

Bogotá D.C., 1 de noviembre de 2012.

Honorables Magistrados y Magistrada  
Corte Constitucional de Colombia  
M.P. María Victoria Calle Correa  
E.S.D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso PE-036  
Proyecto de ley 156 de 2011 senado 228 de 2012 cámara por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Vivian Newman Pont, Paula Rangel Garzón, director, subdirectora e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia; Andrés Morales y Emmanuel Vargas Penagos, director y asesor de la Fundación para la Libertad de Prensa FLIP; Elisabeth Ungar, directora ejecutiva de Transparencia por Colombia; Andrea Benavides, directora ejecutiva de Corporación Ocaso; Claudia Mejía, coordinadora del Proyecto Antonio Nariño; y Luisa Fernanda Gutiérrez, asociada de Gómez Pinzón Zuleta Abogados S.A.; identificados como aparece al pie de nuestras firmas, atendiendo a la amable invitación de la Corte y obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas colombianas, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes la presente intervención en relación con el proyecto de ley de referencia.

Comenzaremos por presentar, a título de introducción, cuál es el origen de la ley y en qué consiste la alianza *Más información, más derechos*<sup>1</sup>; también presentaremos algunas consideraciones generales sobre el derecho de acceso a la información pública. Posteriormente expondremos los cargos concretos por lo cuales apoyamos la constitucionalidad de algunos artículos del proyecto, o solicitamos su inexecutable.

## I. Introducción

El proyecto de ley que actualmente revisa la Corte tuvo origen en una alianza de organizaciones denominada *Más información, más derechos* que busca promover el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública en Colombia y asegurar su efectividad. Para ello la alianza ha venido trabajando desde el año 2009 en la consolidación

---

<sup>1</sup> Alianza de organizaciones de la sociedad civil que tiene por objeto trabajar por la garantía al derecho de acceso a la información pública conformada por: Corporación Transparencia por Colombia, Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, Corporación Ocaso, Proyecto Antonio Nariño.

de un proyecto de ley que desarrolle integralmente el derecho de acceso a la información, con base en la jurisprudencia constitucional colombiana e interamericana y la ley modelo de acceso a la información de la OEA; que luego de modificaciones en el trámite legislativo, tiene como resultado el texto de la referencia.

Los objetivos del proyecto de ley son diversos, a saber: reglamentar el deber estatal de publicar proactivamente la información pública, sin necesidad de que medie petición previa por parte de la ciudadanía; generar más garantías para que la ciudadanía pueda acceder efectivamente a la información pública; evitar la discrecionalidad de los funcionarios para negar el acceso a la información; y reducir la cultura del secreto.

En ese sentido, la intención del proyecto de ley es crear un avance en la garantía del derecho de acceso a la información e incorporar en la ley los estándares jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte IDH, así como diferentes instrumentos de derecho internacional. A continuación haremos una breve alusión al origen del proyecto de ley que revisa la Corte; y luego haremos una presentación del contenido general del derecho de acceso a la información pública.

#### a. Origen y aciertos del Proyecto de ley de Transparencia y Acceso a la Información

En Colombia, existen problemas serios de garantía del derecho de acceso a la información pública. Así, a pesar de que la Constitución consagra el derecho fundamental y hay jurisprudencia sólida que lo reconoce, hay una cultura del secreto y demasiada frecuencia en la negativa al acceso a la información pública, por parte del funcionario estatal<sup>2</sup>. Igualmente, existe una altísima dispersión normativa a nivel legislativo de cerca de una veintena de normas que establecen reservas y regulan el acceso a documentos e información pública<sup>3</sup>. Estas normas son anteriores a la Constitución de 1991 y ubican al ciudadano al servicio del Estado y no al contrario, además de que hay un gran retraso frente a los estándares internacionales que exigen una ley estatutaria para regular el acceso y una política proactiva e integral de transparencia, junto con otros deberes del Estado.

Conscientes de la importancia de garantizar el derecho a conocer la información que se produce con nuestros impuestos, lo que a su vez es presupuesto para garantizar otros derechos humanos, las organizaciones de la Plataforma Más Información, Más Derechos,

---

<sup>2</sup> Ver por ejemplo la primera gran encuesta que contiene estadísticas recogidas en 2012 sobre la percepción de más de 600 periodistas, editores, colaboradores y directivos de medios de comunicación sobre la libertad de expresión y el acceso a la información pública, según la cual a la información pública se accede como un privilegio y no como un derecho. Se constata que los funcionarios públicos manejan los documentos estatales como si fueran privados: El 39% de los encuestados acepta que se les exige irregularmente demostrar para qué quieren la información y 35% considera que con mucha frecuencia tienen trabas administrativas. Enlace de encuestadora Cifras & Conceptos consultado el 31 de octubre de 2012: <http://www.cifrasyconceptos.com/proyectos.php?proyecto=21>

<sup>3</sup> Ver: Art. 4 de ley 10 de 1961, art. 9 Ley 63 de 1923, art. 40 Ley 45 de 1923, Art. 11 Ley 45 de 1936

nos dedicamos a trabajar en un proyecto de ley de acceso a la información pública que saneara las dificultades existentes e implementara debidamente el derecho. Para el efecto, hicimos un estudio de buenas y malas prácticas en el que seleccionamos experiencias relevantes de otros países como México y Chile (que recientemente adaptó su legislación por mandato de la propia Corte Interamericana). También nos basamos en la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública, elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la OEA. Como resultado de lo anterior, construimos un proyecto de ley que luego fue compartido con representantes del gobierno, organizaciones sociales y periodistas de varias ciudades de Colombia en el año 2011.

Con apoyo en el anterior proyecto, y luego de discutir diversos temas con las unidades legislativas de los congresistas que estuvieron interesados en nuestra propuesta, llegamos a un acuerdo de proyecto de ley que fue radicado en la Comisión Primera del Senado (Proyecto de Ley Estatutaria No. 156 de 2011) en el mes de noviembre de 2011 y luego acumulado con el Proyecto de Ley No. 1456 de 2011. Esta acumulación produjo un proyecto que surtió el trámite propio de una ley estatutaria y condujo al texto conciliado del proyecto de ley número 156 de 2011 Senado, 228 de 2012 Cámara que hoy se somete a examen de constitucionalidad ante la Corte. El proyecto de ley contiene los principios básicos para garantizar el derecho de acceso a la información: concepto del derecho, ámbito de aplicación, contenido de la información, excepciones y garantía y promoción del derecho.

En relación con el marco conceptual, se logra el reconocimiento independiente y autónomo del derecho de acceso a la información pública, así como la consagración del principio de máxima publicidad para titular universal como criterio central del cual se desprenden otros principios como el de buena fe y otras reglas propias y separadas de las del derecho de petición. Es el caso de la obligación correlativa de divulgación proactiva para promover una cultura de transparencia que trascienda la simple respuesta a solicitudes ciudadanas. Así, si el proyecto de ley pasa el examen de la Corte, incluso las entidades privadas que cumplen función o prestan servicio público y los partidos políticos tendrán que tener todos sus datos claves en la Web y además incluir otras lenguas y formatos alternativos para poblaciones especiales.

En lo referente el ámbito de aplicación, se incluyó un listado de sujetos obligados que no se restringe exclusivamente a las entidades estatales, pues la transparencia se debe predicar de todo el que cumple funciones de autoridad, en nombre del Estado o al servicio del Estado, o del que opera con dineros públicos, incluso si se trata de una persona privada. Como no se trata de toda la información de las personas privadas que están en esta categoría, se propuso un lenguaje que contemplara esta circunstancia. Así, si una empresa presta el servicio público de televisión, no está obligada a entregar la información relativa a los contenidos de los programas sino aquella información que se relaciona con la concesión y prestación del

servicio público de televisión como, por ejemplo, la justificación de la interrupción del servicio o el no cubrimiento en un área geográfica determinada.

Otro aspecto positivo del proyecto es cómo funciona la reserva de información para evitar la discrecionalidad que hoy nos rige. Hoy existe dispersión normativa con secreto fácil y sin exigencia de motivación o pruebas sobre los temas más disímiles incluidos los datos de petroleras y las actas del consejo de ministros. Con una interpretación integral de la nueva norma (artículos 18, 19 y 29), la carga de la prueba para negar el acceso la tendría quien quiere aplicar una reserva y además deberá cumplir tres requisitos: (1) la información reservada o confidencial sólo puede referirse a objetivos legítimos previamente definidos por esta norma estatutaria, (2) tiene que estar consagrada en dicha calidad en una ley distinta de la norma estatutaria o en la Constitución y (3) el rechazo deberá basarse en razones y pruebas que fundamenten y contribuyan a una ponderación de la cual se derive que la revelación causaría un daño presente, probable y específico que exceda el interés público que representa el acceso a la información pública.

Además se aprobó que el seguimiento y la garantía del derecho estuvieran a cargo del Ministerio Público compuesto por Procuraduría General de la Nación, Personerías y Defensoría. A pesar de que la escogencia de esta institución como garante no está exenta de problemas, consideramos que representaba más ventajas que desventajas. Para el efecto, es bueno recordar no sólo las razones presupuestarias y de eficiencia que nos impulsaron a proponer una institución previamente existente. Además, estos entes públicos cumplen constitucionalmente funciones preventivas de garantías de los derechos humanos, al tiempo que vigilan la conducta de funcionarios públicos y privados en ejercicio de funciones públicas por lo que la función otorgada no les es ajena. Adicionalmente, el Ministerio Público tiene competencia nacional y representación regional que permitirán hacer seguimiento del derecho en todo el territorio. Por último, el control y monitoreo que despliegue el Ministerio Público no es una rueda suelta sino que debe someterse a la política pública diseñada por un conjunto de entidades del ejecutivo y protegida principalmente por los jueces tanto constitucionales como contencioso-administrativos. Así, funcionará un sistema de pesos y contrapesos necesario en cualquier sistema democrático.

Todas estas garantías no existen hoy en Colombia en el nivel legislativo y quienes impulsamos el proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública buscamos su consagración.

#### b. Consideraciones generales sobre el derecho de acceso a la información pública

El derecho a la información pública es un derecho fundamental protegido por los artículos 74 y 20 de la Constitución Política.<sup>4</sup> También se encuentra garantizado en los siguientes

---

<sup>4</sup>El artículo 74 establece que “Todas las personas tienen derecho a acceder a documentos públicos salvo los casos que establezca la ley y el artículo 20 consigna que “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y

instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo XIX), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13). Adicionalmente, los artículos 10 y siguientes de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción consagran el derecho de acceso a la información pública como una herramienta para combatir la corrupción.

Por otra parte, hay otros instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran elementos importantes respecto del derecho de acceso a la información pública como parte del conjunto de derechos humanos universales. Así, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración de Chapultepec, de Nuevo León, los Principios de Lima y los de Johannesburgo. Finalmente, vale la pena tener en cuenta los Principios sobre seguridad nacional y acceso a la información elaborados por el Open Society Justice Initiative (OSJI). Dichos instrumentos internacionales, si bien no forman parte, estrictamente hablando del bloque de constitucionalidad, al decir de la Corte “en todo caso constituyen doctrina relevante para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del mismo”<sup>5</sup>.

En la jurisprudencia interamericana, es de resaltar el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* En el cual se reconoció que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental autónomo<sup>6</sup>. Posteriormente, la misma Corte Interamericana falló en contra del estado brasileño en el caso *Gomes Lund & otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* y continuó contribuyendo con los estándares interamericanos aplicables en materia de acceso a la información pública. De los anteriores pronunciamientos interamericanos se pueden extraer las siguientes seis reglas principales en materia de acceso a la información pública:

1. La Convención Americana en su artículo 13 sobre libertad de pensamiento y libertad de expresión protege el derecho a solicitar el acceso y recibir la información bajo control del Estado sin necesidad de acreditar interés, así como la obligación positiva del Estado de suministrarla, salvo las restricciones permitidas.<sup>7</sup>

---

difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación”.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-511 de 2007. M.P Humberto Sierra Porto.

<sup>6</sup> El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, pg. X, (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.)

<sup>7</sup> Caso *Claude Reyes vs Chile*. Sentencia fondo reparaciones y costas. 19 de septiembre de 2006, serie C-151, numerales 76 a 83

2. En una sociedad democrática existe la necesidad de garantizar el acceso a la información bajo el control del Estado con el objeto de permitir la participación en la gestión pública y el control social.<sup>8</sup>
3. Para garantizar la protección del derecho de acceso a la información pública, el principio aplicable es la máxima divulgación. Las excepciones o restricciones deben estar previamente fijadas por ley, ser necesarias en una sociedad democrática, proporcionales al interés que justifican (se debe preferir la opción que restrinja en menor escala el derecho) y conducentes para alcanzar el logro de su objetivo. La carga de la prueba de las anteriores restricciones corresponde al Estado.<sup>9</sup>
4. El Estado debe ser proactivo y actuar de buena fe en la búsqueda de la información que la ciudadanía solicite y de cuya custodia es responsable.<sup>10</sup>
5. El secreto de Estado no puede usarse para encubrir violaciones a los derechos humanos.<sup>11</sup>
6. La negativa de divulgar el contenido de información relacionada con un delito no puede depender exclusivamente del órgano a cuyos miembros se les atribuye dicho ilícito.<sup>12</sup>

Estas reglas son aplicables en nuestra legislación interna pues nuestra normativa está sujeta a la Convención Americana y nuestro juez constitucional está obligado a vigilar el cumplimiento no sólo del texto mismo de la Convención, sino de la interpretación que de su texto haya hecho la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia.<sup>13</sup>

En Colombia, el derecho de acceso a la información fue interpretado jurisprudencialmente en los primeros años de la Constitución Política de varias formas: como un derecho fundamental en si mismo,<sup>14</sup> como una manifestación del derecho fundamental de petición o como parte de la libertad informativa junto con la libertad de expresión.<sup>15</sup> Posteriormente, en la sentencia C-491 de 2007,<sup>16</sup> la Corte Constitucional consolidó la independencia y

---

<sup>8</sup> Íbid. Numerales 84 a 87

<sup>9</sup> Íbid. Numerales 88 a 94

<sup>10</sup> Caso Gomes Lund & otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 24 de noviembre de 2010, parágrafos 141, 211 y 230.

<sup>11</sup> Íbid.

<sup>12</sup> Íbid.

<sup>13</sup> Así lo ha establecido la propia Corte Interamericana en el caso Gomes Lund referido previamente.

<sup>14</sup> En la sentencia T-472-92, con ponencia de Ciro Angarita ya se establecía la independencia del derecho de acceso a la información. En dicha ocasión se consagró que *“El derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado. El artículo 74 de la Constitución Nacional, al consagrar el derecho de acceder a los documentos públicos, hace posible el ejercicio del derecho a la información, y de esta manera los demás derechos fundamentales ligados al mismo. El acceso a los documentos públicos no se traduce necesariamente en una petición o en la adquisición de nueva información. Es, pues, independiente tanto de la petición como de la información y, como tal, plenamente autónomo y con universo propio.”*

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>16</sup> Corte constitucional, sentencia C-491 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

autonomía al derecho a la información pública como derecho fundamental. En dicha providencia se acopió la jurisprudencia sobre la materia y se recalcó la importancia del derecho de información para garantizar la transparencia y la publicidad de la gestión pública, condiciones fundamentales para impedir la arbitrariedad estatal y para asegurar la vigencia de un Estado democrático y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

En la misma sentencia se recopilaron las subreglas referidas a requisitos al acceso a la información pública<sup>17</sup> que además materializan uno de los dos principios rectores en la materia: el principio de máxima divulgación. El principio de máxima divulgación o propublicidad es aquel en virtud del cual dónde quiera que no exista reserva legal expresa, debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información. De este principio se derivan tres consecuencias: 1) El derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, de interpretación restrictiva que debe privilegiar la regla general del acceso; 2) la carga de la prueba del rechazo al acceso y la motivación escrita del mismo corresponden al Estado; y 3) ante una duda o vacío, debe primar el acceso a la información pública.

En relación con la reserva de información, la Corte Constitucional admite que puede existir una reserva con la finalidad de garantizar la defensa y seguridad nacional. Sin embargo, señala que en todo caso para limitar un derecho de la importancia del derecho de acceso a la información pública no basta con apelar a conceptos amplios y de notable nivel de abstracción como el concepto de defensa y seguridad nacional sino que hay que cumplir con rigurosos requisitos adicionales para admitir una restricción a tal derecho.<sup>18</sup>

El segundo principio rector en la materia es el de la buena fe. Esta conducta de lealtad que debe acompañar en todo momento a los entes públicos ha sido explicada por la Relatoría por la Libertad de Expresión y Acceso a la Información así: *“Para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información resulta esencial que los sujetos obligados*

---

<sup>17</sup> A continuación se transcribe el resumen de las 10 reglas compiladas por la providencia: 1”2. *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.”*

<sup>18</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-511-2007. MP: Humberto Antonio Sierra Porto

*por este derecho actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. Es decir que realicen las acciones necesarias con el fin de que sus actuaciones aseguren la satisfacción del interés general y no defrauden la confianza de los individuos en la gestión estatal”*<sup>19</sup>. El artículo 20 de la Carta<sup>20</sup> reconoce tanto el derecho a informar como a recibir información. La Corte Constitucional ha precisado el ámbito de protección del artículo frente al derecho a la información de esta forma:

“(2) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (3) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (4) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información.”<sup>21</sup>

Así pues, es importante recordar que la información de interés público debe ser oportuna, objetiva, veraz, completa y accesible. Finalmente, el texto constitucional comentado define que la información debe ser veraz e imparcial. Esto ha sido retomado por la jurisprudencia diferenciándolo del sentido genérico de la libertad de expresión, pues ésta última versa sobre *“la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo”*<sup>22</sup> mientras la libertad de información tiene mayores exigencias frente al contenido del mensaje y hace responsable del contenido a quien informa.<sup>23</sup>

De los anteriores avances tanto en el nivel nacional como en el internacional, es posible definir el derecho fundamental de acceso a la información pública como aquel en ejercicio

---

<sup>19</sup> El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, página 5, (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.)

<sup>20</sup> El artículo 20 de la Constitución dice: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T 391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia C 488 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 1723 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero



del cual, toda persona, sin necesidad de acreditar un interés directo ni una afectación personal, puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de las entidades públicas o privadas que cumplen función o prestan servicio público o ejecutan recursos públicos. El acceso a la información solamente puede ser restringido por excepciones limitadas y proporcionales, contempladas en la ley o en la Constitución acordes con los principios de una sociedad democrática.

Para finalizar, el acceso a la información pública genera obligaciones correlativas que se encuentran a cargo del Estado, a través de las entidades públicas o privadas que cumplan los requisitos mencionados en el párrafo anterior. Las obligaciones o deberes estatales correlativos han sido compiladas por la Relatoría para la Libertad de Expresión y Acceso a la información de la OEA<sup>24</sup> así:

- a. Obligación de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes que sean formuladas. Comprende una obligación que no se limita a la sola respuesta sino que debe entenderse como el suministro proactivo, completo y veraz de la información que le permita a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos.
- b. Obligación de contar con un recurso que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información. Este recurso o mecanismo en vía administrativa debe ser sencillo, de fácil acceso, gratuito o de bajo costo, con plazos cortos y con asesoría para el solicitante y su negativa debe ser debidamente motivada.
- c. Obligación de contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información. Dicho recurso judicial debe resolver de fondo y de manera efectiva la controversia y, en caso de encontrar vulneración, ordenar lo necesario para la efectiva garantía del derecho de información pública.
- d. Obligación de transparencia activa que conlleva “la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa”.
- e. Obligación de producir o capturar información que necesita para el cumplimiento de sus deberes.
- f. Obligación de generar una cultura de transparencia, lo que conlleva campañas sistemáticas de divulgación al público.
- g. Obligación de implementación adecuada que implica cuando menos el diseño de un plan de satisfacción real y efectiva del derecho, la adopción de normas, políticas y prácticas que permitan conservar y administrar adecuadamente la información y adoptar una política sistemática de entrenamiento y capacitación de funcionarios públicos.
- h. Obligación de adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información. Esta última obligación existe como corolario de todas las anteriores

---

<sup>24</sup> El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, páginas 7 y siguientes, (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.)

y conlleva la implementación de un marco jurídico adecuado, la remoción de los obstáculos legales o administrativos existentes, la promoción del derecho entre todas las autoridades obligadas y la adopción de una política pública favorable.

Los miembros de la alianza *Más información, más derechos* intentamos plasmar las anteriores subreglas y el desarrollo jurisprudencial del derecho en el proyecto de ley presentado. En ese sentido, a continuación defenderemos la constitucionalidad de algunas disposiciones del proyecto de ley, pero también atacaremos algunos artículos que fueron incluidos en el trámite legislativo y que consideramos que deben ser declarados inexecutable. Es por esta razón que presentamos esta intervención. En ella queremos más que rescatar las bondades del proyecto de ley que acabamos de resumir, participar en el proceso que garantice que en todo el articulado aprobado se proteja en debida forma el derecho fundamental a acceder a la información pública.

## II. Presentación de los cargos

A continuación revisaremos la constitucionalidad de algunos apartados de los artículos 5, 18, 19 y 21. En específico argumentaremos que son inconstitucionales: i) el párrafo del artículo 5 inconstitucional porque constituye una restricción al derecho de acceso a la información pública, innecesaria, desproporcionada, y que atenta contra el principio de legalidad; y ii) la segunda frase del segundo inciso del artículo 21 es inconstitucional porque crea la potestad para que los funcionarios nieguen la existencia de un documento, lo cual ha sido prohibido por la Corte, y además, genera una restricción desproporcionada al derecho. Defendemos la constitucionalidad del artículo 19 en tanto consideramos que interpretado de manera armónica con la jurisprudencia y el artículo 29 del proyecto se asegura que no exista discrecionalidad en el secreto de información. Finalmente, solicitamos la constitucionalidad condicionada de: i) el artículo 18 en relación con su primer inciso en el entendido de que no toda la hoja de vida o historia clínica de un funcionario público debe ser secreta en virtud del derecho a la intimidad; sino solo aquella información que carezca de relevancia pública: ii) la reserva de documentos en construcción aplica en el entendido de que los documentos que contienen tal información son de acceso público una vez tomada la decisión y que la reserva no opera cuando esa información y esos actos preparatorios afecten derechos de terceros, o signifiquen por sí mismo la conclusión de una decisión de la administración pública.

### **Cargo 1: La excepción para aplicar la ley a ciertas materias es inconstitucional.**

El artículo quinto de la ley señala el ámbito de aplicación de la ley y los sujetos obligados. En el ordinal a y b incluye dentro de las personas obligadas a las entidades públicas de las

tres ramas, los órganos y organismos del Estado, sin excepción. Sin embargo el segundo párrafo hace una excepción de gran magnitud porque excluye la aplicación de la ley a la información que tenga que ver con defensa, seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales. Es decir que incluye una excepción material a todos los sujetos obligados. Expresamente dice:

**“Parágrafo 2.** Se exceptúan de la aplicación de esta ley y por tanto gozan de reserva legal la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Nacional, el artículo 12 de la ley 57 de 1985<sup>25</sup>, el artículo 27 de la ley 594 de 2000<sup>26</sup>, la ley 1097 de 2006<sup>27</sup>, el literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007<sup>28</sup>, la ley 1219 de 2008<sup>29</sup>, el artículo 2 de la ley 1266 de 2008<sup>30</sup>, el artículo 24 de la ley 1437 de 2011<sup>31</sup> y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.”

---

<sup>25</sup> El artículo 12 de la ley 57 de 1985: “ARTICULO 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”

<sup>26</sup> El artículo 27 de la ley 594 de 2000: (Ley general de archivos): “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. Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes.”

<sup>27</sup> Ley 1097 de 2006 sobre gastos reservados.

<sup>28</sup> El literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dice: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:” “4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:”

“d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;”

<sup>29</sup> Ley 1219 de 2008 (régimen de contratación de gastos reservados)

<sup>30</sup> El artículo 2 de la Ley 1266 de 2008 (Habeas data) dice: “La presente ley se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada. Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas especiales que disponen la confidencialidad o reserva de ciertos datos o información registrada en bancos de datos de naturaleza pública, para fines estadísticos, de investigación o sanción de delitos o para garantizar el orden público.

Se exceptúan de esta ley las bases de datos que tienen por finalidad producir la Inteligencia de Estado por parte del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y de la Fuerza Pública para garantizar la seguridad nacional interna y externa. Los registros públicos a cargo de las cámaras de comercio se registrarán exclusivamente por las normas y principios consagrados en las normas especiales que las regulan.

Igualmente, quedan excluidos de la aplicación de la presente ley aquellos datos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico y aquellos que circulan internamente, esto es, que no se suministran a otras personas jurídicas o naturales.”

<sup>31</sup> El artículo 24 de la Ley 1437 de 2011: “Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial: 1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial. 2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales. 3. Los amparados por el secreto profesional secreto profesional. 4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información. 5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos

El párrafo excluye cierta información de la aplicación del proyecto de ley y automáticamente le establece reserva legal. Esto, de conformidad con la normatividad que anuncia y “*demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan*”. Sin embargo, negar la aplicación de la ley a ciertos documentos, implica que para ellos no aplica la protección al derecho fundamental que desarrolla la ley estatutaria. Ahora bien, para negar o restringir la protección de un derecho fundamental y sus alcances, deben cumplirse ciertos requisitos, so pena de que la restricción se convierta en desproporcionada. No basta entonces con que la ley disponga excluir ciertas materias de su regulación, debe haber una justificación adicional para que no apliquen los desarrollos del derecho fundamental a este tipo de materias. En el caso concreto, debe revisarse si al excluir de la aplicación de la ley a los documentos de seguridad, defensa y relaciones internacionales se está creando una restricción desproporcionada y por ende inconstitucional al derecho fundamental de acceso a la información pública, dado que para estas materias no se podría aplicar los desarrollos de la ley que regula integralmente el derecho (incluso con sus excepciones).

De conformidad con lo anterior, el párrafo es en principio, una restricción al derecho fundamental de acceso a la información pública que sólo será constitucional si supera el test de proporcionalidad. A continuación, desarrollaremos el test y verificaremos si la medida persigue una finalidad constitucional, es idónea respecto del fin pretendido, es necesaria y es estrictamente proporcional.

En primer lugar, podemos decir que la medida tiene una finalidad constitucional válida porque pretende proteger el orden público, la seguridad y defensa nacional y las relaciones internacionales. Todos ellos, son bienes esenciales para proteger a la nación de cualquier peligro interno o externo, y en consecuencia, para poder proteger la vida e integridad de sus habitantes. El artículo 2 de la Constitución señala como fines esenciales del Estado “*defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*” Así mismo, la Corte Constitucional expresamente ha reconocido que puede fijarse una reserva cuando se hace en virtud de proteger valores como la seguridad nacional y el orden público.<sup>32</sup>

También en jurisprudencia constitucional se ha desarrollado la defensa nacional como finalidad constitucional. La Corte Constitucional ha reconocido que para asegurar la convivencia de los ciudadanos y el ejercicio de derechos y libertades, es indispensable que las autoridades garanticen el orden público. Tal como se cita a continuación:

---

documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.”

<sup>32</sup> En la sentencia T 889 de 2009 la Corte dijo: “Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos”

“Una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, no sólo porque así lo establece el artículo 2º de la Carta, sino además porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades. La Constitución busca el fortalecimiento de las instituciones, para que éstas puedan cumplir efectivamente su misión constitucional de asegurar la convivencia pacífica perturbada por grupos armados que actúan al margen de la ley y atentan contra la vida, la libertad y los demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia”<sup>33</sup>

En segundo lugar, la medida puede considerarse idónea para proteger la finalidad constitucional. Efectivamente, la defensa al orden público y las relaciones internacionales pasan por manejar, en muchos casos, información privilegiada a la que no tengan acceso todas las personas. Esto permite que las autoridades puedan actuar más estratégicamente. Entonces, tener una protección legal que permite negar el acceso a la información, ayuda a mantener en secreto la información. Y permite que el posible factor que representa una amenaza para la seguridad del Estado colombiano, (sea otro Estado, un grupo delincuencia, o un grupo armado al margen de la ley) no conozca la información que sobre él o demás factores tiene el Estado colombiano para su defensa.

Sin embargo, en tercer lugar, la medida no aparece como necesaria. Si bien, debe mantenerse en secreto la información sensible sobre seguridad, defensa del Estado y relaciones internacionales, la medida adoptada por el parágrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria no es necesaria para proteger la información relevante, pues existen otras formas menos dañosas del derecho al acceso a la información pública. La exclusión de la aplicación de la ley es una medida muy amplia para proteger la información que debe ser reservada, y su efecto será que más información de la necesaria terminará cobijada en dicha exclusión y por lo tanto será sustraída del acceso y control ciudadano. Esto, incluso cuando hay dentro de la misma ley formas de asegurar la reserva de esta información cuando realmente es necesario mantenerla en secreto. De allí que existan otras medidas igualmente idóneas, eficaces y menos gravosas del derecho fundamental.

Un ejemplo de ello es que en virtud del artículo 19 del proyecto de ley, la información relacionada con defensa y seguridad nacional puede ser información reservada y corresponde al sujeto obligado la carga de la prueba de acuerdo con el artículo 24 del mismo proyecto.

En cuarto lugar, la medida no es proporcional pues limita el derecho al acceso a la información de forma severa cuando establece una reserva tan general y el beneficio que se

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia C 251 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas.

obtiene para la seguridad y la defensa nacional surge únicamente de ciertos casos en los que la reserva es útil. En virtud de proteger la seguridad nacional se sacrifica en exceso el derecho al acceso a la información pública.

Es imperativo tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que las excepciones al derecho de acceso a la información tienen que estar consignadas en una ley o la Constitución, pero además, no pueden ser las leyes vagas y ambiguas que permitan auto validar una restricción exagerada. Por ello la Corte Constitucional ha dicho:

“No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas.”

Estos requisitos, a todas luces, no se cumplen en el párrafo 2 del artículo 5 que excluye la aplicación de la ley y cita normas generales para fundamentar el secreto de la información, e incluso, llega a decir que se fundamenta en “*demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.*”. Esto último, es una muestra clara de imprecisión. Primero, no existe claridad sobre la información que será objeto de reserva; al contrario, se hace referencia a documentos, bases de datos, contratos simplemente relacionados con seguridad y defensa. Es sumamente amplio. Pueden ser todos los contratos que tengan que ver con servicios de vigilancia del edificio de una entidad que trabaja por la seguridad nacional: también los contratos de aseo, planillas de ingreso del personal y de visitantes, presupuesto general, distribución interna de funciones, entre otros. Y el efecto concreto es que quedarían apartados de un control ciudadano sin que medie una justificación, lo cual puede degenerar en corrupción y otros abusos más. Es evidente que una porción de la información sobre las materias mencionadas en el párrafo debe ser reservada, pero de allí a determinar que son secretos todos los documentos, elementos técnicos e información en general relacionados, hay una gran distancia.

Como consecuencia de lo anterior, no hay condiciones precisas en las cuales puede oponerse la reserva a los ciudadanos, el criterio para oponer la reserva es únicamente la materia con la que se relaciona la información; y de la misma forma no hay puntos medios para proteger el derecho de acceso a la información en esas materias pues no le sería aplicable la ley que regula integralmente este derecho. De allí se concluye que la información de defensa, seguridad y relaciones internacionales está excluida de la aplicación del derecho fundamental de acceso a la información, restricción que es contraria a la Carta pues se trata de una restricción que respeta el principio de legalidad (dada su

vaguedad) y que en todo caso resulta desproporcionada, como ya lo explicamos ampliamente. En efecto, la norma no dice cuáles son las autoridades que pueden aplicarla, por lo que puede suceder que una persona que trabaja como coordinadora de contratación de recursos humanos, no esté obligada a aplicar la ley y por lo tanto, no pueda decir ni siquiera cuántos funcionarios hay en la empresa. O un policía podría invocar esa norma para negarse a dar información sobre las capturas realizadas en una zona limítrofe.

Si bien el Congreso tiene libertad de competencia para legislar, la exclusión que hizo en el proyecto de ley objeto de estudio no es solo un diseño de la legislación, sino una exclusión a la aplicación de las reglas constitucionales sobre un derecho fundamental. Por lo tanto, la exclusión no se hace en virtud de regular de forma diferente estas materias, sino con el fin de dejar de aplicar el derecho fundamental. En ese sentido, el párrafo de la ley no hace una simple excepción a la ley, sino que se está apartando de los principios constitucionales y se evita probar que la información reservada debe cumplir con el sistema de excepciones de la regla general. Es decir, que para no cumplir con los estrictos requisitos que bajo los cuales la información puede no ser pública, se crea una excepción mayor y se deja de aplicar la ley a dichas materias.

Vale aclarar que lo anterior no significa que la declaratoria de inexecutable vaya a convertir en pública la información que en sentido estricto sí debe ser reservada, pues en caso de que la Corte la declare inconstitucional, deben aplicarse las normas menos lesivas de los derechos que están en el proyecto de ley objeto de estudio y que reproducen algunos criterios jurisprudenciales sobre el tema.

En conclusión, el párrafo 2 del artículo 5 debe ser declarado inexecutable porque es una medida que, aunque tiene una finalidad constitucional y es idónea para lograrla, no es necesaria, pues hay otras restricciones menos gravosas; es desproporcionada porque restringe en exceso el derecho al acceso a la información pública; y viola el principio de legalidad que rige cualquier restricción al derecho de acceso a información pública debido a la extrema vaguedad del párrafo.

**Cargo 2: Negar existencia y divulgación de información reservada en los términos del inciso 2 es inconstitucional.**

El artículo 21 del proyecto de ley establece reglas para la divulgación de la información, entre ellas, señala cuándo debe divulgarse total o parcialmente. Para los casos en que el contenido de la información es reservado, advierte que en ningún caso puede negarse la existencia de los documentos, pues lo que se mantiene bajo secreto es únicamente su contenido. Textualmente el artículo dice:

**“Artículo 21. *Divulgación parcial y otras reglas*** En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia.

Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un documento, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información.

Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones.” (Subrayas propias)

En ese sentido, la última frase del primer inciso establece que la reserva no aplica sobre la existencia de documentos, el siguiente párrafo parece concretar ese dictado cuando prohíbe a los funcionarios públicos negarse a indicar que tienen un documento. Sin embargo, de forma inmediata, ese inciso crea una excepción según la cual, cuando el interés público de acceder a la información es menor que el daño que se puede causar al interés protegido, los funcionarios públicos pueden negar que tienen el documento o no divulgarlo.

En el primer caso del inciso, negar la tenencia del documento implica negar la existencia del mismo, puesto que la información que llega a la ciudadanía es que el documento no existe en las actividades de cierto funcionario. Esto está prohibido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha considerado que un mínimo del derecho de los ciudadanos consiste en conocer la existencia de un documento, incluso si es reservado, pues ello es indispensable para el ejercicio de control. La sentencia T 216 de 2004 dice:

“El secreto de un documento 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 público, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.)”<sup>34</sup>

En consecuencia, consideramos que la facultad para negar la existencia del documento, incluso en la ocasión que señala el inciso segundo, es inconstitucional porque la Corte ya ha dicho que se trata de un mínimo del derecho, es decir que no puede restringirse más el derecho de la ciudadanía.

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia T 216 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett



Adicionalmente también es inconstitucional porque al permitir al funcionario negar que tiene cierto documento en su poder, lo descarga de probar por qué la información es reservada. Con ello, se omite que cuando se restringe el acceso a la información, el funcionario tiene la carga de la prueba y la negación debe ser motivada y fundamentada en un test de proporcionalidad. Así lo ha dicho también la Corte Constitucional en la sentencia 1025 de 2007:

“Como se puede observar, tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiestan que la regla general es la del acceso general a la información que reposa en el Estado – “principio de la máxima divulgación” -, como condición fundamental para la existencia del Estado democrático, respetuoso de los derechos de las personas. Sin embargo, en los dos casos se admite que alguna información quede en secreto, de acuerdo con lo que determine la ley, lo cual en el contexto colombiano exige una decisión del Congreso de la República. Empero, la determinación debe ser motivada, debe respetar los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad, a partir de un test estricto, y, además, las excepciones a la regla del acceso deben interpretarse siempre en forma restrictiva.”<sup>35</sup>

La expresión que impugnamos como inconstitucional invertiría la carga de la prueba pues correspondería al ciudadano probar que el documento “obra en el poder” de la entidad. Esto afecta intensamente el derecho de acceso a la información pública pues crea una carga desproporcionada sobre el ciudadano que no cuenta con la información del Estado sobre quién posee ciertos documentos, por lo tanto le quedaría muy difícil probar que alguien tiene en su poder un documento. Así mismo permitiría que los sujetos obligados dieran respuestas evasivas para no proteger efectivamente el derecho de acceso a la información. Esto último, según la Corte, desconoce las obligaciones que ha establecido la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de petición, el cual, pese a no ser el mismo derecho de acceso a la información, se ha reconocido como uno de los mecanismos legales idóneos para el ejercicio de este último:

“La oportuna respuesta exigida como factor integrante e insustituible del derecho de petición debe tocar el fondo mismo del asunto planteado por el peticionario, resolviendo sobre él de manera clara y precisa, siempre que la autoridad receptora de la solicitud goce de competencia. Las respuestas evasivas o las simplemente formales, aun producidas en tiempo, no satisfacen el derecho de petición, pues en realidad, mediante ellas, la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa.”<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia T 1025 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 314 de 1998. M.P.: Carlos Gaviria Díaz

Además, la expresión demandada minimiza las obligaciones de los funcionarios públicos que deben motivar la reserva de forma más estricta. Tal como lo establece el artículo 29 del proyecto de ley según el cual deben concurrir las siguientes condiciones para la denegación de información: *“la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 19 y 20 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.”*

De acuerdo con lo anterior, negar la existencia de un documento o en términos de la ley “que obra en su poder” desconoce la jurisprudencia constitucional en lo relativo al mínimo del derecho de acceso a la información y la exigencia de que la negación de información sea motivada.

En el segundo caso del inciso, la facultad de negar la divulgación bajo nuevas condiciones, cambia el test que procede para fijar una reserva. El inciso dos permite no divulgar un documento (además de negar la existencia) cuando “el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información”. Sin embargo esta nueva ponderación de derechos desconoce un procedimiento más complejo que ya se ha determinado como aquel que, una vez, superado, permite que cierta información se mantenga en secreto. A saber, las excepciones al acceso a la información, según la Corte Constitucional, deben:

“ (...) Estar fijados en la ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza, por ejemplo actos administrativos. No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas. Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad, es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad”<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia T 889 de 2009 y sentencia T 511 de 2010.

De conformidad con lo anterior, para negar la divulgación de un documento (lo cual implica reservarlo) no basta con demostrar que el daño al interés protegido es mayor que el beneficio al acceso a la información, sino que además debe: existir una ley que permita que dicha materia sea reservada (y la ley debe cumplir estrictas características de clara descripción o tipicidad de la restricción), y superar un test estricto de proporcionalidad. Por lo tanto, cualquier disminución de los requisitos constitucionales para restringir una el derecho al acceso a la información, vulnera el derecho y desconoce la jurisprudencia constitucional; y debe ser declarado inexecutable.

Por último, desde el punto de vista de la proporcionalidad, conviene insistir en las razones por las cuales la jurisprudencia tanto de esta Corte Constitucional como comparada, ha concluido que si bien una autoridad puede, dentro de precisos límites, negar la divulgación del contenido de un documento, no puede, por el contrario, negar su existencia. La razón es ésta: negar la existencia del documento cuando éste verdaderamente existe afecta en forma gravísima el derecho fundamental de acceso a documentos públicos, como ya se explicó, pero en cambio no parece promover ningún objetivo constitucional importante, pues todos esos bienes constitucionales ya han sido protegidos con la interdicción de la divulgación del contenido del documento. Estamos pues frente a una restricción a todas luces desproporcionada y por ende inconstitucional.

### **Cargo 3: Constitucionalidad de la limitación al acceso a la información cuando entra en conflicto con el derecho a la intimidad.**

El artículo 18 del proyecto de ley establece cuál es la información que puede ser exceptuada de divulgación por causar daño a derechos de personas naturales o jurídicas. En el literal a) de dicha norma se establece como causal de excepción el daño al derecho a la intimidad:

“Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiese causar un daño a los siguientes derechos:

- a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la ley 1437 de 2011;
- b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad;
- c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el párrafo del artículo 77 de la ley 1474 de 2011.

**Parágrafo.** Estas excepciones tiene una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o

privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable.”(Subrayado propio)

La expresión subrayada introduce la limitación al derecho de acceso a la información pública cuando se presente un conflicto con el derecho a la intimidad, lo cual consideramos constitucional en tanto el acceso a la información no es un derecho absoluto y podría ceder ante la protección del derecho a la intimidad. Ahora bien, apoyamos la constitucionalidad del artículo pero consideramos útil que se hagan ciertas precisiones con el objeto de no vaciar el contenido del derecho de acceso a la información ante cualquier alegación del derecho a la intimidad.

El literal a) del artículo tiene dos mandatos: El primero, indica que, en principio, el acceso a la información pública puede ser restringido cuando existe tensión con el derecho a la intimidad. Y el segundo, supone que cuando el derecho a la intimidad se predica de un servidor público, la restricción al derecho a la información se debe evaluar en concordancia con el artículo 24 de la ley 1437 de 2011. A continuación desarrollaremos por qué y cómo consideramos que deben ser declarados exequibles. Para ello nos ocuparemos de lo siguiente: Primero, algunas consideraciones generales sobre el derecho de acceso a la información y el derecho a la intimidad; y segundo, defenderemos la idea según la cual el derecho a la intimidad de funcionarios sólo se protege cuando dicha protección no afecta el interés público.

#### a. Acceso a la información e intimidad

En relación con el primer mandato, vale decir que el derecho a la intimidad puede chocar con el acceso a la información pública en tanto que la aplicación plena del primero puede suponer vulneraciones al segundo.<sup>38</sup> Por lo anterior, se ha hecho necesario el análisis de ponderación constitucional en casos concretos de conflicto entre los dos derechos, que ha tenido como resultado la determinación de reglas aplicables a estos eventos, desarrolladas a través de la sucesiva jurisprudencia constitucional. Así, ha señalado la jurisprudencia constitucional:

“La libertad de información puede entrar en pugna con el derecho a la vida privada de una persona concreta. La sociedad puede manifestar interés por estar informada de la verdad en lo que concierne a todos o algunos de los individuos que forman parte de ella,

---

<sup>38</sup> En este sentido se puede mirar lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T-439 de 2009: “*La sociedad puede manifestar interés por estar informada de la verdad en lo que concierne a todos o algunos de los individuos que forman parte de ella, y de este modo podría reclamar como derecho suyo conocer aspectos incluidos dentro del concepto de vida privada. Para fundamentar ese pretendido derecho, los medios de comunicación podrían sostener que les compete informar sobre todo cuanto es de interés para el público. Por tanto, el conflicto o la colisión se sitúa, en tales casos, entre la divulgación de un hecho concerniente a la vida privada de alguien y la libertad de información*”.

y de este modo podría reclamar como derecho suyo conocer aspectos incluidos dentro del concepto de vida privada. Para fundamentar ese pretendido derecho, los medios de comunicación podrían sostener que les compete informar sobre todo cuanto es de interés para el público. Por tanto, el conflicto o la colisión se sitúa, en tales casos, entre la divulgación de un hecho concerniente a la vida privada de alguien y la libertad de información”<sup>39</sup>.

En la misma medida, el derecho a la intimidad se ha desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia colombiana y ha tenido un alto nivel de protección cuando entra en colisión con las libertades informativas. Desde el inicio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ligó la intimidad con el derecho a la dignidad humana por considerarlo parte esencial de la personalidad.<sup>40</sup> En la misma línea se ha dicho con respecto a la intimidad familiar que no hay razón para que esta sea de dominio público, a menos que medie un interés general cierto.<sup>41</sup> Y ha señalado los casos en que puede concluirse que hay una afectación a la intimidad de las personas, a saber: *“La primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.”*<sup>42</sup>

Es de destacar también, el aporte de la jurisprudencia al establecer los grados del derechos a la intimidad, que son: el derecho de ser dejado solo y guardar silencio; la privacidad en el núcleo familiar, con especial relación con el artículo 33 de la constitución según el cual *“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*; las relaciones de un individuo en determinado ámbito social; y la intimidad gremial.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-439 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

<sup>40</sup> Así lo señaló al Corte: “En efecto, la intimidad es, como lo hemos señalado, elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana. En consecuencia, ontológicamente es parte esencial del ser humano. Sólo puede ser objeto de limitaciones en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos, por el artículo 1o. de la Constitución. No basta, pues, con la simple y genérica proclamación de su necesidad: es necesario que ella responda a los principios y valores fundamentales de la nueva Constitución entre los cuales, como es sabido, aparece en primer término el respeto a la dignidad humana” Corte Constitucional, sentencia T 414 de 1992

<sup>41</sup> Así lo señaló al Corte: *“todo ello importa únicamente a los directamente involucrados y, por ende, ninguna razón existe para que sean del dominio público, a no ser que en realidad, consideradas las repercusiones de la situación concreta, esté de por medio un interés de la comunidad, el cual tendría que ser debidamente probado y cierto para dar paso a la información.”* Corte Constitucional, sentencia T 512 de 1992

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 696 de 1996. M.P.: Fabio Morón Díaz

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 787 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil

En el sistema interamericano, el derecho a la intimidad se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11.2, que establece que “2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*” En la misma medida, la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica en su artículo 12 que “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que la intimidad no es un derecho absoluto, por lo que puede llegar a tener limitaciones, especialmente cuando está relacionada con información sobre funcionarios públicos en diferentes ámbitos. Esto se traduce en un umbral de protección reducido sobre la privacidad de estas personas.<sup>44</sup>

Estimamos que la disposición debe ser declarada exequible, pero teniendo en cuenta que los criterios para proteger el derecho a la intimidad de un servidor público son diferentes a los de un ciudadano común. A nuestro juicio, en relación con los funcionarios públicos debe aplicarse el criterio según el cual el derecho a la intimidad de estos sólo se protege cuando su vida íntima no afecta el interés público, y además, no toda la información de este tipo de personas requiere el mismo grado de protección del derecho a la intimidad. A continuación desarrollaremos nuestros argumentos.

#### b. La protección del derecho a la intimidad del servidor público

El segundo mandato del inciso objeto de estudio, indica que la condición de servidor público establece limitantes al derecho a la intimidad que deben ser evaluadas en concordancia con el artículo 24 de la ley 1437 de 2011. Este último artículo dispone que la información podrá ser reservada en virtud de norma constitucional o legal y cuando se trate de los siguientes documentos:

- “1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
3. Los amparados por el secreto profesional.

---

<sup>44</sup> Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que: “[e]n una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011 prr 47.

4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.

5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.” (Subrayas propias)

No obstante, antes de entrar en el desarrollo del cargo vale hacer una aclaración previa sobre la aplicación del artículo 24 de la ley 1437 de 2011. De la lectura del citado artículo se infiere que aunque el Congreso hizo referencia a que se aplicaría todo el artículo, solo es pertinente el numeral tres y cuatro, por las siguientes razones: Primero, porque uno enuncia expresamente el derecho a la intimidad y privacidad (numeral cuarto), aunque es claro que esa restricción debe ser entendida en el sentido de que no incluye el contenido total de la hoja de vida (como a veces se ha entendido) sino exclusivamente aquellos aspectos de la hoja de vida que sean verdaderamente íntimos y privados pues es claro que en términos generales frente a un funcionario su hoja de vida contiene datos que no son íntimos sino que son de claro interés público, en la medida en que muestran, por ejemplo, si un funcionario cumple o no los requisitos para acceder al cargo o incurre en posibles conflictos de interés; y el otro se ocupa del secreto profesional el cual, como ha dicho la Corte Constitucional, tiene estrecha relación con el derecho a la intimidad pues “*La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que con grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente.*”<sup>45</sup> Segundo, no son aplicables los numerales primero, segundo y quinto en lo relacionado con el artículo objeto de estudio pues la seguridad nacional, el secreto comercial y las condiciones financieras de crédito público de la nación no tienen una relación con el derecho a la intimidad.<sup>46</sup> Así pues, los numerales del artículo 24 de la ley 1437 de 2011 que tendrían aplicación en el caso concreto serían el tercero y el cuarto.

Estimamos importante que la Corte Constitucional determine que en el momento de aplicar el criterio de “*las limitaciones propias que impone la condición de servidor público*”, se

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C 200 de 2012 M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>46</sup> El numeral primero relativo a los derechos relacionados con el secreto industrial y comercial goza de importancia para ser protegido y está relacionado en el literal c del artículo 18 del proyecto de ley objeto de estudio; pero no tiene que ver con el derecho a la intimidad. El numeral segundo hace relación a la defensa y seguridad nacional. Este tema se encuentra relacionado con la defensa del interés público, que se encuentra desarrollado en el artículo 19 del proyecto de ley. El numeral quinto busca proteger intereses relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público. Este último, al igual que el numeral segundo, hace relación a un interés público, que se encuentra regulado en el artículo 19 del proyecto de ley.

tenga en cuenta que el grado de protección del derecho a la intimidad de los funcionarios es diferente; y que existe información de este tipo de personas que no tienen la misma protección de la que goza un particular. De esta manera, la evaluación que se haga en estos casos en razón de los criterios establecidos en el artículo 29 del proyecto de ley debe ser lo más laxa posible a favor del derecho de acceso a la información.

La jurisprudencia constitucional en desarrollo del artículo 15 constitucional<sup>47</sup> ha establecido que el campo de aplicación del derecho a la intimidad es más reducido para aquellos que desarrollan una función de relevancia para el público, como son por excelencia los funcionarios públicos. No obstante, se encuentra que esta reducción de la esfera íntima no se limita únicamente en estos casos, sino en el de aquellas personas que son de *relevancia pública*, tal como lo indicó la Corte al indicar que “*cuando la persona de que se trata tiene una relevancia pública, toda vez que si bien tales personas tiene derecho a que se preserve su esfera íntima y privada, dado el papel que desempeñan en el medio social, dicho margen de protección puede verse reducido*”<sup>48</sup>. La Corte Constitucional también ha afirmado que existen personas para las cuales la protección de la intimidad es menos robusta:

“La jurisprudencia, tratándose de las actuaciones públicas de las personas que, por sus condiciones o por la función que desempeñan, tengan una mayor relevancia e interés sociales, ha sostenido que la conducta de estas personas reviste gran importancia dentro del sistema democrático, en la medida en que ella puede afectar el interés general y los derechos de los individuos.”<sup>49</sup>

De esta manera, con una protección a la intimidad del servidor público limitada a aquellos casos en los que sólo hay interés privado, se permite un mayor control sobre las actividades estatales, de la ejecución de dineros públicos y la satisfacción del interés público en el desarrollo de las funciones que han sido confiadas a estas personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el mismo sentido.<sup>50</sup>

En adición a lo anterior, es importante considerar lo que ha dicho la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en relación con el marco reducido de protección que existe sobre el derecho a la intimidad de

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 546 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 218 de 2009. M.P.: Mauricio González Cuervo

<sup>50</sup> Al respecto ha dicho la Corte IDH: “*“El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”* Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004 par 127.



los funcionarios públicos que se extiende a aquellos que aspiran a serlo en el marco de un proceso democrático.<sup>51</sup>

A manera de conclusión, es pertinente lo que ha dicho Carlos Cortés Castillo, experto en libertad de expresión y acceso a la información pública, con respecto al derecho a la intimidad:

“Piensen en el derecho a la intimidad como una casa rodeada por una reja. A la casa nadie puede meterse, sea quien sea. Es el refugio básico en el que nadie puede ser molestado. Pero dependiendo del espacio entre la casa y la reja, podemos estar más cerca o más lejos de la puerta y las ventanas de otro. Ahí está la diferencia: mientras los ciudadanos comunes y corrientes tenemos un antejardín enorme, los personajes públicos tienen apenas un breve pasillo.”<sup>52</sup>

Así, si aplicamos el anterior criterio al analizar en detalle el artículo 24-4 de la 1437 de 2011, es lógico concluir que en las hojas de vida de los funcionarios públicos, toda la información relativa a su historia laboral, sus estudios y sus escritos es relevante para la ciudadanía. Lo anterior, pues esta información incide indefectiblemente en el ejercicio de la función pública, ya que la carencia de títulos o de experiencia puede hacer a la persona menos idónea para el cargo respectivo. Otra información de una hoja de vida relativa a los bienes de una persona o a su condición de salud sólo es relevante en la medida en que importe para el escrutinio público. Si por ejemplo está en juego el seguimiento ciudadano a un posible enriquecimiento sin justa causa, es necesario poder comparar los bienes del servidor antes, durante y al finalizar la función pública y no deberían ocultarse las propiedades so pretexto de la intimidad. Si por ejemplo, una potencial enfermedad del servidor estatal pone en riesgo el desempeño de sus tareas, la ciudadanía, que se interesa en la cosa pública, debe poder conocer dicha condición de salud.

Consideramos que la Corte Constitucional debe declarar exequible este artículo, pero además, es fundamental que establezca un criterio de interpretación que contemple los diferentes niveles de protección del derecho a la intimidad. Este criterio, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH y de la propia Corte Constitucional, debería apoyarse en la relevancia pública de la actuación privada de un servidor estatal como condición para la reducción de la protección de su intimidad. A

---

<sup>51</sup> En palabras de la Relatoría: “*[l]os funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública*” Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 2010.par 40

<sup>52</sup> Ver: <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/ccortes/29994/senor-ex-presidente-ahora-sus-palabras-nos-pertenecen>

nuestro juicio, consideramos que el artículo es constitucional en el entendido de que la reserva por intimidad no cubre toda la hoja de vida, la historia laboral o pensional de un servidor público; sino exclusivamente cuando dicha información carece de cualquier relevancia pública. Es decir, que para los servidores públicos el derecho a la intimidad se protege sólo cuando este no tiene un interés público.

**Cargo 4: Constitucional de excepciones del derecho de acceso a la información por daño a los intereses públicos siempre que se cumplan los demás requisitos para restringir el derecho.**

El artículo 19 del proyecto de ley señala un grupo de excepciones al principio general de máxima divulgación de la información. Bajo este grupo de restricciones puede negarse el acceso de cierta información pública cuando una ley o directamente la Constitución han restringido de manera previa y expresa la posibilidad de conocer dicha información por razones de interés público como seguridad y relaciones internacionales, entre otras:

“Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

- a) La defensa y seguridad nacional.
- b) La seguridad pública.
- c) Las relaciones internacionales.
- d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso.
- e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales.
- f) La administración efectiva de la justicia.
- g) Los derechos de la infancia y la adolescencia.
- h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país.
- i) La salud pública.

**Parágrafo.** Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.”

Dicha norma se fundamenta en que el derecho de acceso a la información puede entrar en conflicto, con el deber de proteger intereses públicos, tales como la seguridad y defensa nacionales o las relaciones internacionales. Dado que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, éste puede válidamente limitarse por un carácter de necesidad y proporcionalidad.

Ahora bien, a partir de una lectura rápida, somera y aislada del artículo podría pensarse que a través de las excepciones enumeradas se está ampliando la discrecionalidad de los funcionarios públicos para negar el acceso a determinada información. Sin embargo, una lectura integral del proyecto de ley deja ver que su finalidad es precisamente, evitar dicha discrecionalidad.

Hay varias razones para afirmar que el texto exige un comportamiento reglado de parte del funcionario. Para empezar, no basta que el funcionario considere que la información se relaciona con los intereses públicos enunciados en el artículo para poder así rechazar la divulgación. Se requiere además, que su denegación sea *motivada y por escrito*.

Adicionalmente, y sobre todo, la norma señala que el conjunto de sectores enumerados en los literales e incluso en el párrafo, respecto de los cuales opera la mencionada excepción, deberán estar expresamente reservados por otra norma constitucional o legal. Es decir, que debe ser una norma diferente al proyecto de ley que se revisa la que decida que cierta información pueda ser reservada en razón de su relación con intereses públicos imperativos como la defensa o seguridad nacional, etc. No puede alegarse el artículo 19 para decir que en él se está reservando dicha información. Todo lo contrario, ese artículo permite que en ciertas leyes se restrinja la divulgación de dicha información, pero exige que sean normas legales o constitucionales concretas y específicas. Esta exigencia, que es de mayúscula importancia, recoge un requisito plasmado en nuestra jurisprudencia constitucional<sup>53</sup>, así como en los estándares interamericanos<sup>54</sup>.

También debe interpretarse de forma armónica con lo que el legislador señala en el artículo 29, en relación con la carga de la prueba que se encuentra en cabeza del sujeto obligado, el cual debe aportar: *”las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo*

---

<sup>53</sup> Sentencia T-511 de 2007, MP: Humberto Sierra Porto. En este proceso, con ocasión del rechazo de divulgación de información, bajo el alegato de que la documentación había sido aportada a una investigación penal, la Corte estableció que no eran “admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas”. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en la sentencia T-487 de 2011, MP Jose Ignacio Pretelt Chaljub para concluir que no existe norma que se refiera a la reserva legal sobre los precios de los medicamentos ofertados en el mercado por una determinada empresa y en la sentencia T-181 de 2011, MP Humberto Sierra Porto en la que se confirma que todo ciudadano (incluso los privados de su libertad) puede acceder a decisiones presupuestarias relacionadas con la ejecución de obras de la administración pública carcelaria, pues no existe ley que de manera expresa lo impida.

<sup>54</sup> Sentencia Corte Interamericana de DDHH de 19 de septiembre de 2006, serie C-151, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafos 89, 90 y 91

*establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de” una excepción contenida en los artículos 19 y 20 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.”*

De esta manera, de acuerdo con este mandato legislativo, será el sujeto obligado el titular de la carga de, en este caso particular, establecer que la excepción que se señale corresponda a los bienes públicos del artículo 19. También deberá exponer de manera expresa en su rechazo las razones por las cuales se causaría un daño *presente, probable y específico que excede el interés público* que representa el acceso a la información.

Así pues, aun cuando el artículo 19 que enumera las excepciones por causa de daño al interés público, el artículo 29, califica además la carga de la prueba en cabeza del sujeto obligado, señalando que el daño deberá contar con las características de presente, probable y específico. Surge entonces la necesidad de que la Corte tenga en cuenta al momento de su análisis, especial cuidado en la definición de estos términos como una limitación a lo señalado por la ley, toda vez que una interpretación innecesaria e injustificadamente extensiva de dichos términos incluidos como condiciones que deben ser verificables y verificadas por el funcionario público para que la excepción tome lugar y se pueda restringir el acceso a la información solicitada en particular, podría ocasionar una violación al derecho que en efecto busca protegerse.

Adicionalmente, aun cuando el artículo presenta un listado de razones que el funcionario podría alegar para impedir el acceso a la información solicitada, consideramos que dichas excepciones no pueden anular el derecho del solicitante de la información. El acceso a la información como derecho fundamental solo puede ser limitado en razón de los bienes constitucionales protegidos en este artículo 19 cuando (i) las restricciones estén consagradas expresamente en norma legal (diferente a este proyecto de ley) o constitucional y (ii) el funcionario público o sujeto obligado, como titular de la carga de la prueba, verifique de manera acumulativa, motivada y escrita los caracteres de presente, probable y específico del daño que se configuraría a partir de la divulgación de determinada información. En conclusión, consideramos que el artículo debe ser declarado exequible, en el entendido de que se cumplan los presupuestos anteriores.

#### **Cargo 5: Constitucionalidad condicionada de la reserva sobre documentos en construcción**

El artículo 19 del proyecto de ley establece la información que puede ser considerada como excluida de divulgación con el fin de proteger intereses públicos. De la lista de causales de

reserva que se establecen, se puede observar que, en general, se busca proteger bienes jurídicos de la Nación y aspectos que se relacionan con la estabilidad de la misma con el fin de que no se revele información que pueda crear una vulnerabilidad grave para el Estado y el orden social.

El párrafo del artículo 19 del proyecto de ley establece que “*Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.*” Esto debe interpretarse de la mano del literal i del artículo 6 que establece la siguiente definición:

“i) Documento en construcción. No será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su calidad de tal.” (Subrayado propio)

La reserva que establece el párrafo del artículo 19 versa sobre documentos que de acuerdo a las definiciones establecidas en el artículo 6 del proyecto de ley son *documentos en construcción*. Este tipo de documento se puede considerar asimilable a los documentos preparatorios, de los cuales, la Corte Constitucional ha establecido que “*a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo.*”<sup>55</sup>

Además de lo anterior, consideramos que, la redacción de este párrafo, al ser una adición al artículo 19 del proyecto de ley sobre excepciones de interés público, deja entender que se busca evitar la divulgación de documentos en construcción que puedan afectar los intereses públicos consagrados en dicha norma.

Para identificar un documento en construcción, revisaremos qué podría considerarse como *parte del proceso deliberativo* en la administración pública y haremos un análisis jurisprudencial que permita evidenciar cuál podría ser el alcance de una reserva en estos aspectos.

Para iniciar, la definición de documento que se encuentra establecida en el artículo 251 del Código Civil es:

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 201 de 1994. M.P.: Antonio Barrera Carbonell

Los documentos son públicos o privados.

Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.”

Por su parte, la Real Academia Española define *deliberar* como: “*Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos.*” De acuerdo a esto, un proceso deliberativo sería aquel en el cual se toman consideraciones y se examinan los motivos para tomar una decisión.

Así pues, válidamente puede afirmarse que son documentos de procesos deliberativos las actas de sesiones del congreso, de reuniones de sala plena de las altas cortes, de reuniones de juntas directivas, de reuniones preparatorias entre grupos de trabajo y apuntes de trabajo que tiene un funcionario público para el proceso de toma de decisiones, y en general, los elementos documentales para registrar lo discutido en el marco de las funciones públicas.

No obstante, esta definición es bastante amplia, y puede permitir que se presenten negativas de acceso a la información bajo el argumento de que el documento solicitado no ha superado su etapa deliberativa. Por esta razón, es importante recordar que el funcionario público que niegue el acceso a un documento en construcción fundamente: 1. La existencia de una norma que establezca de manera clara la excepción; 2. Que esta se relacione con la defensa de alguno de los intereses públicos establecidos en el artículo 19 del proyecto de Ley; 3. Que exista la justificación de que la divulgación de la información causaría un daño presente, probable y específico superior al interés público que se tiene de poder acceder a información que da cuenta sobre la actuación interna de una entidad pública.

Por otro lado, la jurisprudencia ha establecido que “*excepcionalmente, algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona.*”<sup>56</sup>, en el mismo sentido, el Consejo de Estado ha indicado que “*por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo.*”<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 201 de 1994. M.P.: Antonio Barrera Carbonell

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección quinta, sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación numero: 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que los actos administrativos preparatorios no afectan derechos, ni concluyen decisiones de la administración pública, razón por la cual su interés público es reducido. No obstante, la excepción a esta regla se encuentra cuando uno de estos actos afecte derechos de terceros, o signifique por sí mismo la conclusión de una decisión de la administración pública. La reserva sobre estos últimos sería desproporcionada, por cuanto no permitiría a los afectados ni a la ciudadanía en general, hacer vigilancia y control sobre actuaciones que efectivamente están afectándolos a ellos o a la sociedad.

Finalmente, es claro que la potencial reserva sobre estos documentos opera mientras dura el proceso deliberativo de formación de la voluntad de la administración, por lo cual debe entenderse que la reserva cesa una vez tomada la decisión y entonces los documentos que sirvieron de soporte a la decisión estatal quedan de libre acceso.

Por las anteriores razones, solicitamos que la Corte condicione la constitucionalidad de este literal, en el sentido precisado en esta intervención, esto es que es exigible la reserva sobre la información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberativo de un sujeto obligado en su calidad de tal, siempre y cuando se entienda que los documentos que contienen tal información son de acceso público una vez tomada la decisión y que la reserva no opera cuando esa información y esos actos preparatorios afecten derechos de terceros, o signifiquen por sí mismo la conclusión de una decisión de la administración pública.

De los Honorables Magistrados y Magistrada,

Rodrigo Uprimny Yepes  
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén.  
Director  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y  
Sociedad –Dejusticia-

Vivian Newman Pont  
C.C. No. 32.691.759 de Barranquilla  
Subdirectora  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y  
Sociedad –Dejusticia-

Paula Rangel Garzón  
C.C. No. 1.032.401.057 de Bogotá  
Investigadora  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia  
y Sociedad –Dejusticia-

Andrés Morales  
C.C. 80.032.443  
Director  
Fundación para la Libertad de Prensa FLIP

Emmanuel Vargas Penagos  
C.C. 1.020.727.252  
Asesor  
Fundación para la Libertad de Prensa FLIP

Elisabeth Ungar,  
C.C. No. 41498814  
Directora ejecutiva Transparencia por  
Colombia

Andrea Benavides,  
C.C. No. 53389377  
Directora ejecutiva de Corporación Ocasa

Claudia Mejía,  
C.C. No. 24333892  
Coordinadora del Proyecto Antonio Nariño

Luisa Fernanda Gutiérrez  
C.C. No. 1.136.882.574  
Asesora  
Gómez Pinzón Zuleta Abogados S.A.