá[r] un estudio previo para garantizar la viabilidad técnica, legal, financiera o económica de los proyectos económicos [de inversión]; esa tarea es de los propios inversionistas”. Todos los antecedentes con que cuenta el Comité son proporcionados por los propios inversionistas. “[L]os peticionarios solicitaron al Comité de Inversiones Extranjeras información orientada a conocer el posible impacto ambiental que podría tener el proyecto forestal”, información que el Comité no poseía por ser de competencia de la Comisión Nacional de Medio Ambiente;

c) “[a] la fecha de presentación de la denuncia por los peticionarios (diciembre de 1998) y hasta el año 2002 no existía norma que regulara la publicidad o reserva de los actos de administración ni de los documentos que sirven de base a éstos por parte del Comité de Inversiones Extranjeras”. Dicho Comité consideró de carácter reservado la información referida a terceros y en general los aspectos particulares del proyecto, por tratarse de antecedentes de carácter privado, que de hacerse públicos “podría lesionar sus legítimas expectativas comerciales, sin que existiera fuente legal que permitiera su publicidad”;



d) ha dado cumplimiento a las recomendaciones realizadas por la Comisión en su informe de fondo, a saber, divulgar públicamente la información solicitada por los peticionarios, otorgar una reparación adecuada a los peticionarios, y adecuar el ordenamiento jurídico interno a los términos del artículo 13 de la Convención;

e) respecto de la recomendación de divulgar públicamente la información solicitada, la Comisión se refiere en general a la entrega de información y “obvia en su recomendación la información que le fuera entregada directamente por el Comité de Inversiones Extranjeras a las presuntas víctimas y que respondía a cuatro de los siete puntos contenidos en la solicitud hecha a dicho Comité”. “[L]a circunstancia de que el proyecto en cuestión no se implementó [ni] se ejecutó” hace que desaparezcan los motivos de la información solicitada y que el cumplimiento de las recomendaciones “esté absolutamente fuera de contexto”. Sin perjuicio de lo anterior, el 30 de junio de 2005 el Estado “acompañó [...] a la Comisión los contratos de inversión extranjera y de cesión de los mismos, relativos al proyecto Río Cóndor de la Empresa Forestal Trillium”;

f) respecto a la segunda recomendación de la Comisión de otorgar una reparación adecuada a los peticionarios, el Estado informó a la Comisión que “se est[aba] analizando [...] una reparación de carácter simbólic[o] que pu[dier]a recoger la situación de vulneración de derechos de que fueron víctimas, como asimismo publicitar los avances que en materia de acceso a información pública puede exhibir [Chile], en aras de ir adecuando su derecho interno a los términos del artículo 13 de la Convención. La naturaleza y características de esta reparación simbólica, sería propuesta a la C[omisión], para ser puesta en conocimiento de los peticionarios, lo que no alcanzó a verificarse por la decisión de la Comisión de elevar el conocimiento del caso ante [l]a [...] Corte [...]”;

g) respecto a la tercera recomendación de la Comisión, el Estado ha adaptado su normativa interna para hacerla conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención. Como ejemplo, señala la reciente reforma a la Constitución Política, que incorporó en su artículo 8° el principio de probidad y el derecho de acceso a la información pública, así como que “recientemente se ha elaborado un Proyecto de Ley, destinado a perfeccionar la normativa legal que rige actualmente el derecho de acceso a la información, su ejercicio, límites y mecanismos de impugnación para el caso de limitación abusiva, ilegal o arbitraria de su ejercicio”. De igual manera, las causales en cuya virtud se puede denegar la entrega de los documentos requeridos se encuentran ya establecidas por la Ley

de Probidad No. 19.653 y como consecuencia directa de la reforma constitucional, “se derogó el Decreto Ley No. 26 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que estableció en su momento los casos en que los órganos de la Administración podrían otorgar carácter de reservado o de secreto a ciertos documentos o actos en el ejercicio de su función”, para evitar cualquier actuación al margen de la nueva disposición constitucional; y

h) el análisis de la nueva legislación, adoptada como consecuencia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, escapa del objeto y de la competencia contenciosa de la Corte porque este no es un caso en que las nuevas normas se encuentren cuestionadas.

Presentado en los anteriores términos el panorama del proceso, es menester ahora considerar las normas jurídicas interamericanas aplicables, el problema jurídico planteado por la Corte, la argumentación que desarrolla para resolverlo y la decisión que adopta, especialmente en cuanto atañe al derecho al acceso a la información pública.

Entre las normas que la Corte aplica, la que resulta relevante para este ensayo, es el artículo 13 de la Convención Americana, que consagra la libertad de pensamiento y de expresión en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
  - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
  - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (subrayas agregadas).

La Convención Americana incorpora dentro de la libertad de pensamiento y de expresión, el derecho de acceder a la información pública. Esta libertad es considerada por la Convención y por la jurisprudencia de la Corte como fundamental. Siendo este el referente normativo, la Corte plantea el problema jurídico a resolver en la sentencia de la siguiente manera:

65. La Corte debe determinar, a la luz de los hechos probados en el presente caso, si la falta de entrega de una parte de la información solicitada al Comité de Inversiones Extranjeras en 1998, constituyó o no una violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero y, por consiguiente, si se configuró una violación al artículo 13 de la Convención Americana.

Sobre la evidencia incontrastable de que la información requerida no fue entregada por el Comité, la Corte procede a examinar si esa negativa tiene o no justificación, para poder establecer si la Convención Americana ha sido violada por el Estado. La argumentación comienza por poner de presente que existen numerosos precedentes, en los cuales la Corte ha dado un amplio contenido a la libertad de expresión, de cuya descripción en la dimensión individual y en la dimensión social se ha desprendido una serie de importantes derechos. Entre los precedentes se citan los establecidos en: *Caso López Álvarez*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 163; *Caso Palamara Iribarne*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 69; *Caso Ricardo Canese*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párrs. 77-80; *Caso Herrera Ulloa*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párrs. 108-111; *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párrs. 146-149; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párrs. 64-67; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párrs. 30-33 y 43. Sobre la base de sus precedentes, especialmente los contenidos en los Casos López Álvarez y Ricardo Canese, la Corte señala el sentido del mencionado artículo 13, en los siguientes términos:

...protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea. (Subrayas agregadas).

La Corte refuerza su valoración del asunto trayendo a cuento algunas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, la Carta Democrática de la OEA, la declaración de Nuevo León de 2004, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y algunas Recomendaciones y Directivas Europeas.

La libertad de expresión así comprendida, es vinculada estrechamente por la Corte con la democracia. Se establece que la posibilidad de ejercer el control democrático de la gestión estatal requiere, de manera indispensable, que ésta esté sometida a los principios de publicidad y transparencia. Ello no puede lograrse si no existe una garantía cierta y eficaz del derecho de acceso a la información pública.

Luego de analizar el derecho, y bajo el supuesto teórico de que éste admite restricciones, la Corte se dedica a precisar su alcance, estudiando sus límites. Para ello sigue el mismo método empleado en el primer análisis, y comienza por citar sus precedentes, que son: *Caso López Álvarez*, párr. 165; *Caso Palamara Iribarne*, párr. 85;

*Caso Ricardo Canese*, párr. 95; y *Caso Herrera Ulloa*, párr. 120-123. Precisa que las restricciones deben ser establecidas por leyes, para que no queden al arbitrio del poder público; que estas leyes deben dictarse por “razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”; y que las restricciones deben ser necesarias y responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Dichos objetivos son: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. En las sociedades democráticas, prosigue la Corte, la regla general debe ser la máxima divulgación de la información pública y la excepción su restricción, que, en todo caso, “debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

Del estudio del derecho y de sus restricciones, la Corte establece la “presunción” de que toda información pública es accesible. Por ello, corresponde al Estado la carga de probar que la restricción establecida es justificable a la luz de los requisitos establecidos por la Corte. Esta es la *ratio decidendi* de la sentencia.

Al revisar nuevamente las circunstancias concretas del caso bajo examen, la Corte encuentra que la restricción no fue establecida por medio de una ley; que ésta no corresponde a alguno de los objetivos permitidos por la Convención Americana; que tampoco aparece evidencia de que la restricción fuese necesaria en una sociedad democrática; y que, además, la decisión de negar el acceso no aparece debidamente escrita y motivada, haciendo imposible para los afectados conocer la razón de la negativa. Por ello, decide que el Estado ha violado la Convención Americana y procede a determinar la condena.

Como comentario final a esta importante sentencia, es menester advertir que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 93, incorpora como normas constitucionales los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a los que otorga incluso supremacía al integrarlos en el “bloque de constitucionalidad”. Siendo la Convención Americana uno de esos tratados, se sigue que ella hace parte de dicho bloque. Por lo tanto, el derecho de acceso a la

información pública, como parte integrante de la libertad de expresión, es un derecho de estirpe constitucional en Colombia. Siendo la libertad de expresión un derecho fundamental en Colombia, se sigue que el derecho de acceso a la información pública también lo es.

## MÉXICO: UNA NUEVA REVOLUCIÓN

*Las revoluciones no se hacen por menudencias,  
pero nacen por menudencias.  
Aristóteles.*

Una de las más recurrentes percepciones que la opinión latinoamericana tenía de la República de México, llegando a ser un lugar común, fue la de haber sido una de las más aventajadas en la deplorable tarea de entronizar la corrupción como parte de sus instituciones. La mordida, la coima, el soborno y otras malas artes, parecían formar parte de la tradición política mexicana. Sin embargo, ese estado de cosas era insostenible. Hace pocos años México ha dado un viraje radical, lamentablemente inadvertido por muchos, en sus costumbres políticas. El problema capital de la corrupción ha sido enfrentado con el principio de la transparencia y con el derecho fundamental de acceso a la información pública. De ser reputado como un paraíso para la corrupción pública, en poco tiempo, México está pasando a ser un paradigma de todo lo contrario.

La preocupación por lograr una administración transparente ha producido una reforma constitucional, mediante la cual se ha reconocido con toda claridad el derecho fundamental de acceso a la información pública. El nuevo siglo empezó muy bien en México en esta materia, con la aparición en el año 2002 de la Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, el país aparece como pionero en estas materias. Esta ley y sus reformas, la última de las cuales fue publicada el 6 de junio de 2006 en ese mismo diario, será prontamente materia de reforma constitucional, incorporando el principio de la transparencia, por la vía del derecho fundamental de acceso a la información pública en la propia Constitución Federal. El camino seguido para este cambio es muy semejante al que se pudo apreciar en el sistema interamericano

de derechos humanos. Sobre la base de la libertad de expresión, reconocida en el artículo 6 de la Carta, se desarrollará legalmente primero y después por medio de una reforma constitucional, en la que se incluirá una adición especial, el derecho fundamental de acceso a la información pública.

El texto original del artículo 6, según la reforma introducida a la Constitución Federal el 6 de diciembre de 1977 es:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público, el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Por medio de reforma introducida el 20 de julio de 2007, el contenido del artículo 6 fue adicionado en los siguientes términos:

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de la máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

La Constitución Federal adopta la misma regla general señalada como *ratio decidendi* en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que en principio es posible acceder a toda información pública, salvo que la ley, de manera justificada, proporcionada y razonable establezca alguna restricción a dicho acceso. En el caso de la Constitución Federal todas las restricciones están limitadas en el tiempo, pues el principio acogido es el de la máxima publicidad. Obviamente, este acceso se garantiza sin menoscabo de la intimidad de la vida privada y de los datos personales. La consagración del derecho en términos que, como se ve, son especialmente generosos, se ve complementada por su gratuidad y, quizá lo que sea más importante por el claro mandato de que la Administración actúe al servicio del ciudadano, adecuando todos sus procedimientos y metodologías para estar en condiciones de brindar información actualizada, de manera expedita y por medios electrónicos, a todos, y en especial a quienes la soliciten, sin que sea necesario acreditar interés alguno.

La Ley Federal de Transparencia y acceso a la información pública gubernamental, publicada en el diario oficial de la Federación el 11 de junio de 2002, cuya última reforma, como ya se dijo, fue publicada el 6 de junio de 2006 en ese mismo diario, es una ley de orden público, que pretende proveer lo que sea necesario para garantizar el “acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal”. Esta norma procura regular en integridad los desarrollos de la norma constitucional atrás citada. Siendo la regla general la del acceso libre a la información pública gubernamental, merece la pena centrar el análisis en la consideración de las excepciones a dicha regla, valga decir: en las restricciones que la ley establece en los artículos 13 y 14 en los siguientes términos:

**Artículo 13.** Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:



- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- II. Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter confidencial al Estado Mexicano;
- III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país;
- IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o
- V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

**Artículo 14.** También se considerará como información reservada:

- I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial;
- II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal;
- III. Las averiguaciones previas;
- IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado;
- V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o
- VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada una decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

Cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información a que se refieren las fracciones III y IV de este Artículo, dicha información podrá ser pública, protegiendo la información confidencial que en ella se contenga.

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de los derechos fundamentales o de delitos de lesa humanidad.

La ley establece un régimen de restricciones razonable, que incluso contempla una restricción a las restricciones cuando esté de por

medio una violación grave de los derechos humanos o un delito de lesa humanidad. El límite temporal a las restricciones, sin perjuicio de lo que otras leyes particulares establezcan, es fijado por el artículo 15 en hasta doce años, aunque es posible desclasificar cualquier información aun antes si se extinguen las causas que dieron origen a su clasificación como reservada o confidencial.

La mera existencia de las normas no garantiza la eficacia de los derechos en la práctica. Se requiere además de la existencia de tribunales que las hagan valer y de entidades que implementen todo lo que sea necesario para que los mandatos jurídicos puedan operar. El caso de México es también ejemplar en ambos aspectos. La Corte Suprema Federal y los demás tribunales del país han mostrado un sincero compromiso con el derecho fundamental de acceder a la información pública, empezando por ser de los primeros en suministrarla, como puede constatarse en la página web de la Corte y en especial en el portal <http://www.cjf.gob.mx/transparencia/>, en el que aparece la información relevante del poder judicial. Al día de hoy es posible consultar por vía electrónica un amplio acervo de informaciones de dichos tribunales y de los asuntos ante ellos tramitados, con excelentes buscadores y bases de datos. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (<http://www.ifai.org.mx/>) ha sido desde su creación un importante impulsor de la causa de la transparencia, con implementación de metodologías, mecanismos y fórmulas para lograr que la administración sea capaz de organizar la información y ponerla prontamente al alcance de las personas.

Probablemente una de las tareas más destacadas del Instituto ha sido la promoción constante de espacios académicos para estudiar y debatir en torno al derecho de acceso a la información pública. De ello se da cuenta con prolijidad en su página web. La Universidad Autónoma de México UNAM, se ha vinculado a este esfuerzo con importantes investigaciones, con publicaciones especiales y periódicas, y con una interesante tarea de seguimiento. A los eventos programados por el Instituto han concurrido importantes conocedores del tema en el mundo, de cuyas reflexiones bien valdría la pena ocuparse, así sea brevemente en las siguientes líneas. Del muy abundante material disponible, se ha considerado traer a cuento el producido en el año

2006, como muestra representativa, sin desconocer que en los años siguientes la producción ha sido muy abundante en lo cuantitativo y muy valiosa en lo cualitativo. De dicho año, se ha elegido un estudio sobre el acceso a la información como derecho fundamental elaborado por la profesora Rafaela López Salas y algunos documentos presentados en la semana nacional de la transparencia en el año de 2006.

La profesora Rafaela López Salas vincula el acceso a la información con el derecho a la instrucción y a la cultura, caro a los liberales mexicanos decimonónicos, que luego se plasmará en la Constitución con la consagración de la libertad de expresión. Se resalta que la libertad de expresión, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, incluye el derecho de “investigar y recibir informaciones y opiniones”, a lo cual hay que agregar la difusión de las mismas. Las tres acciones: investigar, recibir y difundir definen esta libertad. En este marco irrumpe en la tradición jurídica mexicana el derecho de acceso a la información, que a su juicio plantea “una situación de tensión con otros derechos fundamentales”, como el derecho al honor, a la intimidad, a la vida privada y a la imagen. Se sostiene que el derecho de acceso a la información, comprendido como el derecho a vivir una vida informada, “evoluciona en virtud de la participación que tiene el individuo en los asuntos de interés público a grado tal, que actualmente los ciudadanos están legitimados para ejercer el derecho de información en todas sus vertientes”.

En el marco de la semana nacional de la transparencia, en la que se festeja anualmente la “emisión de la Ley de la Transparencia en México”, en el año 2006, participaron los profesores Federico Reyes Heróles, José Woldenberg, Alonso Lujambio Irazabal, Thomas Markert, Eduardo Bertoni y Salvador Nava.

El profesor Federico Reyes Heróles, además de hacer muy interesantes planteamientos sobre los retos y desafíos que impone este derecho en las actuales circunstancias, resumió afortunadamente el sentido de esta celebración en los siguientes términos:

Festejamos la vigencia de una ley; festejamos es cierto el nacimiento de una Institución, pero sobre todo festejamos la ampliación de uno de nuestros derechos ciudadanos fundamentales: el derecho

a conocer el uso y los destinos de los recursos públicos que entre todos generamos.

El acceso a la información pública es una de las herramientas más eficaces para combatir la corrupción y el mal gobierno. Fue ese el motivo que impulsó al Consejo Rector de Transparencia Mexicana, organismo que me honro en presidir, hace exactamente 6 años a formular una propuesta sobre el tema que fue entregada al entonces Presidente Electo.

Fue esa misma motivación la que agrupó a mexicanos muy valiosos que auténticamente persiguieron el proyecto de ley enriqueciendo su contenido. Esa misma motivación nos reúne hoy para ratificar nuestro convencimiento de la utilidad del instrumento ciudadano. El derecho a la información no sólo es una herramienta de combate a la corrupción, es en buena medida el cimiento en el que se sustenta la credibilidad de los ciudadanos hacia sus instituciones. La credibilidad es la argamasa del pacto social; la credibilidad no es un acto de fe porque los asuntos de la res pública no pertenecen a las convicciones religiosas.

En una democracia la credibilidad se sustenta en el conocimiento, en el saber de los ciudadanos. Pero en los festejos se puede muy fácilmente perder el sentido crítico, mucho se ha avanzado, pero mucho queda por hacer.

El profesor José Woldenberg recuerda el sencillo enunciado por medio del cual la profesora María Marván sintetiza el sentido de la ley de transparencia: “Que el ciudadano pueda preguntar y que la autoridad esté obligada a contestar”. El acceso a la información pública tiene que ver con la iniciativa de hacer público lo que siempre ha debido ser público, rescatando la información del laberinto en que había sido abandonada por la discrecionalidad, muchas veces caprichosa e injustificada, de la burocracia. La transparencia, resistida por la opacidad, que acompaña inercialmente a los burócratas, implica una verdadera revolución en el ejercicio del poder. Se trata de un cambio en el modo de ejercerlo, marcado por su acento democrático, que implica la posibilidad cierta de un control ciudadano, cuyo primer resultado es la correlativa reducción de la arbitrariedad y de la discrecionalidad de los funcionarios, quienes deben justificar adecuadamente sus decisiones, pues merced al acceso a la información, éstas serán materia del debate público.

El profesor Alonso Lujambio Irazabal, en el discurso de instalación, brinda valiosos elementos para el análisis cuantitativo del asunto.

Recuerda que en los últimos quince años en el mundo se han promulgado 48 leyes de transparencia, de las cuales el 75% ha sido aprobado después de 1990, en una tendencia que se ha acentuado marcadamente en el último lustro. Este proceso ha ocurrido en 69 países de los cinco continentes, lo que permite sostener que se trata de un tema actual en la agenda de los países democráticos.

El profesor Thomas Markert, Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión de Venecia, Consejo de Europa, participó junto con el profesore Eduardo Bertoni, Director Ejecutivo de la Fundación para el debido proceso legal en EEUU en el panel “El acceso a la información pública en el derecho constitucional, experiencia compartida”. El comentarista del panel fue el profesor Salvador Nava. La principal cuestión del panel fue la “constitucionalización del acceso a la información”.

El panelista Markert recuerda el origen escandinavo de la institución, ocurrido en Suecia con la ley de libertad de prensa, adoptada en el siglo XVIII. Esta norma “es un documento constitucional que garantiza acceso muy amplio del público a los documentos oficiales”. La constitucionalización de este derecho es visible en las Constituciones de Holanda, Finlandia, Bélgica y en algunos de los antiguos estados comunistas como Molovia, que lo establecen de manera explícita. Este derecho ha sido reconocido por normas comunitarias tales como la Convención Europea de Derechos Humanos y mencionado en algunas recomendaciones. Ha habido dificultades en armonizar el acceso con la visión mayoritaria de las libertades, que son miradas como libertades negativas. A ello puede deberse que la mayoría de estados de Europa ha dejado el derecho de acceso a la información en el plano de la regulación legal, pues este derecho no se tiene como fundamental.

El panelista Bertoni considera que en América no existe una tendencia a constitucionalizar el acceso a la información, como un derecho autónomo, pero sí a generar mecanismos que garanticen dicho acceso, pues la consagración normativa del derecho, como en Europa, se ha dado mayoritariamente en el plano legal. Al no estar constitucionalizado directamente el acceso, es necesario averiguar

los vínculos de éste con los derechos constitucionalizados, para establecer la relación existente entre ellos. En esta búsqueda se trae a cuento el derecho de petición, como ocurre en el caso de Costa Rica y Honduras; la libertad de expresión, que corresponde a un derecho fundamental en casi todas las constituciones que la consagran, que son la mayoría; el derecho internacional, por la vía de las normas interamericanas, especialmente de la Convención Americana que lo consagra como derecho fundamental, y que algunas constituciones incorporan bajo la figura del bloque de constitucionalidad. Considera que la constitucionalización del derecho de acceso tiene más sentido en las repúblicas federales, por razones de igualdad. Sin embargo, la constitucionalización implica una gran dificultad: la de incluir algunos principios anejos al acceso en la constitución. A manera de ejemplo, trae a colación los diez principios del derecho de acceso a la información pública elaborados por la Organización Proacceso o Pen Society, Limac y el Instituto de Prensa Social, en Perú, que son: el principio de máxima apertura, el principio de que todas las entidades públicas deben ser sujetos de la ley, el principio de que el derecho es igual para todas las personas, el principio de gratuidad de la información, el principio de un proceso sencillo y rápido, el principio de clara definición de las causas de reserva, el principio de organismo regulador independiente, el principio del derecho a ser orientado, el principio de la información de oficio y el principio de armonía del derecho de acceso a la información.

Hace un año, y ya en el plano estatal, se promulgó la Ley de transparencia y acceso a la información pública del Estado de México y Municipios, que aparece publicada en la “Gaceta del Gobierno” el 24 de julio de 2008 ([http://www.infoem.org.mx/doc/marco\\_ley\\_transparencia.pdf](http://www.infoem.org.mx/doc/marco_ley_transparencia.pdf)). Esta ley tiene por objeto: “transparentar el ejercicio de la función pública, tutelar y garantizar a toda persona, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a sus datos personales, así como a la corrección y supresión de éstos y proteger los datos personales que se encuentren en posesión de los sujetos obligados”, y por objetivos:

- I. Promover la transparencia de la gestión pública y la rendición de cuentas de los sujetos obligados hacia la sociedad, bajo el principio de máxima publicidad;

**II.** Facilitar el acceso de los particulares a la información pública, a sus datos personales, a la corrección o supresión de éstos, mediante procedimientos sencillos y expeditos, de manera oportuna y gratuita;

**III.** Contribuir a la mejora de la gestión pública y a la toma de decisiones en las políticas gubernamentales, mediante mecanismos que alienten la participación ciudadana en el acceso a la información;

**IV.** Promover una cultura de transparencia y acceso a la información;

y

**V.** Garantizar a través de un órgano autónomo:

**A)** El acceso a la información pública;

**B)** La protección de datos personales;

**C)** El acceso, corrección y supresión de datos personales en posesión de los sujetos obligados; y

**D)** El derecho a la intimidad y privacidad de los particulares, en relación con sus datos personales.

Dicho órgano será responsable de promover y difundir estas garantías y resolver los procedimientos relacionados con éstas.

De los 87 artículos que conforman la ley, vale la pena ocuparse, así sea de paso, de tres aspectos centrales: la forma del acceso, la información publicada y la disponibilidad de la misma. El acceso, según el artículo 6, será “permanente y gratuito”, y en caso de que sea necesario expedir documentos escritos, grabaciones o reproducciones su valor no podrá exceder el costo de la copia más el importe del envío. Los artículos 12, 13, 14 y 15 establecen que los sujetos obligados por la ley, valga decir los entes públicos, deberán tener disponible la información “de manera permanente y actualizada, de forma sencilla, precisa y entendible a los particulares”, incluyendo dentro de ella, entre otros datos, los relativos a las “leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, convenios, manuales de organización y procedimientos y demás disposiciones en los que se establezca su marco jurídico” (art. 12.I); al directorio de servidores públicos, con indicación de su nombramiento, puesto funcional y remuneración (art. 12.II); a los planes de obras (art. 12.III); a los ingresos, egresos y deuda pública (art. 13.II); a la agenda legislativa (art. 14.III); y al desarrollo de obras para brindar servicios como los de agua potable, drenaje y alcantarillado (art. 15.I). Los cuatro artículos citados establecen treinta y dos clases de informaciones, que cubren muchos ámbitos relevantes de la acción pública. En cuanto a la disponibilidad, que aparece regulada en los

artículos 17 y 18, merece destacarse la preferencia que se da a los sistemas computacionales y a las nuevas tecnologías, y la obligación que tienen los entes públicos de poner al alcance de las personas la información, disponiendo de los medios requeridos para tal fin y brindando el apoyo que sea necesario.

## **COLOMBIA: ESTUDIO DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ANÁLISIS DE CASOS**

*La idea que no trata de convertirse en palabra es una mala idea,  
y la palabra que no trata de convertirse en acción es una mala palabra.*

Gilbert Keith Chesterton.

En la tradición jurídica colombiana el acceso a la información no ha tenido una consagración normativa independiente. El código contencioso administrativo procura dar algunas garantías a los ciudadanos para permitirles acceder a los documentos públicos. En el plano constitucional el acceso a la información suele encauzarse, como ocurre en algunos países centroamericanos, por la vía del derecho de petición.

A partir de la Constitución de 1991, que consagró la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, la violación del derecho de petición, en algunos casos vinculado al acceso a documentos públicos, ha sido uno de los principales motivos de las tutelas presentadas ante la justicia. La administración colombiana no estaba acostumbrada ni preparada para responder prontamente las peticiones de sus ciudadanos. Esta disfuncionalidad, en el caso concreto del acceso a la información, no puede ser remediada adecuadamente por la institución del silencio administrativo, pues en muchos casos, a pesar de obtenerse una decisión afirmativa, merced al silencio, el desorden, la desidia y la desorganización de la administración hacen en la práctica muy difícil encontrar la información requerida. Además, la administración suele ceder frecuentemente, como se vislumbró en la sentencia de la Corte Interamericana, a la tentación de establecer restricciones implícitas o sobreentendidas al acceso a la información, o a la de escudarse tras el parapeto del reglamento o del acto administrativo



de carácter general, para cubrir con el velo del capricho aquello que, como todo lo público, debe estar siempre a la luz, salvo que razones excepcionales justifiquen su reserva.

A partir de una sentencia de tutela, estudiada como caso ejemplar, en la que se examinará la comprensión que la Corte Constitucional hace del derecho de petición, cuando recae sobre acceso a información pública, se procurará hacer un análisis crítico de la cuestión, a fin de poner de presente la limitación de esa visión de las cosas, sobre todo si se juzga desde la conflictiva perspectiva de la constitucionalización de este derecho.

En efecto, la Corte, en la Sentencia T-1075 de 2003, al estudiar el caso de la petición de información que hiciera al Ministro del Interior y de Justicia el señor Jaime Castro, en torno del referéndum elaborado por el Gobierno, luego de revisar detenidamente las múltiples comunicaciones cruzadas por las partes, y de encauzar la cuestión en torno al derecho de petición, planteó el problema jurídico en los siguientes términos:

- a) Si existe algún límite al contenido del derecho de petición o a las materias consultadas en ejercicio de éste diferente a los documentos de reserva; y
- b) Si debido a la naturaleza de algunas peticiones, por la imposibilidad de una respuesta cierta y precisa, es viable contestar indicando que no se absolverán de fondo.

El discurso de la Corte comienza por traer a cuento la Sentencia T-377 de 2000, en la cual la jurisprudencia sistematizó los elementos característicos del derecho de petición, que luego fueron ampliados por la Sentencia T-1006 de 2001, para señalar que mediante el derecho de petición “se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión”. La petición tiene sólo dos límites: que corresponda a la competencia del funcionario y que no se trate de algo sometido a reserva. La decisión de la Corte es adversa a los intereses del Señor Jaime Castro, pues “si bien ejercitó legítimamente su derecho fundamental”, la naturaleza de lo consultado no permite una respuesta de fondo.

El estudio de esta primera sentencia permite sostener dos asertos. El primero es que en Colombia el acceso a la información se ha vinculado estrechamente al derecho de petición. El segundo es que el derecho de petición es un derecho fundamental.

En la Sentencia C-887 de 2002, al ocuparse de una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 555 de 2000, en la cual se regula el tema de los servicios de comunicación personal, la Corte, luego de reconocer la idoneidad del principio de transparencia para el combate de la corrupción, y ocupándose del acceso a la información, precisa que:

El artículo 74 de la Constitución Política dispone que *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley”*, derecho que encuentra desarrollo en el artículo 19 del C.C.A., modificado por el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, que autoriza a los ciudadanos para acceder a la información oficial consultando los documentos que reposen en las oficinas públicas, siéndoles permitido igualmente solicitar y obtener copias de los mismos, con excepción de los que estén bajo reserva legal o que se relacionen con la defensa o seguridad nacional.

De lo anterior se desprende claramente que la regla general sobre publicidad de los documentos públicos está consagrada en la propia Constitución, y que únicamente la ley está habilitada para establecer las excepciones al derecho de acceder a los documentos públicos. Así lo ha reconocido la Corte desde sus primeros pronunciamientos al considerar que *“el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe, pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley tal como lo dispone expresamente el artículo 74. Vale decir: solo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho que por supuesto, incluye la consulta de los documentos in – situ y no sólo como pudiera pensarse, la solicitud de copias”*. (Ver Sentencia T-473 de 1992).

También ha señalado la Corte que el acceso a los documentos públicos no es absoluto en tanto y cuanto la ley puede establecer su reserva con base *“en una objetiva prevalencia del interés general. En este orden de ideas, es permitido a los funcionarios impedir el acceso a documentos reservados, si va autorizada, también cuando el contenido de los documentos vulnere el derecho a la intimidad”*. Igualmente, en reiteradas oportunidades esta Corporación ha expresado que si bien el derecho a acceder a documentos públicos tiene carácter autónomo, es también una

manifestación concreta del derecho de petición, como quiera que la principal finalidad de estos derechos es obtener una información a través de una respuesta concreta.

La Corte sostiene una dualidad jurídica, pues de una parte afirma que el acceso a la información pública es un derecho autónomo, establecido en la Constitución y desarrollado por la ley; y, de otra, señala que se trata de una manifestación concreta del derecho de petición. Esta postura bipolar conlleva una hipotética dificultad, pues si el acceso a la información pública es una manifestación del derecho de petición, no hay duda alguna de que se trata de un derecho fundamental. Toda manifestación concreta de un derecho fundamental es, también, *a fortiori*, un derecho fundamental. Empero, si el acceso a la información pública es un derecho autónomo, ¿cuál sería su naturaleza? La Corte no responde esta pregunta, pues la hipótesis del derecho autónomo solamente la plantea como posible, ya que en la práctica suele encauzar este derecho dentro del derecho de petición. Con todo, no sería posible sostener, sin vulnerar la lógica –y el derecho- que un derecho a veces es fundamental y a veces no, pues lo fundamental de un derecho no es un asunto coyuntural o meramente circunstancial, sino un tema estructural. Por ello, es preciso tomar partido por la única alternativa razonable y sostener que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental.

En una reciente sentencia, la C-491 de 2007, al estudiar la acción de inconstitucionalidad promovida contra la Ley 1097 de 2006, que regula el siempre espinoso tema de los gastos reservados, especialmente en materias vinculadas a temas de inteligencia y de contrainteligencia, la Corte se ocupa puntualmente de precisar el alcance del derecho de acceso a la información pública. Los gastos reservados, usualmente empleados en el manejo de la seguridad nacional, ofrecen una inmejorable oportunidad a la Corte para estudiar con detenimiento el tema de los límites al acceso a la información pública, a partir del análisis de la justificación de los mismos.

La Corte comienza por rechazar el secreto en la gestión estatal y por sostener, *contrario sensu*, la “plena publicidad y transparencia de

la gestión pública”. Pues considera, como es muy razonable hacer, que aquello que no se quiere mostrar es aquello que no se puede justificar. La publicidad y la transparencia de la información son “la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho”. Sobre la base de la información se ejercita la crítica, se desarrolla el control y se afianza el ejercicio de la oposición. Para la Corte “el derecho de acceso a la información pública es una herramienta fundamental para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y el derecho a la memoria histórica de la sociedad”.

Los principios de publicidad y de transparencia se hacen efectivos, a juicio de la Corte, por medio de los derechos de acceso a la información pública y de petición. Ambos derechos son calificados expresamente como fundamentales. Dada la importancia tanto de los principios como de los derechos involucrados, la Corte considera que “los límites a tales derechos se encuentran sometidos a exigentes condiciones constitucionales y el juicio de constitucionalidad de cualquier norma que los restrinja debe ser en extremo riguroso”. Los requisitos que debe cumplir la ley para restringir el derecho de acceso a la información pública son resumidos por la Corte de la siguiente manera:

1) Como regla general, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho fundamental de acceso a la información del Estado. En este sentido, donde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información. Al respecto la Corte ha indicado:

“En suma, en una sociedad democrática, la regla general consiste en permitir el acceso ciudadano a todos los documentos públicos. De allí que constituya un deber constitucional de las autoridades públicas entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado”.

De la regla “pro publicidad” se derivan dos consecuencias: las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada.

En todo caso la Corte ha indicado que el derecho de acceso a los documentos públicos no se extiende a los documentos meramente preparatorios o en trámite de elaboración ni a la información íntima o privada de personas naturales que no tenga ninguna relevancia pública.

Finalmente, la Corte ha considerado “constitucionalmente admisible” la regulación legal del procedimiento de acceso a información. Tales reglas deben ser tenidas en cuenta por el juez constitucional a la hora de definir si en un determinado caso existe vulneración del derecho que se estudia.

2) Tal y como lo dispone el artículo 74 de la Constitución, los límites del derecho de acceso a la información pública tienen reserva de ley. En efecto, según la citada disposición, “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley (...)”.

En aplicación de esta regla, la Corte tuteló el derecho de un ciudadano a quien las autoridades aeronáuticas le negaban el acceso a una cierta información con el argumento de que la misma era objeto de reserva según un reglamento aeronáutico contenido en un acto administrativo. En criterio de la Corte “resulta evidente que la reserva de las investigaciones administrativas sobre accidentes aéreos que la entidad demandada opone al actor para negar los documentos por él solicitados, no emana de la ley, sino de un acto de la Administración dictado en ejercicio de su función reglamentaria, como lo es el Manual de Reglamentos Aeronáuticos adoptado por Resolución No. 2450 de 1974, del Jefe del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil. Por ello mismo, siendo como es que en el presente caso no se está ante una reserva en sentido estricto, mal podría aducirse un tal reglamento para desatender las pretensiones del demandante” (T-1268/01).

3) La ley que limita el derecho fundamental de acceso a la libertad de información debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva. En efecto, la Constitución en este sentido rechaza las normas genéricas o vagas que pueden terminar siendo una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. Para que esto no ocurra y no se invierta la regla general de la publicidad, la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan

sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas. Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

“En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla. En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 Superior.”

En aplicación de esta regla, la Corte declaró la exequibilidad de una serie de disposiciones que autorizaban la reserva de ciertos documentos judiciales bajo el entendido de que las disposiciones demandadas, dada su vaguedad, sólo eran exequibles si se entendía que remitían a las normas legales que de manera precisa y clara establecían la reserva legal de información judicial para proteger a víctimas y testigos de procesos penales.

4) La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia. Al respecto la Corte ha indicado que “el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.)”.

5) La reserva legal sólo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta. En ese sentido en un caso de violencia contra menores, por ejemplo, solo es reservado el nombre del menor o los datos que permitan su identificación, pero no el resto de la información que reposa en el proceso, pues resultaría desproporcionado reservar una información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional. A este respecto no sobra recordar que la Corte ha señalado que cualquier decisión destinada a mantener en reserva determinada información debe ser motivada y que la interpretación de la norma sobre reserva debe ser restrictiva.

6) La reserva legal no puede cobijar información que por decisión constitucional deba ser pública. Así por ejemplo, resultaría abiertamente inconstitucional que se estableciera una reserva sobre el

contenido de las leyes de la República, el trámite legislativo, los nombres de los servidores públicos de elección popular, en fin, todos los procesos y actuaciones cuya publicidad es constitucionalmente obligatoria. En este sentido, para mencionar un tema que tiene relación directa con las normas demandadas, resultaría inadmisiblemente constitucionalmente hablando que la cuantía de los gastos reservados de cada entidad estuviera también bajo reserva. Al ser este un tema que debe encontrarse dispuesto en la ley de presupuesto, dicha información debe ser pública de forma tal que pueda ser conocida y controvertida por la ciudadanía.

7) La reserva debe ser temporal. Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término debe levantarse. A este respecto, por ejemplo, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de una norma que no establecía un plazo razonable para la reserva de las investigaciones disciplinarias. La Corte encontró que la reserva de ley sobre la investigación disciplinaria debía levantarse una vez se practicaran todas las pruebas de la investigación o, una vez vencido el término legal para su práctica. Extender la reserva más allá de dicho plazo resulta desproporcionado y viola el derecho de acceso a la información Pública. Al respecto ha dicho la Corte:

“En realidad, no sería posible en ningún sistema excluir una instancia o momento de control social y político. Inclusive, se reitera, el modelo de la publicidad restringida, lo contempla, pues dictado el fallo se levanta la reserva que hasta entonces amparaba la investigación. Si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (C.P. art. 40). La publicidad de las funciones públicas (C.P. art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales” (C-038/96).

8) Durante el periodo amparado por la reserva la información debe ser adecuadamente custodiada de forma tal que resulte posible su posterior publicidad. La pérdida o deterioro de los documentos en los que reposa esta información puede dar lugar a graves sanciones disciplinarias e incluso penales y por ello las entidades que custodian la información así como los organismos de control deben asegurarse que dicha información se encuentre adecuadamente protegida. No sobra indicar que la Corte consideró que esta era una de las obligaciones más importantes de las entidades custodias de

información reservada para garantizar el derecho fundamental a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos y a la memoria de la sociedad colombiana.

9) La reserva cobija a los funcionarios públicos pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla. En aplicación de esta regla la Corte declaró inexecutable una norma que prohibía a los periodistas difundir información reservada. Al respecto dijo la Corte:

“El párrafo segundo de la norma examinada que prohíbe publicar extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo, es inexecutable en cuanto comporta una forma clara e inequívoca de censura y viola, por ende, el artículo 20 de la C.P. De otra parte, vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, garantizada en el artículo 73 de la Carta. La prohibición de la censura opera en un ámbito propio y respecto de ciertos sujetos, pero por sí misma no limita la competencia del legislador para imponer respecto de determinados actos y personas la obligación de la reserva.”

10) Adicionalmente, la Corte ha considerado que la reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político, de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada. En este sentido, la exigencia de motivación de la decisión de no entregar una información “reservada” tiene como uno de sus propósitos principales, según la Corte, facilitar el control judicial de dicha decisión.

11) Es cierto que el legislador puede establecer límites del derecho de acceso a la información, pero esos límites sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como la seguridad nacional, el orden público o la salud pública. En todo caso, la limitación que se imponga debe resultar razonable y proporcionada al logro de dicha finalidad. Al respecto ha señalado la Corte:

“La publicidad como principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, se respeta cuando se logra mantener como regla general y siempre que la excepción, contenida en la ley, sea razonable y ajustada a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales.”



Adicionalmente la Corte ha señalado que en las siguientes situaciones puede resultar legítima la reserva: (1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) ante la necesidad de mantener la reserva para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) frente a la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales. En todo caso cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los fines que se busca alcanzar.

Como lo ha señalado la Corte, en perfecta armonía con lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia interamericana en la materia, “el principio de proporcionalidad comprende tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, que la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y la tercera, alude a que la intervención en el derecho fundamental intervenido debe compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.”

12) En estrecha relación con las consideraciones anteriores, la Corte ha considerado que corresponderá al juez que ejerce el control sobre la decisión de no entregar determinada información, definir si tal decisión se encuentra soportada de manera clara y precisa en una ley y si la misma resulta razonable y proporcionada al fin que se persigue. Al respecto ha dicho la Corte:

“Aun cuando el derecho de acceso a los documentos públicos puede ser limitado por el legislador por disposición del artículo 74 de la Constitución Política, como se hizo con relación a la defensa o seguridad nacional, el escrutinio judicial sobre la restricción que a la consulta y expedición de copias de documentos públicos hagan las autoridades, no se agota con la simple verificación de que dicha acción se fundamenta en normas jurídicas y que éstas tengan rango de ley, sino que además debe examinarse la proporcionalidad de la restricción de cara a los derechos, principios y valores constitucionales que resulten afectados con la medida. (...) el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva

del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, *prima facie*, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas.”

13) Especialmente, en cuanto se refiere a la información relativa a la defensa y seguridad nacional, resulta relevante recordar que distintas disposiciones legales y de derecho internacional admiten su reserva legal. Al respecto, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, permite extender el carácter de reservados a los documentos que atenten contra la seguridad y defensa nacional, así:

“Artículo 12.- Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”

En distintas decisiones la Corte ha admitido expresamente que una de las razones que pueden justificar la restricción del principio de publicidad de la información del Estado es la defensa de la seguridad nacional. Sin embargo ha reiterado que en cualquier caso la limitación concreta que se establezca debe satisfacer los principios de razonabilidad y proporcionalidad así como los restantes requisitos antes mencionados. En la Sentencia T-1268 de 2001 referida a las razones que permiten justificar la reserva legal de cierta información relacionada con la defensa y la seguridad nacional, dijo la Corte:

“(L)os funcionarios públicos, están autorizados para no permitir el acceso a aquellos documentos cuya consulta o comunicación pueda atentar contra secretos protegidos por ley tales como los concernientes a la defensa y seguridad nacionales, a investigaciones relacionadas con infracciones de carácter penal, fiscal, aduanero, o cambiario, así como a los secretos comerciales e industriales” (T-473 de 1992).

Así mismo, en la Sentencia C-872 de 2003, la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 27 y 42 del Decreto 1799 de 2000, “Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación

para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones”. Según las normas demandadas, “los documentos elaborados por las autoridades evaluadoras y revisoras en los que se consignan informaciones y juicios de valor acerca de las condiciones personales y profesionales de los oficiales y suboficiales tienen carácter de reservado salvo para las partes que intervienen en el proceso. A su turno el artículo 42 señalaba que “las sesiones decisorias de la junta calificadora y las decisiones tomadas tienen carácter reservado, así como los documentos en que ellas consten.” (subraya fuera del texto original). La Corte declaró exequibles estas disposiciones salvo las expresiones “las decisiones tomadas” y “así como los documentos en que ellas consten”.

A juicio de la Corporación, en lo que concierne a la reserva sobre el desarrollo de las sesiones de la Junta Clasificadora, y por ende, sobre las actas contentivas de las mismas, la imposición del secreto garantiza el buen funcionamiento de las Fuerzas Militares, como quiera que se trata de un cuerpo armado, estrictamente jerarquizado, basado en el principio del mando. Por consiguiente, se justifica que las discusiones sobre los ascensos que tienen lugar en el seno de la institución castrense no sean públicas. Por el contrario -dice textualmente la Corte-, la imposición de una reserva legal sobre el acto administrativo mediante el cual se *decide* clasificar para ascenso en una lista o en otra a un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, así como la imposición del secreto sobre los documentos que en ellos consten, no persiguen un fin constitucionalmente válido, pues no se encuentran asociadas de manera clara con la defensa de la seguridad nacional ni con la protección de otro derecho o bien constitucional de tal importancia que justifique la reserva.

El prolijo esfuerzo de síntesis de la Corte, plasmado en los párrafos anteriores, es materia de una nueva síntesis, que la propia Corte elabora así:

En resumen, la Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública –o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información– cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional

que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.

En esta sentencia, merced a la consideración que hace la Corte de la jurisprudencia y de la doctrina internacional, especialmente de la jurisprudencia interamericana, de la cual se dio cuenta en una sección anterior, parece vislumbrarse un nuevo rumbo para la tendencia hasta ahora seguida en sus precedentes. En efecto, el derecho de acceso a la información pública aparece primero como una manifestación concreta del derecho de petición, siendo éste algo así como su primera matriz jurídica; paulatinamente comienza a ser apreciado como un derecho autónomo, con la pretensión de adquirir su “mayoría de edad”; para ser vinculado a la postre a una segunda matriz jurídica: la libertad de expresión. Con el acceso a la información pública parece ocurrir lo mismo que pasa con algunas prendas, pues lucen muy bien solas y, además, hacen juego con muchas combinaciones. Después de esta sentencia parecería que la Corte se encauza en el sendero de la Corte Interamericana sobre la materia. En fin, sea lo que fuere y mírese desde donde se mire, como derecho autónomo consagrado en la Constitución (art. 74); como concreción del derecho de petición; como concreción de la libertad de expresión; como un derecho humano, establecido en instrumentos internacionales e incorporado a la Constitución por la vía del bloque de constitucionalidad (art. 93); este polifacético derecho, en todos esos casos y supuestos, ha sido y es un derecho fundamental vinculado estrechamente al principio de transparencia (y al principio de publicidad), que resulta indispensable para un Estado democrático, como ocurre en el caso colombiano, o para cualquier organización política democrática.

## CONCLUSIONES

La transparencia y la publicidad son dos principios jurídicos reconocidos por el derecho y la jurisprudencia en el plano interamericano, y en el caso puntual de los ordenamientos jurídicos de México y de Colombia.

Tanto el principio de transparencia como el de publicidad son, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia, y la Constitución y las leyes de México, elementos indispensables para el ejercicio político democrático, la lucha contra la corrupción y el debate público de los asuntos comunes.

Los principios antes mencionados se concretan especialmente en el derecho de acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información pública es reconocido como fundamental por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que lo considera como una manifestación de la libertad de pensamiento y de expresión.

El derecho de acceso a la información gubernamental está establecido como fundamental en la Constitución Política de México.

El derecho de acceso a la información pública aparece consagrado en la Constitución Política de Colombia; ha sido considerado como fundamental por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que lo ha asumido de tres maneras distintas, a saber: como una manifestación concreta del derecho de petición, como un derecho autónomo y como una manifestación concreta de la libertad de expresión.

Existe una marcada tendencia mundial, al menos en las democracias, a consagrar el derecho de acceso a la información pública como una garantía fundamental para el ejercicio del poder político en términos públicos y participativos.

## REFERENCIAS

### *1. Fuentes normativas.*

#### 1.1. Internacionales:

- 1.1.1. Convención americana de derechos humanos.
- 1.1.2. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

#### 1.2 Chile:

- 1.2.1. Constitución Política.

#### 1.3. Colombia:

- 1.3.1. Constitución Política.
- 1.3.2. Código contencioso administrativo.
- 1.3.3. Ley 57 de 1985.
- 1.3.4. Ley 555 de 2000.
- 1.3.5. Ley 1097 de 2006.

#### 1.4. México:

- 1.4.1. Constitución Política.
- 1.4.2. Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.
- 1.4.3. Ley de transparencia y acceso a la información pública del Estado de México y Municipios.

### *2. Fuentes jurisprudenciales:*

- 2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
  - 2.1.1. Caso Claude Reyes y otros v. Chile. 19 de septiembre de 2006.
  - 2.1.2. Caso Herrera Ulloa. 2 de julio de 2004.
  - 2.1.3. Caso Ircher Bronstein. 6 de febrero de 2001.
  - 2.1.4. Caso La última tentación de Cristo. 5 de febrero de 2001.
  - 2.1.5. Caso López Álvarez. 1 de febrero de 2006.
  - 2.1.6. Caso Palamara Ibarne. 22 de noviembre de 2005.
  - 2.1.7. Caso Ricardo Canese. 31 de agosto de 2004.
- 2.2. Corte Constitucional de Colombia.
  - 2.2.1. C-887 de 2002.
  - 2.2.2. C-491 de 2007.
  - 2.2.3. T-473 de 1992.
  - 2.2.4. T-377 de 2000.
  - 2.2.5. T-1006 de 2001.
  - 2.2.6. T-1075 de 2003.

### *3. Fuentes doctrinales.*

- 3.1. Textos publicados en la Semana nacional de transparencia 2006, organizada por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de autoría de:

- 3.1.1. Rafaela López Salas.
- 3.1.2. Federico Reyes Heróles.
- 3.1.3. José Woldenberg.
- 3.1.4. Alonzo Lujambio Irazabal.
- 3.1.5. Thomas Market.
- 3.1.6. Eduardo Bertoni.
- 3.1.7. Salvador Nava.





## **EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

*Marcela Cubides Laverde*

SUMARIO: Legislación Colombiana sobre el Derecho a Acceder a la Información Pública. Discurso Filosófico sobre la Libertad de Expresión y sobre el Derecho a Acceder a la Información Pública desde la perspectiva del Liberalismo Modernizado. Conclusiones Generales sobre la Libertad de Expresión, especialmente sobre el Derecho a Acceder a la Información Pública.

Con base en mi Monografía de Grado, sobre “el Derecho de Acceso a la Información Pública”, me permito, por una parte, hacer una resumida referencia a la normatividad que sobre el tema se ha expedido en nuestro país y, por otra parte, un breve discurso filosófico que sobre la materia he realizado desde la perspectiva del Liberalismo Modernizado, terminando así, con unas breves conclusiones generales que sobre el tema en comento he podido hacer. Me permito anotar que en la mencionada Monografía de Grado he realizado una importante Línea Jurisprudencial sobre el derecho arriba referido, la cual se puede consultar para tener un mayor entendimiento sobre el Derecho a Acceder a la Información Pública.

### **LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

El primer punto a tratar en el presente artículo es la legislación nacional sobre el Acceso a la Información Pública, Es pertinente tener en cuenta que nuestro país, es un Estado que goza de un régimen democrático, participativo, que proporciona un orden político, económico y social

justo, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas en la prevalencia del interés general, donde se garantiza los derechos y libertades de los individuos, tal como lo enaltece nuestra Constitución Nacional de 1991, en su Preámbulo y en los Artículos 1 y 2.

Teniendo presente lo anterior, y ya entrando en lo que nos compete, el Estado Colombiano ha dictado una importante normatividad sobre la Libertad de Expresión, y más concretamente sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

Respecto del Acceso a los Documentos Públicos, La Constitución de Antioquia de 1812, en su **Artículo 3**, dispuso lo siguiente:

“Todo ciudadano puede examinar los procedimientos de cualquier ramo del Gobierno, o la conducta de todo empleado público, y escribir, hablar, e imprimir libremente cuanto quiera, debiendo sí responder del abuso”.

En efecto, encontramos en primer lugar la Constitución de los Estados Unidos de Colombia o Constitución de Rionegro (8 de mayo de 1863), que respecto de la Libertad de Expresión decía:

“Sección II. *Garantías de los Derechos Individuales*: **Artículo 15.-** Es base esencial e invariable de la Unión entre los Estados el reconocimiento y la garantía, por parte del Gobierno General y de los Gobiernos de todos y cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes en los Estados Unidos de Colombia, a saber: ... **7.** La libertad de expresar sus pensamientos de palabras o por escrito, sin limitación alguna.<sup>1</sup>”

Respecto a lo expuesto anteriormente, el Dr. Antonio Cacia, ha expresado lo siguiente: “En esta Carta Fundamental ya se abren todas las válvulas de una libertad convertida en libertinaje; todo es ***Absoluto...***”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Constitución de los Estados Unidos de Colombia o Constitución de Rionegro (8 de mayo de 1863). Artículo 15. Numeral 7.

<sup>2</sup> CACUA PRADA, Antonio. Legislación de Prensa. Editorial el Voto Nacional. Bogotá. 1966. Pág. 39.

De lo anterior, se deduce que la Constitución de Rionegro manejaba una Libertad de Expresión absoluta sin limitación alguna, lo cual causaba un grave daño a los principios democráticos que debe observar un Estado Social de Derecho gozoso de libertades públicas. Vale aclarar, que las libertades públicas “no son lo que puede hacerse libremente, sin limitación alguna, sino lo que se debe hacer, donde por ningún modo puede contrariar el orden público.”<sup>3</sup>

Por su parte, en segundo lugar, encontramos la Constitución de 1886 que luego de 34 años de libertad absoluta (1851 – 1885), y después del Combate la Humareda, al referirse a la Libertad de Expresión, esta Constitución regula exclusivamente el Derecho de Prensa, así pues en su **Artículo 42** se estipula que “La prensa es libre, en tiempo de paz pero responsable de acuerdo con las leyes existentes”, y con el Literal K de las disposiciones transitorias de la Constitución se volvió a establecer la censura al disponer que “mientras no se expida la ley de imprenta, el gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa”.

Tal como lo indica el Dr. Elker Buitrago en su obra *Derecho a la Comunicación*, “la primera ley que preceptuó el Acceso a los Documentos Públicos fue la **Ley 4 de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal** en sus **Artículos 316 y 320** donde se conceptuaba lo siguiente:

“Todo ciudadano tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tenga carácter de reserva...”

En la Jurisprudencia del Consejo de Estado de la época se vislumbraba regulación frente al tema que nos ocupa. En 1977 el periodista Daniel Samper Pizano solicitó al Presidente del Congreso de la República de ese entonces, el acceso a los documentos de la pagaduría del Senado, quien prohibió tal acceso, ya que se consideraban como reservados. El periodista citado procedió a pedir la nulidad de aquella reserva mediante demanda ante el Consejo de Estado por

---

<sup>3</sup> PÉREZ VILLA, Jorge. “Libertades Públicas, Derechos y Garantías Constitucionales en Colombia”. Primera Edición. Editorial Leyer. 1994. Pág. 181.

violar el Artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal. Al respecto el Consejo de Estado dijo:

“En la Constitución Colombiana está escrito el principio según el cual la actividad de los órganos del Estado no es reservada ni secreta y, por lo tanto, los ciudadanos, salvo excepción constitucional o legal, tienen acceso a los documentos o los instrumentos en los que conste su ejercicio... ninguna duda existe, además, sobre el hecho de que en las oficinas de la pagaduría del Senado son dependencias del orden administrativo... y como ninguna ley ha establecido la reserva de los documentos que en ellos reposan, el quebranto del art. 320 del Código de Régimen Político y Municipal, por el acto acusado es manifiesto.”

Contra la señalada Sentencia se interpuso el recurso de Súplica, en donde el Consejo acotó lo siguiente:

“La Sala, teniendo el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José de Costa Rica y ratificada por la Ley 16 de 1972, considera que es importante advertir que en esa disposición se dice que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y que ese derecho comprende la libertad de BUSCAR, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” a lo cual se opone clara y abiertamente la determinación tomada por el Señor presidente del Senado”<sup>4</sup>

Posteriormente, se expidieron las siguientes normas sobre la materia:

- 1. El decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo** en sus Artículos 17 a 23, Capítulo IV, los cuales se refieren al Derecho a la Información como especie del Derecho de Petición –unidos en una misma figura jurídica-.
- 2. La Ley 57 de 1985**, por la cual se ordena la Publicidad de los Actos y Documentos Oficiales, en esta ley se destacan principalmente los siguientes ítems:

La regla general respecto del Acceso a los Documentos Públicos es la publicidad, la excepción es la reserva cuando así lo establezca

---

<sup>4</sup> BUITRAGO LÓPEZ, Elker. Derecho de la Comunicación. Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional. 1998. Págs. 93 y 94.

la Constitución y la Ley, así como cuando tienen relación con la Defensa o la Seguridad de la Nación. Por tanto, lo que no está prohibido normativamente está permitido.

- Los casos en los cuales los documentos gozan de reserva legal cesará a los 30 años de su expedición, convirtiéndose en un documento histórico, el cual está a la merced del público. Sin embargo hay casos que trae la ley donde la reserva es menor. Artículo 13.
- Las autoridades tienen un término de diez (10) días para resolver la petición de acceso a la información, si pasa dicho término y la autoridad no se pronuncia opera el Silencio Administrativo Positivo, es decir la autoridad debe dentro de los tres (3) días siguientes entregar el documento pedido al solicitante. Artículo 25.
- Si se trata de documentos reservados la entidad puede, a través de decisión motivada, negar su expedición o fotocopia. Artículo 21.
- Se regula el Recurso de Insistencia, que consiste en acudir a la Jurisdicción Contenciosa del lugar donde se encuentran los documentos, cuando el peticionario insiste en tener acceso a la solicitud negada por la entidad, para que dentro de los diez (10) siguientes decida, el Tribunal Contencioso Administrativo, si se debe aceptar o no la petición.
- En el caso de omisión o silencio de la autoridad, el único mecanismo óptimo para proteger el derecho en comento es la Acción de Tutela. Sentencia T - 464/1992. Corte Constitucional, principalmente.
- 

### 3. **El Artículo 74 de la Constitución:**

“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley...”

Este Artículo constitucional tiene sustento, por un lado, en el Preámbulo de la Carta del 91, en el cual se dice que “El Pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano... y con el fin de... asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, LA LIBERTAD y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...”.

Y por otro lado, en los Artículos 1, 2 y 229 del mismo texto constitucional se reconoce a Colombia como “un Estado Social de Derecho... democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la Dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”; igualmente se reconocen como fines esenciales del Estado “... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”; garantizando, además, “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...”.

Una interpretación histórica del Artículo 74 constitucional, evidencia que fue la voluntad de los Constituyentes profundizar aún más en la garantía del derecho de Acceso a Documentos Públicos. Es así como, en la sesión plenaria del jueves 6 de junio de 1991 se propuso el siguiente Artículo: “DERECHO A LA INFORMACIÓN.- ARTÍCULO NUEVO: Los documentos oficiales son públicos, excepto los que la ley considere secretos. Las sesiones de los Consejos Directivos de las empresas de servicios públicos y en general de entidades administrativas estatales, así como las reuniones de la junta directiva del Banco de la República son públicas. Cualquier persona puede conocer la información que sobre ella tenga el Estado. La información estadística oficial debe tener origen en instituciones del Estado imparciales e independientes del Gobierno. Es deber de las personas suministrar al Estado información veraz y oportuna sobre las materias que interesan al conglomerado social”.<sup>5</sup>

Por otro lado, es pertinente anotar que el Artículo 74, que consagra el Derecho a Acceder a los Documentos Públicos, tiene una importante relación con el Derecho de Petición consagrado en el Artículo 23, visto como una modalidad de éste y con el Artículo 20 de la Carta Política del 91, el cual enmarca el derecho a la Información, como un instrumento necesario para el ejercicio de este último derecho. (Sentencia T-524/93. Corte Constitucional).

---

<sup>5</sup> Gaceta Constitucional núm. 129, Acta sesión plenaria, jueves 6 de junio de 1991, p. 4.

4. **Ley 130 de 1994**, por medio de la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones... Artículo 33. Acceso de la oposición a la información y documentación oficiales. Salvo asuntos sometidos a reserva legal o constitucional, los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno tendrán derecho a que se les facilite, en forma preferencial y con celeridad, la información y documentación oficiales, dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud. El funcionario oficial que omita el cumplimiento de lo dispuesto en este Artículo incurrirá en causal de mala conducta.
  
5. **Ley 594 de 2000**, por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se Dictan Otras Disposiciones... En síntesis, estos son los términos más relevantes:
  - a. El objeto de esta ley es establecer las reglas y principios generales que regulan la función archivística del Estado.
  - b. Esta ley comprende tanto a la administración pública en sus diferentes niveles, como a las entidades privadas que cumplen funciones públicas.
  - c. Estos archivos están llamados a cumplir los fines esenciales del Estado, en particular los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y los de facilitar la participación de la comunidad y el control del ciudadano en las decisiones que los afecten, en los términos previstos por la ley.
  - d. Los documentos institucionalizan las decisiones administrativas y los archivos constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado y la administración de justicia. Los servidores públicos son responsables de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos.
  - e. Los particulares son responsables ante las autoridades por el uso de los mismos.
  - f. Es una obligación del Estado la administración de los archivos públicos y un derecho de los ciudadanos el acceso a los mismos, salvo las excepciones que establezca la ley.

- g. Los archivos en un Estado de Derecho cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora.
  - h. El Sistema Nacional de Archivos promueve el desarrollo de estos centros de información, la salvaguarda del patrimonio documental y el acceso de los ciudadanos a la información y a los documentos.
  - i. El Estado está obligado a la creación, organización, preservación y control de los archivos.
  - j. La administración pública será responsable de la gestión de documentos y de la administración de sus archivos.
  - k. La documentación de la administración pública es producto y propiedad del Estado, y éste ejercerá el pleno control de sus recursos informativos.
  - l. Los funcionarios de archivo actuarán siempre guiados por los valores de una sociedad democrática que les confíe la misión de organizar, conservar y poner al servicio de la comunidad la documentación de la administración del Estado y aquella que forme parte del patrimonio documental de la Nación.
  - m. Es obligación de las entidades de la Administración Pública elaborar inventarios de los documentos que produzcan en ejercicio de sus funciones, de manera que se asegure el control de los documentos en sus diferentes fases.
  - n. Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley.
  - o. La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta años de su expedición. Cumplidos éstos, el documento por este sólo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano.
  - p. Los protocolos notariales pertenecen a la Nación.
6. **Ley 734 de 2002**, por la cual se expide el Código Disciplinario Único... Artículo 35. 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.



7. **Ley 962 de 2005**, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos... Artículo 8. Entrega de información.- A partir de la vigencia de la presente ley, todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por medio telefónico o por correo, la siguiente información, debidamente actualizada: Normas básicas que determinan su competencia; funciones de sus distintos órganos; servicios que presta. Regulaciones, procedimientos y trámites a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, así como las dependencias responsables y los términos en que estas deberán cumplir con las etapas previstas en cada caso; localización de dependencias, horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que las personas puedan cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos ante ellos; dependencia, cargo o nombre a quién dirigirse en caso de una queja o reclamo; sobre los proyectos específicos de regulación y sus actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad de su competencia.
- En ningún caso se requerirá la presencia personal del interesado para obtener esta información, la cual debe ser suministrada, si así se solicita por cualquier medio a costa del interesado.

Por otro lado, en la obra *Derecho a la Comunicación* de Elker Buitrago, se hace una lista enunciativa de los documentos expresamente reservados en la Constitución y en la Ley, a saber:

- Las instrucciones del Gobierno a Ministros, diplomáticos y en general aquellas que sean relativas a negociaciones a favor del país.
- Las indagaciones preliminares (art. 323 Ley 600 del 2000).
- Reserva de Instrucción (art. 330 ley 600 del 2000, rt. 143 numeral 2 de la Ley 906 de 2004).
- Actas de sesiones del Consejo de Ministros (Ley 63 de 1923, art. 9) salvo cuando se trate de aprobar o improbar contratos administrativos, según concepto del Concejo de Estado a principios de 1989.

- Reserva de las investigaciones penales que se adelantan ante la Cámara de Representantes y excepciones. (Código de Procedimiento Penal -Ley 600 de 2000, Artículo 426).
- Restricciones a la publicidad del procedimiento penal (Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004, Artículos 149 -parágrafo adicionado por el Artículo 33 de la Ley 1257 de 2008-, 150, 151, 152, 155).
- Reserva de las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal de adolescentes. (Código de la Infancia y la Adolescencia-Ley 1098 de 2006, Artículo 159.)
- Reserva de las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos y descargos dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal. (Estatuto Anticorrupción-Ley 190 de 1995, Artículo 33).
- Reserva de la actuación disciplinaria. (Código Disciplinario Único- Ley 734 de 2002, Artículo 95).<sup>6</sup>
- El derecho a la intimidad (Art. 15 de la Constitución Nacional).
- Documentos y actos de los comerciantes (Arts. 38, 57, 58, 61, 62 y 65 del Código de Comercio), salvo el certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio Respectiva.
- Juicios sobre filiación (Ley 45 de 1936, Art. 11).
- La Declaración de renta (Artículo 2 del Decreto 1651 de 1961).
- La ley 96 de 1985 señala que sobre la cédula y la tarjeta sólo pueden suministrarse fecha, lugar de expedición y número de la misma. Los datos biográficos y los relacionados con la filiación y la fórmula dactiloscópica tienen carácter reservado y no pueden ser suministrados sino por petición judicial.
- Las actas de las sesiones del Consejo de Estado y de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo serán reservados hasta por el término de cuatro años. Los conceptos del Concejo de Estado, cuando actúe como cuerpo consultivo del Gobierno, también serán reservados por igual lapso, pero el Gobierno podrá darlos a conocer o autorizar su publicación, cuando lo estime conveniente. (Art. 110 del Código Contencioso Administrativo).
- Salvo las actas establecidas en el Artículo 57 de la Ley 270 de 1996 que son de acceso público, sin embargo este mismo artículo

---

<sup>6</sup> BUITRAGO LÓPEZ, Elker. Derecho de la Comunicación. Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional. 1998. Págs. 99 y 100.

establece una reserva respecto de las actas de las sesiones de las Salas y Secciones de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales y de los Tribunales en las cuales consten actuaciones y decisiones judiciales o disciplinarias de carácter individual, de grupo o colectivas, que son reservadas excepto para los sujetos procesales, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades competentes. Son de acceso público las decisiones que se adopten.

Con base en la legislación anteriormente citada, se puede concluir que Colombia es un Estado Social de Derecho de carácter democrático, donde los derechos y las libertades públicas reconocidas en nuestro ordenamiento constitucional, definen con claridad el perfil de un ciudadano participativo y democrático.

Es así, como a través de la historia constitucional y legal de nuestro país, se ha dado la evolución necesaria para empezar a proteger con mayor vehemencia el derecho a Acceder a los Documentos Públicos, gracias al reconocimiento de un derecho fundamental y esencial llamado Libertad de Expresión.

Como se mencionó anteriormente, la Libertad de Expresión hace parte de las Libertades Públicas constitucionales; se configura como un derecho inherente a la persona y como tal, no puede faltar, ya que su desconocimiento generaría despotismo e inseguridad jurídica (entre innumerables efectos nefastos), entendiéndose, entonces, como un derecho esencial para el ejercicio de las otras libertades intelectuales, espirituales, individuales, sociales y económicas que reconoce nuestra Carta Política.

Bajo la luz de la Constituyente de 1991, al reconocer la participación ciudadana como pilar de un Estado Social de Derecho, eminentemente democrático y participativo, y en virtud del desarrollo digno de las personas como motor para la reforma constitucional, y del clamor contra el silencio constitucional que envolvía la Libertad

de Expresión, la Carta Política del 91 reconoció expresamente este derecho, en su Artículo 20, así como el derecho a Acceder a los Documentos Públicos, en su Artículo 74, ya que respecto de él también se requería un urgente reconocimiento: la Organización Gubernamental tiene la obligación de informar a los gobernados, así estos tomen una actitud pasiva sobre el conocimiento de la información de la actividad estatal.

Para terminar, y con base en lo anteriormente expuesto, es importante señalar que se ha producido una importante evolución constitucional y legal sobre la Libertad de Expresión, más puntualmente en lo referente al Acceso a la Información Pública, con que debe contar una democracia participativa donde se ataque la corrupción y se procure la transparencia en la gestión pública.

### **DISCURSO FILOSÓFICO SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SOBRE EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL LIBERALISMO MODERNIZADO**

El segundo punto a tratar en el presente artículo, hace relación a la perspectiva filosófica de la libertad de Expresión y del Derecho a Acceder a la Información Pública, que he deducido a partir del Liberalismo Modernizado. Es menester señalar que el liberalismo es una corriente filosófica, cuyas bases nacieron gracias a las teorías sobre el poder político y sobre el contractualismo de Locke, Hobbes y Rousseau, como respuesta al absolutismo de la época. El Liberalismo Modernizado se presenta más o menos en la mitad del Siglo XIX; sus asientos datan del siglo XVI, XVII y XVIII. Sus principales antecedentes históricos se encuadran en la Revolución Francesa, tal y como lo expresa el autor Eduardo García Enterría en su obra “La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa”, de la siguiente forma:

“Gracias a la Revolución Francesa se produjeron cambios donde toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente, el orden político y jurídico de la sujeción apoyada sobre la superioridad del imperante respecto de los súbditos y sobre la fuerza que era el único modelo de organización pública, intentaba

cambiarse hacia un sistema donde imperasen en forma absoluta la libertad y la igualdad a través de nuevas leyes y de actos políticos promovidos a partir de un ideal mesiánico...”<sup>7</sup>

En este orden de ideas, y con base en lo expuesto anteriormente, me permito hacer un breve discurso filosófico sobre la materia objeto del presente artículo con base en el Liberalismo Modernizado, ya que al ser la cuna de la actual democracia, nos permite entender con mayor pericia los fundamentos y soportes de la actual concepción de la Libertad de Expresión e Información que impera en nuestra sociedad.

En primera instancia es pertinente hacer referencia a la influencia de *John Locke* sobre la política liberal que debe inspirar toda sociedad. Locke dispone lo siguiente:

“...Los hombres son naturalmente libres...los nuevos derechos naturales tienen un alcance universal, afectan a la humanidad entera, son centro del sistema del individuo y sus atributos, desde el cual, sólo a través de un contrato social, puede darse el paso hacia la comunidad conjunta, donde el pacto tiene como objeto esencial preservar todos los derechos naturales...”

El comienzo de la sociedad política no puede venir más que por el mutuo consentimiento a partir de esa LIBERTAD inicial, siendo los hombres por naturaleza, todos libres, iguales e independientes, ninguno puede ser extraído de esa situación y sujeto al poder de otro sin su propio consentimiento, que es otorgado por el pacto con otros hombres para unirse en comunidad para vivir con seguridad y paz... Para Locke, el fin del pacto social es la mutua preservación de las vidas, libertades y propiedades de quienes lo conciertan, el pacto no destruye sino que mantiene la LIBERTAD, es decir, la LIBERTAD del hombre en sociedad está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad...

Así pues, es posible desde la LIBERTAD originaria llegar a un régimen de LIBERTAD Institucionalizada... de este modo, la LIBERTAD individual no sólo es el origen de la sociedad, sino, a la vez, justamente, su finalidad última...

En este sentido, Locke entiende que la sociedad está compuesta por HOMBRES LIBRES, con la capacidad para actuar a su albur, en el

---

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa”. Editorial Alianza Universidad. Madrid. 1994. Págs. 26 – 27.

gobierno de sí mismos y de sus bienes, en la elección de su futuro, en la prosecución de su felicidad, en la negociación y formación de sus pactos...”<sup>8</sup>

De manera que, derivado de lo anterior, se concluye que los hombres son naturalmente libres, quienes, en virtud de un pacto social, ceden su libertad sólo bajo el poder legislativo que ellos mismos han configurado; es así como los hombres, para poder vivir en comunidad, acuerdan el mencionado pacto social, cuya finalidad última es la misma Libertad.

Posteriormente, teniendo en cuenta el liberalismo económico de Adam Smith y el liberalismo Benthamiano –Utilitarismo Político-, y ya dentro de la filosofía del Liberalismo Modernizado, es de vital importancia destacar la postura de *John Stuart Mill* sobre la Libertad, ya que para él, la libertad constituye un bien intrínseco que contribuye a la felicidad; es así como

“la teoría ética de Mill, formuló en su Utilitarismo el principio de la mayor felicidad, como había sido formulada por Bentham. El deseo de lograr el mayor placer es el único motivo que guía al individuo y la mayor felicidad de todo es, a la vez, la norma del bien social y el objeto de toda acción moral... De manera que, la ética de Mill fue importante para el liberalismo porque, en efecto, abandonó el egoísmo, supuso que el bienestar social concierne a todos los hombres de buena voluntad y consideró la libertad, la integridad, el respeto a la persona y la distinción personal como bienes intrínsecos aparte de su contribución a la felicidad.

Consecuentemente, Mill entiende que la libertad es controlada por la persona misma, ya que es un derecho propio. La libertad intelectual y la política son beneficiosas en general para la sociedad que las permite y para el individuo que las goza. Por su parte, Mill establece que el verdadero argumento a favor de la libertad política, es que se produce y da cabida a un carácter moral elevado. Escuchar la libre discusión de las cuestiones públicas, participar en las decisiones políticas, tener convicciones morales y asumir

---

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Lengua de los Derechos en la Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa”. Editorial Alianza Universidad. Madrid. 1994. Págs. 58, 60, 62 – 64. Al referirse a LOCKE, John, “Ensayo sobre Gobierno Civil”. Artículo VIII.

la responsabilidad de hacerlas efectivas son algunas de las formas para producir seres humanos racionales, que responde a un tipo de carácter intrínsecamente humano y civilizado.

Corolario de lo anterior, la Teoría de la Libertad de Mill, muestra que detrás de un Gobierno Liberal tiene que haber una Sociedad Liberal, donde dicha sociedad se convierte en un tercer factor y un factor preponderante en la relación entre el individuo y el gobierno y para lograr la Libertad Individual. Es menester aclarar que para Mill la Libertad es irrenunciable: el principio de la Libertad no puede contener en sí el derecho a dejar de ser libre.”<sup>9</sup>

Derivado de lo expuesto en la teoría de la Libertad de Mill, se vislumbran rasgos importantes que van a influir en la concepción actual que tenemos sobre la Libertad de Expresión y Acceso a la Información Pública, ya que al reconocerles participación a los individuos en las cuestiones públicas, se entiende que les es inherente a los individuos el derecho de expresarse, al poder conocer y debatir las temas públicos, así como el derecho a acceder a las decisiones políticas, en virtud de un bienestar social.

Por su parte, la visión democrática de *Alexis Tocqueville* acentúa la democracia igualitaria colocada bajo la isonomía, la cual advierte el tratamiento ético y uniforme de la participación política y social. Es así como, Tocqueville en su obra “La Democracia en América”, dispone lo siguiente:

“Existe una permanente igualdad, no sólo social sino en lo que corresponde para que el individuo tenga una misma participación en el proceso político, complementario con otra serie de actividades que el hombre realiza por sí mismo o colectivamente.

Por su parte, señala que la nivelación de una sociedad es prioritaria. Donde todas las personas pueden manifestarse; para que haya participación y deliberación, a través del sufragio, y por medio de otra serie de actividades...

Así pues, la constante en la democracia política es el poder expresarse libre y autónomamente. Igualmente, establece que el problema no es la libertad enunciada en abstracto, sino tener las

---

<sup>9</sup> SABINE, George H. “*Historia de la Teoría Política*”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Reimpresión Colombiana. 1998. Págs. 530–532. Al referirse a la obra de MILL, John Stuart. “*Ensayo de la Libertad*”.

mismas posibilidades que llevan a instaurar la igualdad, es decir, es el alcance material concreto de la libertad.

Por otra parte, Tocqueville dispone que la práctica política no se reduce al sufragio; es insuficiente la igualdad política y social, que debe llevarse a cabo por medio de la voluntad general de la comunidad. Cualquier límite a esta representación, a esta participación degenera y limita el concepto de democracia. Es Así como, los hombres quieren dicha igualdad en la libertad.

Consecuentemente, Tocqueville expone que las instituciones libres son las que obligan a los ciudadanos a salir de sí mismos, a olvidar sus propios negocios para ocuparse del asunto público y les dan ideas y sentimientos propicios para la acción común que les permite sacudir su apatía, hija del individualismo.”<sup>10</sup>

La teoría de Tocqueville es relevante en el presente artículo, ya que muestra los elementos más importantes que se deben observar en toda democracia, tales como la participación, deliberación, igualdad, y sobre todo la libertad de los hombres en sociedad. Es así como, para Tocqueville en toda democracia debe garantizársele a las personas la libertad de expresarse, participando así, activamente, en los asuntos públicos.

Se concluye que en una democracia eminentemente participativa, se debe reconocer y dar vital preponderancia a la libertad de expresarse. Por su, parte, la teoría de Toqueville se puede interpretar bajo el supuesto del derecho a acceder a los documentos públicos, ya que este derecho permite principalmente ejercer la participación y deliberación ciudadana respecto de la gestión pública, para que así se pueda instruir y gozar de una verdadera democracia.

Para terminar, es de vital importancia hacer referencia al catedrático *Thomas Hill Green*, exponente de la Escuela de Oxford –dentro del contexto del Liberalismo Modernizado-, quien determina los elementos esenciales dentro del liberalismo. Su teoría se puede sintetizar en las siguientes palabras:

---

<sup>10</sup> GÓMEZ LOBO, Alirio. “*Historia de las Ideas Políticas*”. Primera Edición. Centro Editorial Universidad del Rosario. 1999. Págs. 323–326. Al referirse a la Soberanía Política de TOCQUEVILLE, Alexis.



“El elemento más característico en el liberalismo de Green era su creencia en la realidad de una conciencia social que al mismo tiempo regula la ley y es apoyada por ella. Todo hombre debe seguir a su inteligencia y a su conciencia, y una sociedad liberal es aquella que respeta su criterio. Es así como, Green extendió este derecho de la libertad de pensar a todos los hombres, sin distinciones de rango o riqueza y consideró la educación como la función social más importante, pues eleva a todos los hombres a un nivel que les da la oportunidad de participar de la cultura moral creada por la civilización. Por su parte, Green establece que la naturaleza humana es social, donde los hombres quedan sometidos al interés general: la libertad es positiva, ella es para hacer no para conservar.”<sup>11</sup>

“Por su parte, para Green, el bienestar general puede realizarse sólo mediante la iniciativa y libertad de los individuos. Idealmente, es como decía Rousseau, “una forma de asociación que defenderá y protegerá con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado y en la que cada uno, aunque se una a todos, pueda obedecerse sólo así mismo”. Hay, pues, un bien o bienestar social general que sirve de criterio para los derechos y deberes del individuo, donde la obligación y el derecho de la comunidad responde al derecho y la obligación de sus miembros.

Por otra parte, es pertinente decir que para Green, la participación es, en sí misma, una parte significativa de la felicidad individual.”<sup>12</sup>

El adelanto que se deduce de la filosofía de Green respecto de la Libertad de Expresión, es trascendental, ya que se reconoce expresamente la libertad de pensamiento a todo individuo. Igualmente, establece la importancia de la participación ciudadana para poder crear una sociedad democrática. Así pues, dicha participación se entiende, aplicándola al tema del presente artículo, como vocablo esencial de la Libertad de Expresión y por esta vía del Acceso a la Información Pública.

Es así como el hombre, al conocerse a sí mismo y conocer su entorno, se determina libremente como persona y en sus relaciones sociales y políticas. A través de corrientes filosóficas, concretamente del

---

<sup>11</sup> *Ibidem*. Págs. 331 – 332. Se refiere a la postura filosófica de HILL GREEN, Thomas.

<sup>12</sup> SABINE, George H. “Historia de la Teoría Política”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Reimpresión Colombiana. 1998. Pág. 546. Al referirse a la Filosofía de HILL GREEN, Thomas.

Liberalismo Modernizado, se han desarrollado distintas teorías para dar fundamento a la Libertad como derecho inherente al individuo, entendiendo que el contexto de Libertad que hoy manejamos es producto de circunstancias históricas, políticas, sociales, morales y filosóficas.

De manera que la libertad consiste, tal como lo establece Mounier, “en el desarrollo máximo de sus propias capacidades para ponerlas al servicio de los demás. No se trata, por tanto, de una libertad abstracta o absoluta, sino de la libertad concreta del ser humano particular que descubre su propia vocación y asume libremente los medios para realizarla.

Ser libre consiste, en primer lugar, en realizarse, en desarrollar al máximo las capacidades personales. Por eso mismo, la lucha por la libertad no tiene fin. Y, en segundo lugar, consiste en poner esa capacidad al servicio de los demás.

Él no se consideraba libre verdaderamente, mientras los demás seres humanos que lo rodeaban, hombres y mujeres, no fueran igualmente libres... Sólo se es libre a través de la libertad de los otros.”<sup>13</sup>

Teniendo claro el concepto de libertad, es de vital importancia señalar que el Liberalismo Modernizado se constituye en fuente primordial de la democracia liberal, ya que influenció la creación y el establecimiento de una sociedad democracia, participativa y pluralista. Las democracias liberales aparecen entonces como un clamor social que interpretaron y desarrollaron los filósofos, en distintas corrientes filosóficas principalmente en la corriente objeto de análisis en el presente artículo.

De tal forma, y gracias a las teorías de los filósofos, tales como Mill, Tocqueville y Green, exponentes del referente Liberalismo Modernizado, se puede concluir que la democracia nace como resultado del reconocimiento de la libertad del individuo, y de la capacidad de participación y deliberación que ellos poseen. A su vez, se deja claro que el hombre posee la libertad de expresarse libremente, lo que le permite participar en las decisiones y cuestiones públicas.

Se vislumbra así la innegable importancia de la cual goza la Libertad de Expresión, al ser el sustento de las demás libertades públicas. Es

---

<sup>13</sup> “Epistemología, Sociología, Ética, Axiología, Sociopolítica y Filosofía de la Religión”. Editorial Antillana Media. Pág. 129.

así como, en virtud del bienestar general, esta corriente reconoce en la democracia el derecho que tienen las personas de participar en la consecución de la gestión pública, así como el establecimiento de instituciones libres tendientes a generar el mayor bienestar a los gobernados.

En síntesis, en esta corriente filosófica se establecen con mayor firmeza las bases de la Libertad de Expresión, así como el Acceso a la Información Pública, ya que señala los pilares de una democracia participativa y pluralista, donde la libertad se constituye en el factor más preponderante del hombre en sociedad, al ser inherente a su propia naturaleza. El hombre, al poder expresarse libre y autónomamente, genera una verdadera sociedad democrática.

### **CONCLUSIONES GENERALES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ESPECIALMENTE SOBRE EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

El tercer punto del presente artículo hace referencia a unas Conclusiones Generales que sobre el tema he podido ultimar. En primer lugar, considero que es pertinente hacer referencia al significado y contexto del derecho a Acceder a la Información Pública en los siguientes términos: “El Acceso a la Información Pública es un derecho fundamental por medio del cual toda persona puede tener conocimiento de la información que se encuentra en cualquier entidad estatal. El acceso a la información facilita su difusión entre los ciudadanos, la formulación de críticas sobre el desarrollo de las actividades de la administración pública. Esto permite una adecuada participación de los ciudadanos en el debate sobre los asuntos públicos, pues sin acceso a esa información se carecería de los elementos necesarios para ejercer la crítica y control sobre las políticas públicas”.<sup>14</sup>

En segundo lugar, y como resultado de lo expuesto a lo largo del presente artículo, es preciso señalar las siguientes conclusiones:

---

<sup>14</sup> HUERTA GUERRERA, Luis Alberto. “Libertad de Expresión y Acceso a la Información Pública”. Comisión Andina de Juristas. 2002. Pág. 169.

La Libertad de Expresión se constituye como la más importante de las libertades públicas, ya que sin esta libertad no se pueden conquistar las demás libertades. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, la Libertad de Expresión e información es de doble vía, es decir “no cobija únicamente a quien informa sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo, quienes pueden y deben reclamar de aquél una cierta calidad de la información. Es decir debe ser veraz e imparcial”.<sup>15</sup>

En este espacio, es pertinente señalar que el catálogo de libertades reconocido en nuestra Carta Política, constituye un avance importante en la vida cotidiana de los gobernados, al ser expresión del reconocimiento que el Estado hace sobre la naturaleza misma del ser humano. En este sentido, es menester reafirmar el innegable valor de la Libertad de Expresión y del Acceso a la Información Pública, ya que estos derechos proporcionan condiciones necesarias para el buen desarrollo del individuo en sociedad, al generar participación, deliberación, debate, conocimiento y control sobre la gestión estatal.

De manera que, con el fin de promover el pluralismo, las entidades estatales deben garantizar los derechos anteriormente referidos, ya que sin ellos no se pueden ejercitar las demás libertades reconocidas en el estatuto constitucional. El Estado tiene la obligación de generar la participación ciudadana, principalmente a través de la libre concurrencia de los individuos en la gestión estatal, por medio de la Libertad de Expresión y del Acceso a la Información Pública.

La doctrina considera al derecho de Acceder a la Información Pública como la Libertad de Expresión e información en sentido estricto, ya que las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir información que esté bajo el poder del Estado. No obstante, como se observa en reiteradas decisiones de la Corte Constitucional se ha entendido que, gracias al derecho a Acceder a la Información Pública, se ejercitan otros derechos como la libertad e igualdad

---

<sup>15</sup> VILLANUEVA, Ernesto. “Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica”. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. Pág. XVIII.

política. Sin embargo, la Corte aclara que el derecho de Acceso es un derecho independiente, autónomo y con universo propio, ya que este derecho no se traduce necesariamente en una petición o en la adquisición de nueva información.

En efecto, la Corte Constitucional ha determinado que el derecho a Acceder a la Información Pública es un derecho de carácter fundamental y de rango constitucional, ya que en el Artículo 74 Superior se reconoce este derecho como esencial e inherente a la participación ciudadana. Es menester aclarar, que la función estatal está al servicio de los intereses generales, y debe desarrollarse bajo el principio general de publicidad.

Consecuentemente, al ser un derecho fundamental goza de la protección por vía tutela, ya que aparte de la conexidad que tiene con el derecho de petición y con el derecho a la información (bajo el entendido de que el derecho de Acceso comparte el núcleo axiológico esencial de los dos últimos mencionados derechos), se reconoce como un derecho independiente y autónomo, (que por su contenido y naturaleza se entiende como un derecho fundamental), que hace parte de los atributos inherentes a las personas, necesario para poder vivir en comunidad.

Por su parte, y al referirnos a la razón de ser del derecho de Acceso a los Documentos Públicos, es claro que se abren las puertas a los gobernados para participar, controlar y cuestionar la gestión pública. Es decir, al estar bajo un Estado social de Derecho democrático, participativo y pluralista, la participación de los gobernados se extiende al conocimiento de la conducta de los servidores públicos, quienes pueden incurrir en actos corruptos que afecten gravemente la organización democrática del Estado.

El Acceso a los Documentos Públicos se configura como un mecanismo necesario para ejercer el control político y la vigilancia ciudadana sobre la gestión estatal, donde el Estado tiene la obligación de suministrarles a las personas la información que requieran, de manera completa, coherente, verificable, comparable, contextualizada, consistente, diáfana y siempre oportuna. De manera que el Estado genere las

condiciones necesarias e idóneas para el debate público en los temas objeto de discusión.

Es decir, el Acceso a la Información Pública resulta importante para la consolidación, funcionamiento y preservación de los regímenes democráticos. Es una herramienta crítica para el control del Estado y la erradicación de la corrupción. Así como un requisito fundamental para garantizar la participación democrática, la transparencia y la buena gestión pública.

En síntesis, para poder eliminar la cultura del secreto, así como erradicar la corrupción, los Estados deben diseñar políticas de transparencia basadas en la publicidad de la información pública, a fin de garantizar el acceso a ella.

Para terminar, es de vital importancia recordar que nuestra Constitución entró a regular el Acceso a la Información Pública en su Artículo 74, que por su parte la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo reconoce en su Artículo 13, y que en otros tratados así como en las Declaraciones de Atlanta y Chapultepec, y en los Principios de Johannesburgo, de Lima, y los Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, se ha establecido y reconocido la vital importancia del derecho de Acceso dentro de las sociedades eminentemente democráticas donde se busca, por un lado, erradicar la corrupción, y por el otro, la promulgación y protección de la publicidad, transparencias y control por parte de los gobernados sobre la gestión estatal.