

**INTREVENCIÓN EN CALIDAD DE *AMICUS CURIAE* POR
THE OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE
ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Intervención con relación a la Revisión Constitucional del Proyecto de Ley de Colombia por medio del cual se crea la Ley de Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública (Proyecto de Ley 156 de 2011 Senado y 228 de 2012 Cámara)

Honorables Magistrados
Corte Constitucional de Colombia
Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa

INTRODUCCIÓN

1. Esta intervención se formula ante la Corte Constitucional de Colombia por la Iniciativa pro-Justicia de la Sociedad Abierta (Open Society Justice Initiative, en adelante “Justice Initiative”), en colaboración con Roxanna Altholz, Directora Asociada de la International Human Rights Law Clinic de la Universidad de California en Berkeley.¹
2. La cuestión presentada ante la Corte es si el Proyecto de Ley de transparencia y derecho de acceso a la información pública nacional² (en adelante, el “Proyecto de Ley de Acceso a la Información” o “Proyecto de Ley AI”) es constitucional.³ En junio de 2012, el Senado de Colombia aprobó el Proyecto de Ley para dar efecto a los artículos 20 y 74 de la Constitución. El artículo 20 garantiza, en la parte pertinente, la “libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial.” El artículo 74 establece que “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.”
3. En esta intervención se contemplan los aspectos de derecho internacional y comparado más centrales para la consideración del Proyecto de Ley de AI por parte de la Corte. Aunque Colombia fue el primer país de la región en redactar una ley de acceso a la información, la Ley 57 de 1985, el actual Proyecto de Ley de AI de Colombia sigue la pujante tendencia actual, extendida por todo el mundo, de reconocer el acceso a la información como un *derecho*, así como el creciente consenso respecto al contenido de éste.
4. El Proyecto de Ley de AI refleja varios de los principales requisitos para la protección del derecho a la información establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Colombia es parte. Sin embargo, algunas deficiencias concretas del Proyecto de Ley de AI amenazan con minar su eficacia y el cumplimiento por parte de Colombia de las obligaciones impuestas por esos tratados. En esta intervención se incluye una descripción general de la ley relevante y después se examinan tres asuntos:
 - *A. Cumplimiento del Proyecto de Ley de AI de Colombia con el Derecho Internacional.* El Proyecto de Ley de AI es, en gran medida, coherente con los requisitos internacionales para la protección del derecho del público a acceder a la información, si se interpreta de conformidad con los principios de divulgación máxima de información, transparencia y buena fe. Las normas internacionales pueden utilizarse para interpretar las disposiciones que establecen la

¹ Afiliación incluida exclusivamente con el propósito de identificación.

² Proyecto de Ley 156 de 2011 del Senado y 228 de 2012 de la Cámara por medio del cual se crea la ley de transparencia y derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones.

³ Este escrito se presenta de conformidad con los artículos 152 y 153 de la Constitución, que requieren la revisión previa de la Corte Constitucional de las leyes relativas a los derechos fundamentales, y que permite a los ciudadanos intervenir para defender o impugnar las propuestas legislativas, así como el Decreto 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

prueba del interés público y la supervisión o revisión judicial con el objetivo de que cumplan con las leyes sobre derechos humanos. Una orientación decisiva por parte de esta Corte debe requerir tal interpretación.

- *B. Exclusiones del Ámbito de Aplicación de la Ley.* La exclusión absoluta de la información relativa a la defensa y la seguridad nacional, el orden público y las relaciones internacionales del ámbito de aplicación del Proyecto de Ley de AI es incongruente con las obligaciones internacionales de Colombia. Esa limitación del derecho de acceso a la información no es necesaria ni es proporcional, vulnera el principio de la máxima divulgación, permite el secreto perpetuo y exime a la información retenida sobre estas categorías de la revisión independiente.
 - *C. Disposición sobre la Supremacía de la Ley.* El Proyecto de Ley de AI no incluye ninguna disposición que garantice la supremacía de la Ley, en caso de conflicto con otras leyes, lo que no es congruente con las mejores prácticas internacionales y arriesga que otras leyes en conflicto minen el acceso a la información.
5. En vista de este análisis, concluimos respetuosamente que la disposición que limita el ámbito de aplicación del artículo 5, parágrafo 2 del Proyecto de Ley de AI vulnera las obligaciones internacionales de Colombia y debería ser eliminada. Además, la Corte debería recomendar lenguaje específico o proveer una interpretación que garantice la supremacía del Proyecto de Ley de AI en caso de conflicto de leyes. La Corte debería dar también orientaciones sobre la interpretación de las disposiciones del Proyecto de Ley de AI relativas a la prueba del interés público (artículo 21) y los mecanismos para la revisión de las denegaciones de acceso a la información (artículo 28) para garantizar que las autoridades públicas, incluidos los órganos de ejecución y supervisión, interpreten estas disposiciones de forma congruente con los principios fundamentales del acceso a la información. Así, por ejemplo, el artículo 21 no puede permitir la divulgación de información falsa o engañosa, y el artículo 28 debería garantizar el acceso a mecanismos de revisión y recursos adecuados y eficaces. Aparte de estas limitaciones, el Proyecto de Ley de AI cumple, en gran medida, las obligaciones de los tratados internacionales asumidas por Colombia, si se interpreta de conformidad con los principios aceptados sobre el acceso a la información.

DECLARACIÓN DE INTERÉS

6. Open Society Justice Initiative utiliza el Derecho para proteger y reconocer poderes o facultades a las personas en todo el mundo. Mediante su participación en litigios, la defensa de los derechos, la investigación y la ayuda técnica, Justice Initiative fomenta los derechos humanos y construye capacidad jurídica para sociedades abiertas. Justice Initiative promueve la responsabilidad por los delitos internacionales, combate la discriminación racial y de apátridas, apoya la reforma de la justicia penal, combate los abusos relacionados con la seguridad nacional y medidas contra el terrorismo, aumenta la libertad de información y expresión, y pone freno a la corrupción relacionada con la explotación de los recursos naturales. En el campo de la libertad de expresión y el acceso a la información, Justice Initiative ha brindado asistencia jurídica gratuita o ha presentado escritos en calidad de *amicus curiae* en los tres sistemas regionales de derechos humanos y en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre otros, Justice Initiative presentó escritos en calidad de *amicus curiae* ante esta Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión Interamericana”) en el emblemático caso *Claude Reyes y otros v. Chile*⁴, y ante la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros (la “Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*⁵ y el caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala*.⁶

⁴ *Claude Reyes v. Chile*, CIDH, sentencia del 9 de septiembre de 2006, Serie C, n° 151.

⁵ *Gomes Lund v. Brasil*, CIDH, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C n° 219.

7. Roxanna Altholz litigó un caso emblemático en el campo del acceso a la información frente el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este litigio, *Diario Militar*, la Corte Interamericana elucidará el contenido de las obligaciones estatales relacionadas con el derecho de acceso a la información.

NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA LEY INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

8. De conformidad con su Constitución, Colombia reconoce que sus obligaciones de derechos humanos derivadas de los tratados internacionales son vinculantes, y esta Corte ha reconocido la relevancia del derecho internacional y comparado como una autoridad persuasiva en la interpretación de las obligaciones de Colombia. El derecho de acceso a la información está bien establecido en el derecho internacional, incluyendo los tratados internacionales vinculantes para Colombia. Existe un amplio consenso respecto al contenido de ese derecho, el cual incluye el principio fundamental de divulgación máxima, es decir, el requisito de que todas las restricciones a ese derecho estén limitadas, y consecuentemente sean necesarias y proporcionales, así como el derecho a la revisión independiente y eficaz de todas las limitaciones del derecho al acceso a la información.

1. El Rango Constitucional de las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos

9. La Corte Constitucional debe tener en cuenta las obligaciones de Colombia, derivadas de los tratados internacionales, sobre derechos humanos, para determinar el ámbito del derecho de acceso a la información. El artículo 93 de la Constitución establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia “prevalecen en el orden interno,” y que todos los derechos y deberes consagrados en la Constitución “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”⁷
10. Esta Corte ha afirmado que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia hacen parte del bloque de la constitucionalidad.⁸ Colombia es firmante de tratados internacionales que protegen expresamente el derecho de acceso a la información, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁰ y la Convención Interamericana contra la Corrupción.¹¹ El derecho de acceso a la información también sirve como requisito para la protección de otros derechos humanos, como el derecho a la verdad y el derecho a la participación política consagrados en tratados internacionales ratificados por Colombia.¹² Como parte del bloque de la constitucionalidad, estas disposiciones de

⁶ Pendiente de resolución.

⁷ Véase también la Constitución, artículos 53, 94 y 214 (que hacen referencia a la incorporación o interpretación de convenios internacionales). Véase la sentencia C-191/98, Corte Constitucional Colombiana, 6 de mayo de 1998; sentencia C-155/07, Corte Constitucional Colombiana, 7 de marzo de 2007.

⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia C-225/95, Corte Constitucional Colombiana, 18 de mayo de 1995; sentencia C-337/93, Corte Constitucional Colombiana, 19 de agosto de 1993; sentencia C-358/97, Corte Constitucional Colombiana, 5 de agosto de 1997; sentencia C-148/05, Corte Constitucional Colombiana, 22 de febrero de 2005.

⁹ Ratificada el 28 de mayo de 1973. El artículo 13 de la Convención Americana establece que el derecho a la libertad de expresión incluye la libertad de buscar y recibir informaciones.

¹⁰ Ratificado el 29 de octubre de 1969. El artículo 19.2 exige a los Estados firmantes garantizar el derecho a la libertad de expresión; que comprende la libertad de buscar y recibir informaciones.

¹¹ Ratificada el 27 de octubre de 2005. Los artículos 2, 9, 10 y 13 obligan a los Estados firmantes a garantizar un acceso eficaz a la información sobre finanzas públicas y la administración pública.

¹² Véase, por ejemplo, *Gomes Lund v. Brasil*, nota 5 en los numerales anteriores. 200-01. Sentencia C-491/07, Corte Constitucional Colombiana (sesión plenaria), 27 de junio de 2007, p. 1 (respecto a la relación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la verdad). Sentencia T-473/92. Corte Constitucional Colombiana (Sala de Revisión número 1), 14 de julio de 1992 (Consideración A) respecto a la relación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la participación en la cosa pública).

los tratados son vinculantes, tienen la misma fuerza legal que las disposiciones de la Constitución colombiana y prevalecen sobre otras disposiciones legislativas en conflicto.¹³

11. Esta Corte también ha reconocido que las decisiones de los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ y otros tribunales regionales¹⁵, las decisiones no vinculantes emitidas por los órganos creados por los tratados y las directrices internacionales¹⁶ son herramientas importantes que pueden tenerse en cuenta para entender el contenido de las obligaciones de los tratados, aunque esas fuentes de derecho internacional no hagan parte del bloque de la constitucionalidad. Además, la Corte ha citado el derecho comparado como autoridad persuasiva.¹⁷ Al considerar las leyes y decisiones judiciales de otros países en cuanto al derecho de acceso a la información, la Corte se ubicará en la corriente mundial que tiende a reconocer la función esencial que este derecho desempeña en un sistema democrático.

2. El Acceso a la Información como un Derecho Plenamente Establecido en el Derecho Internacional

12. El derecho de acceso a la información ha sido ampliamente aceptado en el mundo democrático como un derecho político fundamental. Ya sea como parte de las garantías tradicionales de la libertad de expresión o como un derecho importante por sí mismo se percibe como un componente integral e imperativo del derecho más amplio de la gobernabilidad democrática, así como un requisito para otros derechos fundamentales. De hecho, actualmente es insostenible afirmar que el público *no* tiene un derecho general a conocer lo que su estado sabe y hace, sujeto únicamente a determinadas excepciones imperiosas.
13. El derecho de acceso a la información, incluida la información en posesión del estado, está bien establecido en el derecho internacional sobre derechos humanos, y ampliamente reconocido en los Estados democráticos. El derecho a buscar y recibir informaciones está protegido expresamente en el artículo 13 de la Convención Americana y en el artículo 19 del PIDCP. En 2011, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al que se le había encomendado interpretar de modo definitivo las obligaciones impuestas a los Estados por el PIDCP, adoptó una Observación General en la que establecía que el artículo 19 del Pacto garantiza el derecho de acceso a la información en posesión del estado.¹⁸ Así mismo, los Relatores Especiales sobre la libertad de expresión de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR) han afirmado, en repetidas ocasiones, que la libertad de expresión incluye el derecho a conocer la información en posesión del estado.¹⁹

¹³ Sentencia C-191/98, Corte Constitucional Colombiana, 6 de mayo de 1998; sentencia C-155/07, Corte Constitucional Colombiana, 7 de marzo de 2007.

¹⁴ Sentencia C-355/06, Corte Constitucional Colombiana, 10 de mayo de 2006, numeral. 8.4, donde se afirma que “la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”

¹⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia C-203/05, Corte Constitucional Colombiana, 8 de marzo de 2005, donde se observa que “los pronunciamientos del tribunal [de la Corte Europea] son relevantes”. *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 numeral anterior, 81-82.

¹⁶ Sentencia T-511/10, Corte Constitucional Colombiana, 18 de junio de 2010. La Corte destacó la relevancia de determinados instrumentos no vinculantes relacionados con el derecho de acceso a la información: la Declaración de Chapultepec, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Principios de Johannesburgo y los Principios de Lima.

¹⁷ Sentencia C-355/06, Corte Constitucional Colombiana, 10 de mayo de 2006.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación general N° 34 sobre el artículo 19*, Doc. CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.

¹⁹ Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, de 6 de diciembre de 2004 (en adelante, la “Declaración Conjunta de los Relatores Especiales”). Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los

14. De los tres sistemas regionales de derechos humanos el Sistema Interamericano es el más desarrollado en el reconocimiento del derecho de acceso a la información y las correspondientes obligaciones de los Estados. En la histórica sentencia de 2006 proferida respecto al caso *Claude Reyes v. Chile*, la Corte Interamericana volvió a afirmar que el artículo 13 de la Convención Americana “ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla.”²⁰ La naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información también ha sido reconocida por la Comisión Interamericana²¹ y por los Estados de la región, mediante su aprobación de declaraciones pertinentes, incluida la Declaración de Chapultepec²² y la Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión.²³
15. Del mismo modo, las instituciones regionales europeas y africanas también han reconocido que el derecho a la libertad de expresión incluye un derecho autónomo de acceso a la información. En decisiones recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el artículo 10 del Convenio Europeo, que protege la libertad de expresión, da lugar a un derecho independiente a recibir la información en poder de las autoridades públicas y que es relevante para el debate público, con independencia del interés personal, que el solicitante tenga respecto a esa información, aparte del interés de contribuir al debate público.²⁴ El Consejo de Europa también ha adoptado un Convenio sobre el Acceso a los Documentos Públicos, el primer tratado de este tipo, que garantiza un derecho de acceso vinculante,²⁵ y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea concede un derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión.²⁶ La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, por su parte, ha sostenido que el artículo 9 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos²⁷ protege no solo el derecho de todo individuo a expresar y difundir su opinión, sino también los derechos de las persona interesadas en recibir información e ideas de las fuentes legalmente disponibles.²⁸

Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y el Relator Especial de la ACHPR para la Libertad de Expresión, de 20 de diciembre de 2006.

²⁰ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 77. Véase también *La Colegiación Obligatoria de Periodistas para el Ejercicio del Periodismo*, CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A n° 5, numeral 32 (“Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”).

²¹ *Declaración de Principios de la Comisión Interamericana sobre la Libertad de Expresión, aprobados en la sesión ordinaria 108 de la CIDH el 19 de octubre de 2000, numeral 4.*

²² *Declaración de Chapultepec*, adoptada por La Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994, Preámbulo y Principio 2.

²³ *Declaración de Principios de la Comisión Interamericana sobre la Libertad de Expresión*, nota **Error! Bookmark not defined.** anterior, Preámbulo.

²⁴ *Gillberg v. Suecia*. TEDH [GC], sentencia de la Gran Sala de 3 de abril de 2012. Exp. n° 41723/06, numeral 82. Véanse también los asuntos *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría*, TEDH, sentencia de 14 de abril de 2009, numerales 36-38; *Kenedi v. Hungría*, TEDH, sentencia de 26 de mayo de 2009, numerales 43 y 45. El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión,” lo que comprende la libertad de “recibir [...] informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas.” La Jurisprudencia del Tribunal Europeo ha reconocido desde hace tiempo un derecho condicional de acceso a la información pública en posesión del Estado, en circunstancias en que la denegación de esa información afecte al disfrute de otros derechos del Convenio. Véase, por ejemplo, el asunto *Guerra y otros v. Italia*, TEDH, sentencia de 19 de febrero de 1998.

²⁵ Consejo de Europa. Serie de Tratados Europeos n° 205, adoptado por el Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008, ratificado por seis Estados y firmado por otros ocho (requiere diez ratificaciones para su entrada en vigor). Véase también la *Recomendación No. (81) 19 sobre el acceso a la información en poder de las autoridades públicas*, aprobada por el Consejo de Ministros el 25 de noviembre de 1981, y la *Recomendación No. (2000)2 sobre el acceso a los documentos oficiales*, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de febrero de 2002.

²⁶ Art. 42. La Carta fue solemnemente proclamada el 7 de diciembre de 2000 y se hizo vinculante a raíz de la adopción del Tratado de Lisboa.

²⁷ El artículo 9 de la Carta Africana establece: “1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información. 2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.”

²⁸ Véanse, entre otros, los asuntos *Sir Dawda K. Jawara v. Gambia*. ACHPR, Decisión de 11 de mayo de 2000, numeral 65. ACHPR, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África*, adoptada en la 32ª Sesión Ordinaria, 17-23 de

16. El reconocimiento del derecho fundamental de acceso a la información se ve cada vez más reflejado en las constituciones,²⁹ en las leyes estatutarias, en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia nacional.³⁰ Más de noventa países y grandes territorios de todo el mundo, incluidos al menos veinte en América, han aprobado leyes de acceso a la información que regulan el acceso a la información que obra en poder del Estado.³¹ Desde mayo de 2012, cuando la ley promulgada por Brasil entró en vigor, más de 5.500 millones de personas de todo el mundo viven en países cuya regulación nacional prevé un derecho exigible a obtener información de sus estados.
17. El derecho de acceso a la información es fundamental por sí mismo, pero también ha sido reconocido como condición previa para el ejercicio de los derechos básicos de participación y representación política, así como el derecho a la verdad. La Corte Interamericana ha establecido que “el acceso a la información bajo el control del Estado puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.”³² De igual manera, el derecho a la verdad sólo puede satisfacerse si se adoptan mecanismos adecuados para el acceso a la información pertinente. Un estudio realizado en 2006 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos concluía, después de hacer un exhaustivo análisis de la legislación y prácticas internacionales, que la legislación sobre el acceso a la información constituye un importante paso para garantizar el derecho a la verdad, y que “[e]l acceso a la información y, en particular, a los archivos oficiales, es fundamental para el ejercicio del derecho a la verdad.”³³

3. Contenido del Derecho de Acceso a la Información

18. Cada vez hay más claridad sobre el contenido del derecho de acceso a la información, en particular, aunque no únicamente en el continente americano. Este aparte contiene una descripción general de los principales componentes del derecho que son relevantes para valorar el cumplimiento del Proyecto de Ley de AI de Colombia con el Derecho Internacional, basándose en gran parte en las autoridad vinculante y persuasiva de las Américas, e incorporando la jurisprudencia internacional y comparada de otras regiones como guía.
19. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como las decisiones de la Comisión Interamericana y las declaraciones e informes de la Relatoría Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, manifiestan un consenso regional respecto al contenido del derecho de acceso a la información.³⁴ En 2010, la Relatoría Especial elaboró un manual sobre el derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, el cual es un resumen sobre el Estado de este

octubre de 2002 (Banjul), Principio IV, donde se reconoce que “los organismos públicos guardan información no para sí mismos, sino como custodios del bien público.”

²⁹ Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú y Venezuela se encuentran entre los países que han incorporado expresamente el derecho de acceso a la información pública en sus textos constitucionales. *Disponible (en inglés) en <http://www.right2info.org/>.*

³⁰ Véase, por ejemplo, en el asunto de inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (nº 18.575) (asunto Casas Cordero), sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de 9 de agosto de 2007. Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), No. 1/2004 Exp. 315/2004 Adm. Gral. Para casos fuera del continente americano: véase, por ejemplo, *S.P. Gupta v. Union of India*, Tribunal Supremo (India), sentencia de 30 de diciembre de 1981, AIR [1982] (SC) 149, apdo. 232 (“cuando una sociedad ha escogido aceptar la democracia como credo de fe, es elemental que los ciudadanos deban saber qué hace su gobierno”).

³¹ Véase, con carácter general, <http://www.right2info.org/laws>.

³² *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 86. Véase también la Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y Expresión, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, de 26 de noviembre de 1999.

³³ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Estudio sobre el Derecho a la Verdad, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 8 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/91, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46822b6c2.html>, numerales 32 y 52.

³⁴ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 78 (“un consenso regional ... sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección”).

derecho en la región, basado en las decisiones de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana, así como otras autoridades regionales.³⁵

20. También en 2010, la Asamblea General de la OEA aprobó una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información (“Ley Modelo Interamericana”),³⁶ que “establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública [...] basada en el principio de máxima publicidad,” con excepciones muy limitadas.³⁷ La Asamblea alentó a los Estados a diseñar, aplicar y evaluar sus leyes sobre el acceso a la información, de conformidad con la Ley Modelo Interamericana³⁸; las leyes más recientes de la región, incluyendo el Proyecto de Ley sobre AI colombiano se han visto influenciadas por las disposiciones de la Ley Modelo Interamericana.³⁹
21. Tal como se desprende de estos documentos y de la jurisprudencia, el derecho de acceso a la información se deriva, en parte, del hecho de que el Estado posee una parte significativa de la información pública que una ciudadanía debidamente informada necesita. Este cuerpo de información se produce, recopila y maneja utilizando recursos públicos y en última instancia pertenece al público. Así, el derecho tiene como principio fundamental el de la **máxima divulgación**: la presunción de que toda la información en posesión del estado (o de particulares, relacionada con el cumplimiento de funciones administrativas) debe estar sujeta a divulgación, a menos que exista un interés público o privado superior que justifique su no divulgación. La divulgación es la norma y no la excepción, y todas las dudas deben resolverse en favor de la divulgación.⁴⁰ Esta Corte ha sostenido que el principio de máxima divulgación exige que restricciones limitadas sobre el derecho de acceso a la información, así como que “toda limitación debe estar adecuadamente motivada.”⁴¹
22. El derecho de acceso a la información conlleva una **obligación de las autoridades públicas de divulgar** esa información. En respuesta a una solicitud de información, toda autoridad pública debe conformar o denegar la existencia de la información solicitada, y divulgar esa información, salvo en los casos en que se aplique una restricción legítima.⁴² La denegación debe expresarse por escrito, y debe identificar las razones de la negativa y el daño específico que puede provocar a un interés protegido.⁴³ La carga de la prueba para justificar la no divulgación recae sobre la autoridad pública.⁴⁴ Si resulta aplicable una excepción legítima, que justifique no divulgar parte de la información de un registro, la autoridad pública está obligada a divulgar la parte del registro que

³⁵ Oficina de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano* (2010).

³⁶ Véase la Organización de los Estados Americanos, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de 2010 (“Ley Modelo Interamericana”), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010, por la Asamblea General de la OEA, mediante la resolución 2607 (XL-O/10). La Ley Modelo fue redactada por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información (coordinado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos), de conformidad con la resolución AG/RES. 2514 Véase también el Comentario a la Ley Modelo Interamericana.

³⁷ Ley Modelo Interamericana, art. 2.

³⁸ *Proyecto de resolución: Acceso a la información pública y protección de datos personales*, CP/CAJP-2965/11 rev. 3 de 11 de mayo de 2011.

³⁹ Véase más adelante.

⁴⁰ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 92. Declaración Conjunta de los Relatores Especiales de 2004, nota 19 anterior. La mayor parte de los marcos jurídicos de los Estados miembros de la OEA incorporan el principio de máxima divulgación o de máxima publicidad, directa o indirectamente. Véase la Oficina de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001, págs. 73, 198-211.

⁴¹ Sentencia T-074/97, Corte Constitucional Colombiana, 18 de febrero de 1997; sentencia C-491/07, Corte Constitucional Colombiana, 27 de junio de 2007, Fundamento jurídico 11.

⁴² *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 120.

⁴³ Véase, p.ej., *Ibid.*, numeral 77. Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, Cap. 2(A), 2(D).

⁴⁴ Comité Jurídico Interamericano, Principios sobre el derecho de acceso a la información, adoptado el 7 de agosto de 2008 en el 73º Período Ordinario de Sesiones (Río de Janeiro), Principio 7.

contiene la información no sujeta a la excepción.⁴⁵ La información que se facilite y el proceso para acceder a ésta debe ser gratuita o de bajo costo, y accesible.⁴⁶

23. El derecho de acceso a la información no es absoluto. La libertad de información está sujeta a limitaciones para proteger la divulgación de determinados tipos de información. No obstante, esas restricciones al acceso deben ser **excepciones muy limitadas, necesarias para proteger intereses legítimos**, e interpretadas estrictamente de conformidad con la presunción de acceso.⁴⁷ En virtud del artículo 13 de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las limitaciones al derecho a la información deben superar la prueba de proporcionalidad en tres pasos:
- En primer lugar, debe haber una **base jurídica clara y precisa para la limitación**.⁴⁸ El principio de legalidad garantiza una expectativa razonable de la interpretación de la ley y que la limitación no sea resultado del arbitrio del poder público.⁴⁹
 - En segundo lugar, la limitación del derecho a la información debe responder a un **objetivo legítimo** reconocido por el artículo 13 de la Convención Americana. Los únicos objetivos legítimos reconocidos por el artículo 13.2 de la Convención Americana son “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” y “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.⁵⁰
 - En tercer lugar, las restricciones que se impongan deben ser **necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo**⁵¹ y **proporcionado al interés que lo justifica**.⁵²
24. En lo que concierne a la tercera parte de esta prueba, para que la restricción sea **necesaria** debe ser el medio menos restrictivo para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo.⁵³ Las restricciones “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.”⁵⁴
25. Para que una restricción a la libertad de información sea **proporcionada**: (i) la restricción debe estar relacionada con un objetivo legítimo; (ii) la autoridad pública debe demostrar que la divulgación de la información efectivamente amenaza con causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo;⁵⁵ y (iii) la autoridad pública debe demostrar que el perjuicio al objetivo es mayor

⁴⁵ Véase la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 42.

⁴⁶ Véase El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, nota 35 anterior, numeral 26. Declaración Conjunta de los Relatores Especiales de 2004, nota 19 anterior. Comité Jurídico Interamericano, Principios sobre el derecho de acceso a la información, nota 45 anterior, principio 5.

⁴⁷ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 92. Comentario General núm. 34, nota 18 anterior, numeral 11.

⁴⁸ *Ídem*, en el numeral 89,

⁴⁹ *Ídem*, numerales 89 y 98.

⁵⁰ *Ídem*, en el numeral 90. El PIDCP enumera una lista exhaustiva de objetivos legítimos para las excepciones a la libertad de expresión, incluido el derecho a la información. Entre ellos se encuentran (i) la seguridad nacional, (ii) la seguridad pública, (iii) el orden público, (iv) la protección de la salud o moral públicas, o (v) la protección de los derechos de los demás. PIDCP, artículos 19, 21. Comentario general n° 34, nota 18 anterior, numeral 22.

⁵¹ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 91. *Opinión sobre La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, nota 20 anterior, numerales 39 y 46 (demostrar la “necesidad” de una restricción requiere demostrar la existencia de una “interés público imperativo [...] que prepondere claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza).

⁵² *Opinión sobre La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, nota 20 anterior, numeral 39.

⁵³ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numerales 89-91. Véase también la Oficina de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011 (el “Informe de la Relatoría Especial de la OEA de 2011”), cap. III, numerales 342-43, 347.

⁵⁴ Véase *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 91.

⁵⁵ *Opinión sobre La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, nota 20 anterior, numeral 67.

⁵⁶ Véanse los Comentarios a la ley Modelo Interamericana, nota **Error! Bookmark not defined.** anterior, p. 10. Para un ejemplo comparado, véase también *Kuije/Consejo*, un asunto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, el

que el interés público en contar con la información.⁵⁶ El Estado debe demostrar, mediante “una decisión escrita fundamentada” las razones para restringir el acceso “en el caso concreto.”⁵⁷

26. La llamada prueba del daño e interés público se deriva del requisito de que las restricciones al derecho de acceso a la información sean proporcionadas y necesarias. De conformidad con la **prueba del daño**, una autoridad pública debe demostrar que la divulgación de información amenaza con provocar daños sustanciales a un interés protegido, lo que justifica su no publicación.⁵⁸ En particular, la Ley Modelo Interamericana exige que la excepción a la divulgación “genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo” a un interés público identificado.⁵⁹
27. La **prueba del interés público** exige que una autoridad pública o un organismo de revisión pondere el daño que la divulgación provocaría al interés protegido, respecto al interés público al que sirve la divulgación de la información. La existencia de una prueba de interés público en una ley de acceso a la información se considera, por lo general, una señal de la fortaleza de ese derecho. Casi la mitad de las leyes estudiadas en un análisis comparativo reciente incluyen una prueba del interés público.⁶⁰ Este análisis reciente de 93 leyes nacionales sobre el derecho de acceso a la información identificó que las pruebas del interés público son sólidas y eficaces cuando (i) son obligatorias, (ii) se aplican a todas las excepciones; (iii) están estructuradas de forma que favorezcan la divulgación, y (iv) establecen los factores correspondientes que hay que tener en cuenta.⁶¹
28. La Ley Modelo Interamericana⁶² así como las leyes de varios países de la región⁶³ también han reconocido que **las excepciones al derecho de divulgación no deberán aplicarse en casos de violaciones a los derechos humanos o de delitos contra la humanidad**. Así se desprende del reconocimiento por la Corte Interamericana del derecho autónomo a la verdad según la Convención Americana, lo cual incluye la obligación de los Estados de proporcionar acceso a la información relacionada con las violaciones graves a los derechos humanos o violaciones graves del derecho humanitario internacional.⁶⁴
29. Además, **la no divulgación debe tener una duración limitada**, ya que todas las justificaciones legítimas para la no divulgación de registros se debilitan con el paso del tiempo.⁶⁵ Unos periodos de clasificación de la información excesivamente largos minan la esencia propia del derecho de acceso a la información del artículo 13. Por estas razones, muchos países democráticos han adoptado regímenes para la desclasificación periódica o automática de información reservada. A este respecto, la Ley Modelo Interamericana establece que las excepciones a la divulgación “no son

Tribunal falló en favor del solicitante de información, señalando que la autoridad pública no había tenido en cuenta los efectos prácticos que podría tener la divulgación, en este caso, sobre las relaciones de la UE con esos terceros países.

⁵⁶ El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, nota 35 anterior, p. 53.

⁵⁷ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 95.

⁵⁸ Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, Cap. 2(F). Véase la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, arts. 41(b), 44.

⁵⁹ Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 41(b).

⁶⁰ Maeve McDonagh, *The public interest test in FOI legislation* (en el expediente), p. 6 (44 de 93 países).

⁶¹ *Ídem*, p. 19.

⁶² Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 44 (“las excepciones al derecho de acceso estipuladas en la ley “no deberán aplicarse en casos de graves violaciones de derechos humanos o de delitos contra la humanidad”).

⁶³ Ley federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2002 (México), artículo 14; Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública n° 27806 de 2002 (Perú), Art. 15. Ley de Acceso a la Información Pública, adoptada mediante Decreto 57-2008 de 2008 (Guatemala), Art. 24. Ley n° 12.527 de 2011 (Brasil), Art. 21. Ley sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública n° 18.381 de 2008 (Uruguay), Art. 12.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *Gomes Lund v. Brasil*, nota 5 anterior, numerales 200-01; *Gelman v. Uruguay*, CIDH, sentencia de 24 de febrero de 2011, numerales 118, 192 y 243.

⁶⁵ Véase también *Turek v. Eslovaquia*, TEDH, sentencia de 14 de febrero de 2006, numeral 115 (el Tribunal rechazó la presunción de que “existe un interés público continuado y efectivo en imponer limitaciones al acceso a los materiales clasificados como confidenciales por regímenes anteriores”).

aplicables en el caso de un documento que tenga más de [doce] años de antigüedad,” a menos que ese periodo se extienda con “la aprobación de la Comisión de Información.”⁶⁶ Las leyes nacionales de prácticamente todos los países de la región contemplan periodos máximos durante los que se puede mantener información clasificada en secreto,⁶⁷ y “una vez vencido ese periodo, la información debe poder ser consultada por el público.”⁶⁸

30. El solicitante de la información debe tener derecho a un **recurso independiente y eficaz** de la denegación de su derecho de acceso a la información.⁶⁹ La decisión final sobre si se debe divulgar o no cierta información no puede dejarse a la discreción de las autoridades públicas, sino que debe estar sujeta a la revisión independiente de un “tribunal o corte competente.”⁷⁰ De hecho, “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos.”⁷¹ En el contexto del derecho de acceso a la información, la revisión y el recurso independientes y eficaces deben incluir un recurso “sencillo, efectivo, expedito y no oneroso, y que permita controvertir las decisiones de los funcionarios públicos que nieguen el derecho de acceso a una determinada información o que simplemente omitan dar respuesta a la solicitud.”⁷² El recurso debe ser adecuado para proteger el derecho y eficaz, es decir, capaz de conseguir el resultado que se pretende.⁷³
31. Además del derecho a solicitar información y la correspondiente obligación de la autoridad pública de responder a dicha solicitud, también ha habido un creciente reconocimiento de la importancia de la **divulgación proactiva**.⁷⁴ Muchos de los principales regímenes sobre la libertad de la información en América y en el resto del mundo exigen a las autoridades públicas que recopilen, manejen y publiquen, de forma proactiva, la información sobre determinados asuntos que se consideren importantes para la responsabilidad democrática.⁷⁵ Un lenguaje similar, utilizado en la Ley Modelo Interamericana, recomienda que se obligue a las autoridades públicas a publicar y actualizar, de forma proactiva, 16 categorías distintas de información, relacionadas con sus respectivas políticas internas, servicios y operaciones, gestión financiera, altos funcionarios y sistemas de mantenimiento de documentos.⁷⁶
32. El **ámbito de las instituciones y el tipo de información que cubren** las leyes de acceso a la información deben ser amplios. El ámbito de las leyes de acceso a la información debe incluir todos los organismos públicos “y las organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.”⁷⁷ El público debería, en principio, tener acceso a toda la información producida o recopilada por el Estado, o que esté bajo la custodia, posesión o administración del

⁶⁶ Véase la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 43. La mayor parte de categorías de información reservada o clasificada deben hacerse públicas tras un periodo de 12 años. Para los registros más confidenciales, la clasificación inicial podría extenderse por otros 12 años, con sujeción a la aprobación de una autoridad de información independiente.

⁶⁷ Informe de la Relatoría Especial de la OEA de 2011, nota 51 anterior, cap. III, numeral 357.

⁶⁸ *Ídem*, en el numeral 348 (“[S]olo podrá mantenerse la reserva mientras subsista efectivamente el riesgo cierto y objetivo de que, al revelarla, resultará afectado de manera desproporcionada uno de los bienes que el artículo 13.2 de la Convención Americana autoriza proteger”).

⁶⁹ Véase El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, nota 35 anterior, numerales 26-31.

⁷⁰ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 129.

⁷¹ *Ídem*, en el numeral 129.

⁷² Oficina de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, apdo. 29. *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 137.

⁷³ Véase el asunto *Hermanas Serrano-Cruz v. El Salvador*, CIDH, sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares), Serie C n° 118, numeral 134. *Gomes Lund v. Brasil*, nota 5 anterior, numeral 231.

⁷⁴ Véase la Declaración Conjunta de los Relatores Especiales de 2004, nota 19 anterior.

⁷⁵ Véase, con carácter general, Helen Darbishire, *Proactive transparency: the future of the right to information?* (World Bank Institute Governance Working Paper Series), 2010.

⁷⁶ Véase la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 12.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, Comité Jurídico Interamericano, Principios sobre el derecho de acceso a la información, nota 45 anterior, principio 2. Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 3.

Estado.⁷⁸ La Ley Modelo Interamericana también se aplica a toda autoridad pública que pertenezca a alguna de las ramas del estado (poderes ejecutivo, legislativo y judicial), las autoridades constitucionales y legislativas, los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del estado, así como a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente), o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos, o a las funciones y servicios públicos desempeñados.⁷⁹

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

33. Salvo ciertas excepciones que se indican más adelante, el Proyecto de Ley de AI es en gran medida congruente con el derecho a la información regulado en el derecho internacional. No obstante, el Proyecto de Ley debe interpretarse de conformidad con los principios de máxima publicidad, transparencia y buena fe, y la Corte debe facilitar una orientación decisiva para que determinadas disposiciones se interpreten de conformidad con estos principios. Además, la exclusión absoluta de categorías enteras de información del ámbito de aplicación de la ley vulnera las obligaciones impuestas a Colombia por los tratados internacionales. Del mismo modo, la inexistencia de una disposición que garantice la supremacía de la Ley, en caso de conflicto con otras leyes, es incongruente con las mejores prácticas internacionales, y plantea el riesgo de que otras leyes, que entren en conflicto con ésta, minen el acceso a la información.

A. Principios Generales del Acceso a la Información en el Proyecto de Ley sobre AI de Colombia

34. El Proyecto de Ley sobre AI colombiano es un importante paso para conseguir la plena implementación del derecho fundamental de acceso a la información en Colombia. Numerosas decisiones judiciales relevantes e influyentes han hecho avanzar el derecho constitucional de acceso a la información, puesto que la Corte Constitucional ha reconocido un derecho independiente de acceso a la información y su relación con otros derechos fundamentales.⁸⁰ El Proyecto de Ley de AI establece la protección legal de este derecho.⁸¹
35. Con la excepción de dos salvedades importantes (que se describen en las Partes B y C a continuación), el Proyecto de Ley sobre AI es, en gran medida, congruente con el derecho internacional que regula la protección del derecho a la información del público. Dos disposiciones del Proyecto de Ley sobre AI—la prueba del interés público, así como las obligaciones de revisión judicial—plantean algunas dudas sobre la posibilidad de que la ley se interprete de forma incongruente con los principios fundamentales de acceso a la información. La Corte Constitucional debe garantizar que el Proyecto de Ley sobre AI y esas disposiciones en particular sean interpretados y aplicados de conformidad con estos principios subyacentes, incluidos los de divulgación máxima y buena fe.

⁷⁸ Véase El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, nota 35 anterior. Comité Jurídico Interamericano, Principios sobre el derecho de acceso a la información, nota 45 anterior, principio 3. Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, art. 2.

⁷⁹ Véase, *con carácter general*, Sandra Coliver, *The Right to Information and the Increasing Scope of Bodies Covered by National Laws Since 1989* (2011), disponible en <http://www.right2info.org/resources/publications/coliver-scope-of-bodies-covered-by-rti-laws>. Algunas de las leyes más recientes, incluidas las de India (2005), Liberia (2010) y Nigeria (2011), se encuentran entre las más comunes.

⁸⁰ Véase, *por ejemplo*, la sentencia T-472/92, Corte Constitucional Colombiana, 23 de julio de 1992; que establece la independencia del derecho a la información. Véase también la sentencia C-491/07, Corte Constitucional Colombiana, 27 de junio de 2007.

⁸¹ La ley 57 de 1985 contemplaba un derecho a la información de conformidad con la Constitución de 1886; sin embargo, como una de las leyes más tempranas, y al amparo de la anterior Constitución, la protección del derecho de acceso a la información en esa ley era menos sólida que los estándares modernos.

1. Obligaciones del Estado Establecidas por el Proyecto de Ley sobre AI que son Congruentes con el Derecho Internacional

36. Algunas características del Proyecto de Ley sobre AI reflejan estándares internacionales sobre derechos humanos. En particular, la Ley se ajusta a los principales estándares de derechos humanos y las mejores prácticas del derecho comparado, puesto que reconoce los principios generales fundamentales de acceso a la información y la obligación de divulgar esa información. También reconoce que las limitaciones deben ser excepcionales y proporcionales, incluye el requisito de que debe demostrarse el daño sustancial para desvirtuar la presunción de divulgación, prohíbe la no divulgación de información en casos de violación de derechos humanos, incluye una limitación temporal para las excepciones a la publicación, y contempla la divulgación proactiva.
37. *Principios Generales.* El Proyecto de Ley sobre AI reconoce principios fundamentales del derecho a la información y la obligación de divulgar información.⁸² Entre ellos se incluyen los principios de máxima publicidad,⁸³ transparencia y buena fe.⁸⁴ El Proyecto de Ley también reconoce que la información debe ser gratuita,⁸⁵ de alta calidad y accesible.⁸⁶
38. *Restricciones Excepcionales.* El artículo 4 del Proyecto de Ley sobre AI también exige que el acceso a la información solo se restrinja excepcionalmente, es decir, que el acceso se deniegue sólo cuando sea necesario y proporcional, cuando así lo contemple la ley y de conformidad con los principios de una sociedad democrática.⁸⁷ Las excepciones que se perfilan en los artículos 18 y 19 del Proyecto de Ley sobre AI, para proteger de daños a los intereses privados y públicos respectivamente, reflejan las excepciones contempladas en la Ley Modelo Interamericana.⁸⁸ Entre ellas se incluyen, entre otras, las excepciones para la protección de la defensa y seguridad nacional,⁸⁹ la seguridad pública⁹⁰ y las relaciones internacionales.⁹¹
39. *Obligación de probar el daño.* El artículo 29 del Proyecto de Ley sobre AI exige que se demuestre “un daño presente, probable y específico que exceda el interés público que representa el acceso a la información” para que una excepción pueda aplicarse y se deniegue la divulgación de la información. Esta norma garantiza que si al valorar si el daño a un interés protegido supera el interés público por la divulgación, se demuestre fehacientemente el supuesto daño que se derivaría de esa divulgación. La aplicación de esta norma es coherente con los principios internacionales de los derechos humanos relativos al acceso a la información, y es fundamental para determinar si esa excepción es necesaria y proporcional para conseguir un objetivo legítimo.⁹²
40. *Inaplicabilidad de excepciones en caso de violación de derechos humanos.* Es importante destacar que el artículo 21 del Proyecto de Ley sobre AI establece que las excepciones no serán de aplicación ni impedirán la divulgación de información “en casos de violación de derechos humanos

⁸² Proyecto de Ley sobre AI, art. 4.

⁸³ *Ídem*, en art. 2.

⁸⁴ *Ídem*, en art. 3.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ídem*, en art. 8.

⁸⁷ *Ídem*, en art. 4.

⁸⁸ Véase la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, cap. IV. Las excepciones del artículo 19 se parecen a las del artículo 41(b) de la Ley Modelo Interamericana. El Proyecto de Ley sobre AI también incluye (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,” e (i) “la salud pública.”

⁸⁹ Proyecto de Ley sobre AI, art. 19(a) (“la defensa y seguridad nacional”).

⁹⁰ *Ídem*, en art. 19(b) (“la seguridad pública”).

⁹¹ *Ídem*, en arts. 19(a) (“la defensa y seguridad nacional”), 19(b) (“la seguridad pública”), y 19(c) (“las relaciones internacionales”).

⁹² Véanse los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, p. 11.

o delitos de lesa humanidad.”⁹³ Esta disposición es congruente con el requisito de que un Estado proteja el derecho a la verdad reconocido por los tribunales colombianos,⁹⁴ así como por los tribunales internacionales y órganos de defensa de los derechos humanos, que han ayudado a definir los parámetros del derecho a la verdad, ya sea como un derecho autónomo o un derecho emergente de la combinación de otros derechos.

41. *Limitaciones temporales.* El Proyecto de Ley sobre AI incluye limitaciones temporales—de 15 años para las excepciones previstas en el artículo 19—con la posibilidad de extenderlas por otro periodo equivalente “[c]uando una autoridad pública considere necesario mantener información reservada por un tiempo adicional.”⁹⁵
42. *Divulgación proactiva.* El Proyecto de Ley sobre AI contempla la divulgación proactiva.⁹⁶ Los artículos 3 y 4 del Proyecto de Ley establecen el principio de divulgación proactiva, y los artículos 9 a 12 describen las categorías de información que se deben divulgar por las autoridades públicas u organismos privados sujetos a la ley.

2. Prueba del interés público

43. El Proyecto de Ley sobre AI incluye una prueba de interés público para determinar si la información que se clasifica en una categoría que podría quedar exenta de publicación debe retenerse en algún caso en concreto. La prueba de interés público, en su redacción actual, es coherente con el derecho internacional y de hecho es prácticamente idéntica al lenguaje utilizado en la Ley Modelo Interamericana. No obstante, debe interpretarse para garantizar la máxima publicidad y prohibir la divulgación de información engañosa.⁹⁷
44. El artículo 21 del Proyecto de Ley sobre AI incluye una prueba específica de interés público:

“Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder, o negarse a 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 leyes de acceso a la información, incluido el Proyecto de Ley sobre AI ante la Corte, suelen incluir una serie de razones por las que se permite que cierta información esté exenta de la obligación de divulgación—excepciones limitadas del principio general de divulgación. La prueba de interés público sirve para garantizar que el responsable de la toma de decisiones balancea el interés que se quiere proteger contra el interés público en la divulgación de la información, antes de autorizar que dicha información se retenga.⁹⁸

45. La prueba de interés público en el Proyecto de Ley sobre AI se deriva directamente de la Ley Modelo Interamericana. El lenguaje empleado en la prueba del interés público de la Ley Modelo Interamericana tiene la finalidad de garantizar que la carga de demostrar el daño al interés protegido y de divulgar el documento, si el interés público en su divulgación así lo exige, recae en la autoridad pública.⁹⁹

⁹³ Esta disposición se parece al artículo 45 de la Ley Modelo Interamericana: “Las excepciones ... no deberán aplicarse en casos de graves violaciones de derechos humanos o de delitos contra la humanidad”. En los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana se establece que el tribunal deberá considerar la definición de los delitos de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, p. 11.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia C-872/03, Corte Constitucional Colombiana, 30 de diciembre de 2003.

⁹⁵ Proyecto de Ley sobre AI, art. 22.

⁹⁶ *Ídem*, en art. 3.

⁹⁷ En Colombia se han expresado ciertos temores por que la interpretación de esta disposición no se ajuste al derecho internacional o a la intención del lenguaje empleado en la Ley Modelo Interamericana.

⁹⁸ Véase el numeral 17 anterior.

⁹⁹ Véanse los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, Cap. 2(F).

46. El texto de la Ley Modelo Interamericana no autoriza a las autoridades públicas a facilitar información falsa o engañosa respecto a la existencia de información, bajo ninguna circunstancia, sino que prevén únicamente que —en circunstancias excepcionales— la autoridad pública pueda negarse a confirmar o denegar la existencia de la información solicitada. Una respuesta en que se niegue a confirmar o que niegue la existencia de información es una restricción especialmente severa del derecho de acceso a la información. Así, la proporcionalidad de los medios exige que se limite únicamente a los casos excepcionales en los que incluso la mera confirmación de la existencia de esa información provocaría un daño sustancial a la seguridad nacional. Esta es la práctica general en las democracias que autorizan una respuesta de ese tipo.¹⁰⁰
47. El Proyecto de Ley sobre AI debe interpretarse de conformidad con el historial de la redacción de la disposición similar de la Ley Modelo Interamericana, así como con las leyes internacionales y mejores prácticas, y exigir un análisis obligatorio del interés público, aplicable a todas las excepciones, que favorezca la divulgación de la existencia y contenido de la información solicitada, y sin permitir que una autoridad pública pueda facilitar información engañosa a un solicitante. Ésta es también una interpretación obligatoria para la coherencia interna del Proyecto de Ley sobre AI, dado que varias de sus disposiciones exigen dar una respuesta veraz y transparente a las solicitudes de información.¹⁰¹ Por tanto, sería útil que esta Corte proporcionara una interpretación constitucional definitiva de esta disposición que se ajuste a estas líneas.

3. Revisión Independiente de las Restricciones al Acceso

48. Hay distintos mecanismos para la revisión que pueden ser adecuados y eficaces para la aplicación y control del derecho al acceso a la información como son la inclusión de autoridades de revisión independientes seguidas de una revisión completa por parte de los tribunales, o una revisión judicial directamente.¹⁰² Sin embargo, de conformidad con las obligaciones derivadas del derecho internacional, el Proyecto de Ley sobre AI debe prever salvaguardias adecuadas contra el abuso, incluida la revisión judicial inmediata, completa, accesible y eficaz de la validez de toda restricción del acceso a la información.
49. El Proyecto de Ley sobre AI parece establecer un sistema distinto para la revisión y control de excepciones particularmente sensibles, en comparación con las excepciones ordinarias. Para la revisión de las decisiones de no divulgar información basadas en distintos motivos, se dispone de una sólida acción de tutela: el mecanismo habitual de revisión establecido por la Constitución para las violaciones de derechos y libertades fundamentales como resultado de un acto u omisión de una autoridad pública.¹⁰³
50. Sin embargo, las denegaciones de acceso a la información que invoquen la defensa y seguridad nacional, o las relaciones internacionales, no pueden recurrirse—ya sea inmediatamente o en absoluto—mediante una acción de tutela. En su lugar, las excepciones basadas en estos motivos parecen estar sujetas a un mecanismo de revisión menos sólido.¹⁰⁴ El artículo 28 distingue los casos en los que una autoridad pública “invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales”. En tales casos, “el solicitante podrá acudir al recurso de reposición” ante un

¹⁰⁰ Por ejemplo, esto se llama “Glomar Response” en Estados Unidos, en virtud de un caso anterior, y los tribunales admiten su invocación en circunstancias extraordinariamente limitadas.

¹⁰¹ Proyecto de Ley sobre AI, arts. 3, 4 y 31. El Proyecto de Ley establece el “deber de buena fe” de responder a las solicitudes de información “con motivación honesta” e información “veraz”, e impone sanciones penales por ocultar información una vez haya sido solicitada.

¹⁰² Véanse los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, Cap. 3, donde se consideran las ventajas y desventajas, así como la estructura y función, de los comisionados de información con un mandato de emitir órdenes vinculantes o recomendaciones, y la revisión judicial.

¹⁰³ Proyecto de Ley sobre AI, art. 28, Parágrafo.

¹⁰⁴ *Ídem*, en art. 28.

“Tribunal administrativo,” un procedimiento que se describe en detalle en esa disposición.¹⁰⁵ No hay ninguna mención específica al recurso de una acción de tutela para estos casos, si el recurso de reposición resulta ser inadecuado o ineficaz. En cambio, el artículo 28 contempla expresamente una acción de tutela en respuesta a la invocación de otras excepciones (“para aquellos casos no contemplados en el presente artículo, una vez agotado el recurso de reposición del Código Contencioso Administrativo”).¹⁰⁶ Incluso si una acción de tutela se presume disponible para este subconjunto de excepciones—la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales—el artículo 28 indica que una acción de tutela debe seguir el agotamiento de un mecanismo administrativo de revisión.

51. Este mecanismo de revisión judicial bifurcado es sumamente inusual en el derecho comparado, y indica que un inferior derecho a saber se aplica a la información relativa a la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales. Esto es especialmente preocupante ya que estas clases de excepciones tienden a ser los que más frecuentemente se invocan cuando se solicita información relacionada con violaciones de derechos humanos.¹⁰⁷ Dado que el Proyecto de Ley de AI no proporciona ninguna justificación de por qué una acción de tutela no sería apropiado como un mecanismo de revisión inmediata para todas las excepciones previstas, incluso si un mecanismo de revisión alternativa también podría estar disponible, dicho mecanismo no se debe permitir a convertirse en un obstáculo para acceder a esta opción en la práctica.
52. La revisión constitucional, por parte de esta Corte, del Proyecto de Ley sobre AI, debería afirmar que el derecho internacional exige mecanismos de revisión que revisen las restricciones al derecho de acceso a la información son rápidos, accesibles, adecuadas y eficaces. Esta afirmación debe ser aplicable a todas las excepciones previstas, incluso las que se consideren especialmente sensibles. Por lo tanto, la Corte debe aclarar que una acción de tutela debe estar disponible para la revisión de todas las excepciones al derecho de acceso a la información. Además, cualquier mecanismo alternativo no debe ser implementado de tal manera que se hace el procedimiento de revisión general, incluyendo una acción de tutela si sea el caso, excesivamente oneroso o demorado.

B. Exclusiones del Ámbito de Aplicación de la Ley

53. Como se ha señalado antes, el Proyecto de Ley sobre AI es, en gran medida, congruente con el derecho internacional y la práctica internacional más recomendada si se interpreta de conformidad con los principios que incluye expresamente, favoreciendo la máxima publicidad con unas interpretaciones restrictivas respecto a las excepciones a la divulgación, y en los que se prevé una revisión judicial eficaz. Sin embargo, el ámbito de aplicación limitado del Proyecto de Ley sobre AI presenta un motivo grave de preocupación, y puede ir en contra de esos mismos principios y del derecho internacional y comparado sobre el derecho a la información, puesto que excluye clases de información importantes y expansivas, del ámbito de aplicación de la ley.
54. Aunque el Proyecto de Ley sobre AI se aplica a una amplia gama de entidades relevantes de derecho público y privado,¹⁰⁸ también limita el ámbito de aplicación de la ley, de modo que excluye

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Proyecto de Ley sobre AI, art. 28, Parágrafo.

¹⁰⁷ *Véase más adelante*, numeral 63.

¹⁰⁸ De conformidad con el artículo del Proyecto de Ley sobre AI, las siguientes entidades están sujetas a la Ley: “(a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital; (b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control; (c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público; (d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función; (e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación, (f) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos; (g) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público. Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o

completamente “la información, documentos, bases de datos y contratos relativos a la defensa y seguridad nacional, el orden público y las relaciones internacionales.”¹⁰⁹ Esa norma es una vulneración del derecho internacional y no es congruente con la tendencia imperante en el derecho comparado. De hecho, parece ser bastante excepcional: los autores de esta intervención no han encontrado una exclusión tan amplia de clases de información en ninguna otra ley, incluidas las cincuenta leyes nacionales sobre el derecho a la información, analizadas para la preparación de esta intervención.¹¹⁰

55. Esta exclusión es todavía más inusual, porque las clases de información que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, están también protegidas en el Proyecto de Ley sobre AI, en virtud del sistema ordinario y equilibrado de excepciones (véase el numeral 34 anterior). En virtud de este sistema, una autoridad pública debe identificar el daño específico a un interés protegido que pueda derivarse de la divulgación; el posible daño al interés protegido que la divulgación provocaría debe valorarse y ponderarse respecto al interés público por la divulgación; y existen limitaciones temporales a la divulgación y revisión independiente de una negativa a divulgar información. Ninguno de estos mecanismos de protección frente al abuso se aplicaría a las categorías de información excluidas del ámbito de aplicación de la Ley.
56. Al establecer exclusiones amplias y categóricas de clases de información a su ámbito de aplicación, el Proyecto de Ley de AI no cumple el requerimiento de que las limitaciones del derecho de acceso a la información deben ser necesarias y proporcionadas a un objetivo legítimo, y mina la obligación de publicidad máxima. También crea la posibilidad de que se establezca un secreto perpetuo, y deja la divulgación de amplias categorías de información a la entera discreción de la autoridad pública, sin ningún mecanismo de revisión independiente.

1. Las limitaciones del derecho de acceso a la información deben ser *necesarias y proporcionales*

57. Toda limitación al acceso a la información debe ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al interés protegido que la justifica, y debe interferir lo menos posible en el ejercicio de ese derecho. La exclusión de amplias categorías de información del ámbito de aplicación de la Ley no es necesaria ni proporcional. Puede disponerse de otras opciones, menos restrictivas, para proteger los mismos intereses, incluidos los mecanismos de protección alternativos ya incluidos en el Proyecto de Ley sobre AI. El ámbito de aplicación restringido del Proyecto de Ley sobre AI supone una limitación absoluta al derecho de acceso a la información, puesto que no se hace un análisis casuístico y no se sopesa el interés público en cada una de las decisiones de no divulgar la información. La exclusión de grandes categorías de información del ámbito de aplicación del Proyecto de Ley sobre AI mina la responsabilidad democrática y la eficacia del derecho de acceso a la información.
58. La amplia exclusión de categorías enteras de información del ámbito del Proyecto de Ley sobre AI **no es necesaria, puesto que la divulgación de la información en cuestión ya está protegida, cuando procede, en virtud del sistema de excepciones existente.** Si una opción menos restrictiva es suficiente para conseguir el objetivo, las restricciones adicionales no son necesarias. La

beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, sólo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien.”

¹⁰⁹ Proyecto de Ley sobre AI, art. 5, 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, el artículo 27 de la ley 594 de 2000, la ley 1097 de 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, la ley 1219 de 2008, el artículo 2 de la ley 1266 de 2008, el artículo 24 de la ley 1437 de 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.”

¹¹⁰ Open Society Justice Initiative, Partial Comparative Survey of Scope Limitations in Access to Information Laws, en el expediente. El estudio incluye 18 leyes de países miembros de la OEA, así como leyes de África, Asia y Europa.

protección frente a la divulgación por el sistema de excepciones es una restricción más limitada al derecho de acceso a la información de lo que sería la exclusión completa de categorías de información.

59. En las leyes sobre acceso a la información de otros países, la protección a los intereses relativos a la seguridad nacional, defensa, orden público y relaciones internacionales se maneja correctamente mediante excepciones muy restrictivas, en lugar de excluir categorías de información completas del ámbito de aplicación de la ley. La Ley Modelo Interamericana también contempla excepciones a la seguridad nacional, seguridad pública y relaciones internacionales o intergubernamentales. Lo particular es que, incluso en el Proyecto de Ley sobre AI de Colombia, estas exclusiones del ámbito de la ley están *también* protegidas por el sistema de excepciones existente, en los artículos 19(a) (defensa y seguridad nacional), 19(b) (seguridad pública) y 19(c) (relaciones internacionales).¹¹¹
60. En virtud del derecho internacional, **las restricciones al derecho de acceso a la información no pueden ser absolutas ni categóricas, y requieren mecanismos de revisión y un análisis caso por caso** de lo adecuado de denegar la divulgación. El Estado está obligado a justificar la denegación del acceso a la información con motivos específicos, en los casos en los que se apliquen las excepciones. De este modo, las restricciones a la divulgación no serán arbitrarias.¹¹² La carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información “debe recaer en el órgano al cual se le solicitó la información.”¹¹³ Las excepciones también permiten una divulgación parcial, si procede, en lugar de la retención en bloque de toda la información, así como la imposición de límites temporales a la obligación de secreto (véase más adelante). La exclusión absoluta de la información no cumple estos requisitos. Dado que estas opciones, menos restrictivas, han demostrado ser adecuadas en muchas otras leyes y han sido respaldadas por los Estados de la OEA en la Ley Modelo Interamericana, el método mucho más restrictivo de excluir categorías enteras del ámbito de aplicación de la ley no es necesario.
61. Así mismo, una exclusión absoluta y categórica, por su propia definición, **no puede cumplir la prueba de proporcionalidad**. Esa exclusión no exige a la autoridad pública demostrar que la divulgación en cuestión provocaría daños a un objetivo legítimo, y no incluye la obligación de sopesar el posible daño al interés protegido contra el interés público que se ve menoscabado por la retención de la información. Solamente, mediante la revisión de la naturaleza y contenido de cada documento específico, pueden valorar las autoridades el daño que su divulgación podría provocar y los aspectos del interés público a los que serviría la divulgación, requisitos necesarios para que las restricciones al derecho sean proporcionadas.
62. Las clases de información cuya absoluta exclusión se permite —defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales— cubren algunas de las decisiones fundamentales adoptadas por el Estado que son clave para la toma de decisiones democráticas. Existen justificaciones bien fundadas para la retención de información de estas clases con el objeto de proteger los intereses legítimos en circunstancias apropiadas. De hecho, la seguridad nacional constituye el motivo público más significativo para no divulgar información. Sin embargo, también es cierto que el acceso a la información contribuye a la protección de los abusos, al permitir el escrutinio público de las medidas gubernamentales, incluidas las adoptadas en las áreas de defensa, seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, en las que las decisiones tienen generalmente gran interés público y pueden recibir una deferencia indebida. Estas clases de información incluyen, por ejemplo, las decisiones gubernamentales de participar en una guerra,

¹¹¹ El Título III del Proyecto de Ley sobre AI regula las excepciones al acceso a la información. La ley distingue entre la información sujeta a excepciones para proteger “derechos individuales o privados” cuando sea “legítimo y necesario”, a la que denomina *clasificada* y que se perfila en el artículo 18, y la información sujeta a excepciones para proteger “derechos públicos,” a la que denomina *reservada* y se regula en el artículo 19.

¹¹² *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numerales 58 y 77.

¹¹³ Comité Jurídico Interamericano, Principios sobre el derecho de acceso a la información, nota 45 anterior, principio 7.

responder a un discrepante democrático o privar a las personas de libertad. Por tanto, debe existir una justificación sólida—y que pueda demostrarse individualmente—para no divulgar esa información, comparado con el interés público que sí justifica esa divulgación.¹¹⁴ Las excepciones limitantes de ese derecho, como las contempladas en el artículo 19 del Proyecto de Ley sobre AI, requieren de un análisis caso por caso de si la restricción es procedente, así como de pruebas del daño sustantivo y del interés público para garantizar la ponderación obligatoria de daños y beneficios de la divulgación o no divulgación.¹¹⁵ Este sistema, que ha demostrado ser adecuado en las leyes de acceso a la información de otros países y que también se encuentra en la Ley Modelo Interamericana, garantiza que toda restricción a la divulgación sea proporcional.

63. Además, la exclusión de estas clases de información del ámbito de aplicación de la ley no sólo no es necesaria en una sociedad democrática, sino que **mina el propio concepto de la responsabilidad democrática**. Como esta Corte ha afirmado:

“[L]a garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública. Las decisiones o actuaciones de los servidores públicos, que no se quieren mostrar, son usualmente aquellas que no se pueden justificar. Y el uso secreto e injustificado del poder del Estado repugna al Estado de derecho y al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática.”¹¹⁶

En América, en particular, la importancia de la divulgación pública en esas áreas está bien reconocida, en vista de las graves violaciones de los derechos humanos que se han cometido en secreto, con la seguridad nacional como pretexto durante mucho tiempo. Las leyes de secreto de Estado, que existieron durante mucho tiempo, sancionaban la revelación de información que pudiera dañar las actividades económicas o militares de un Estado, como un “delito contra la patria,” “utilizando la ‘seguridad nacional’ como una gran pantalla para ocultar información del saber público.”¹¹⁷ De conformidad con los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, “las disposiciones relativas al secreto de Estado fueron derogadas de los códigos penales de México y Perú en el siglo XX, cuando principalmente se utilizaban para cubrir actos discrecionales y la mala gestión del gobierno.”¹¹⁸

64. Las amplias exclusiones del ámbito de aplicación de las leyes sobre acceso a la información también limitan la eficacia del propio acceso a la información, y minan los objetivos del derecho de acceso a la información de garantizar el pleno ejercicio de la libertad de expresión, facilitar la información pública y fomentar la confianza del público en el funcionamiento del gobierno, promover la responsabilidad democrática y el buen gobierno, y reducir la corrupción y los abusos gubernamentales.

2. El Proyecto de Ley sobre AI debe cumplir el principio de *máxima divulgación*

65. La exclusión de amplias categorías de información del ámbito del Proyecto de Ley sobre AI no cumple el requisito de que las autoridades públicas “se rijan por el principio de máxima divulgación.”¹¹⁹ Aunque el artículo 2 del Proyecto de Ley sobre AI de Colombia incorpora expresamente el principio de máxima publicidad,¹²⁰ la exclusión categórica de amplias clases de

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numerales 77, 86-87 y 95.

¹¹⁵ *Idem*, numerales 77 y 95 (que requieren un análisis caso por caso de todas las restricciones del acceso a la información). En el Proyecto de Ley sobre AI, el artículo 19 requiere que se demuestre la existencia de un “daño presente, probable y específico” derivado de la divulgación. El artículo 21 obliga a equilibrar razones de interés público, (una consideración del “interés público de obtener acceso a la información” y establece una prohibición absoluta de secreto cuando la información está relacionada con violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad.

¹¹⁶ Sentencia C-491/07, Corte Constitucional Colombiana, 27 de junio de 2007, p. 1.

¹¹⁷ Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, p. 5.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 4.

¹¹⁹ *Claude Reyes v. Chile*, nota 4 anterior, numeral 92.

¹²⁰ Véase la Sección A anterior.

información del ámbito de aplicación del Proyecto de Ley sobre AI de Colombia invalida totalmente ese principio. Para estas clases de información, se presume el secreto en lugar de la divulgación y no existe ningún mecanismo en la ley para desvirtuar tal presunción.

3. El Proyecto de Ley sobre AI no puede permitir el *secreto perpetuo*.

66. El Proyecto de Ley sobre AI reconoce la importancia del principio según el cual las restricciones al derecho deben estar limitadas en el tiempo. El artículo 22 del Proyecto de Ley sobre AI impone un límite temporal sobre toda reserva de información, basado en una de las excepciones previstas en el artículo 19. Dichas reservas están limitadas a un periodo de quince años, que podrá ser extendido hasta por otro plazo de quince años, en determinadas circunstancias.¹²¹ Sin embargo, la exclusión de clases de información del ámbito de aplicación de la ley elimina el requisito de que esas clases de información sean divulgadas tras un periodo de tiempo determinado, y permite la oportunidad de mantener secretos de forma perpetua.

4. Las restricciones al derecho de acceso a la información deben estar sujetas a *mecanismos de revisión independientes*

67. Toda restricción del derecho de acceso a la información debe también estar sujeta a un mecanismo de revisión independiente. Sin embargo, la exclusión de categorías enteras de información del ámbito de aplicación de la Ley impide toda revisión independiente de una decisión de no divulgar cierta información. Las clases de información excluidas del ámbito de aplicación de la Ley no estarían sujetas a los mecanismos contemplados por la Ley, y el acceso a éstas quedaría por tanto enteramente a discreción de las autoridades públicas.

C. Inexistencia de Una Disposición sobre la Supremacía de la Ley.

68. El Proyecto de Ley sobre AI carece de una disposición que garantice la supremacía de dicho proyecto de ley en caso de conflicto de leyes del mismo rango. La inexistencia de una disposición de este tipo plantea el riesgo de que el derecho a la información quede vacío de contenido por acción de otras leyes en conflicto. Este es un riesgo particularmente importante, en lo que concierne a la información relativa al sector de la seguridad nacional y la inteligencia. La existencia de una disposición constitucional, que garantice el derecho a la información en Colombia, limita ese riesgo. Sin embargo, la declaración de la supremacía del Proyecto de Ley sobre AI proporcionaría una mayor claridad.
69. La Ley Modelo Interamericana incluye una disposición sobre conflicto de leyes que establece lo siguiente: “En caso de cualquier inconsistencia, esta Ley prevalecerá sobre cualquier otra ley”. Otras leyes de acceso a la información, incluidas las de Nicaragua y Panamá, contienen disposiciones similares.¹²² Sin embargo, el Proyecto de Ley sobre AI de Colombia no contiene nada al respecto. La inclusión de una disposición sobre conflicto de leyes en la Ley Modelo Interamericana se debe al riesgo de que una “legislación inconsistente” cree complicaciones para las autoridades públicas encargadas de aplicar la ley y haga menos claro el ámbito del derecho para los solicitantes.¹²³
70. La protección constitucional de Colombia reconoce la supremacía del derecho a la información subyacente.¹²⁴ Sin embargo, la inclusión de una norma sobre conflicto de leyes añadiría claridad y certidumbre, tanto para los responsables de la toma de decisiones como para el público, y sería congruente con las prácticas recomendadas más comunes.¹²⁵

¹²¹ Véase el Proyecto de Ley sobre AI, art. 22 (“Excepciones temporales”).

¹²² Véanse los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana, nota 36 anterior, p. 4.

¹²³ *Ibid.* p. 3.

¹²⁴ *Ibid.*

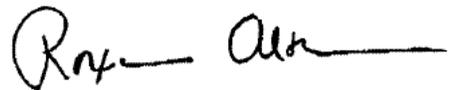
¹²⁵ Véase, p.ej., la Declaración Conjunta de los Relatores Especiales de 2004, nota 19 anterior.

CONCLUSIÓN

71. El Proyecto de Ley sobre AI es en gran parte, acorde a los estándares internacionales sobre derechos humanos aceptados por Colombia, si se interpreta de conformidad con los principios fundamentales, incluidos los de máxima divulgación, buena fe y transparencia. A este fin, solicitamos respetuosamente que la Corte proporcione orientación sobre la interpretación de los artículos 21 y 28 relativos a la prueba del interés público y a los mecanismos de revisión de las denegaciones de acceso a la información, respectivamente, para garantizar que toda interpretación de estas disposiciones sea coherente con estos principios fundamentales de acceso a la información. Una interpretación del artículo 21 no puede permitir la divulgación de información falsa o engañosa, y la interpretación del artículo 28 debería garantizar el acceso a mecanismos de revisión adecuados y eficaces.
72. Más preocupante resulta, sin embargo, que la disposición específica que limita el ámbito de aplicación aquí identificado sea inexequible, puesto que supondría una violación de las obligaciones impuestas a Colombia por los tratados internacionales. Para que el Proyecto de Ley sobre AI sea consistente con el derecho internacional, se debe eliminar el parágrafo 2 del artículo 5. Las exclusiones que se identifican en el parágrafo 2 se identifican correctamente en el artículo 19 como excepciones, y por tanto, ya están protegidas por el marco establecido en el Proyecto de Ley. No existe ninguna base para excluirlos del ámbito de aplicación de la Ley en su totalidad. Respetuosamente, solicitamos que la Corte Constitucional, en su revisión del Proyecto de Ley sobre AI, determine que la disposición sobre el ámbito de aplicación es inconstitucional, en la medida en que vulnera el derecho internacional y constitucional. Además, la Corte debería recomendar una formulación específica, o facilitar una interpretación que garantice que, en caso de conflicto de leyes, el derecho de acceso a la información, consagrado en el Proyecto de Ley sobre AI prevalezca.



James A. Goldston, Director Ejecutivo
Emilou MacLean, Abogada
Open Society Justice Initiative
400 West 59th Street
Nueva York, Nueva York 10019
Estados Unidos



Roxanna Altholz
International Human Rights Law Clinic
University of California, Berkeley
489 Simon Hall
Berkeley, California 94720
Estados Unidos

3 de Diciembre 2012