

El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos*

The principle of transparency in colombian legal system and its connection with the right to freedom of expression in the inter-american human rights system

LUIS GABRIEL RODRÍGUEZ DE LA ROSA

Estudiante de quinto semestre del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali. Coordinador del semillero Diaphanum. Correo electrónico. E-mail: lgrdelarosa@gmail.com.

Resumen

El principio de transparencia en Colombia es de naturaleza constitucional en virtud de que se articula con principios como el de publicidad y el principio democrático y derechos como el acceso a la información, además de su manifestación como canon rector en el ejercicio de la administración pública. Por otra parte, la libertad de expresión como derecho fundamental, sustento y efecto de una democracia, se estructura por medio de la búsqueda, recepción y difusión de la información, por tanto está en relación directa con el principio de transparencia en el entendido de que tanto el principio de transparencia en el sistema colombiano como el derecho a

* Este texto corresponde a un avance del proyecto de investigación *Observatorio por la transparencia. El principio de transparencia en el Estado social de derecho*, adscrito a la línea de investigación Transformaciones de la Política y del Derecho en el ámbito de la Gobernabilidad, del *Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política* (Gipcodep) al que se encuentra adscrito el semillero Diaphanum.

la libertad de expresión con base en el sistema interamericano de derechos humanos, se materializan mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Palabras clave: principio, transparencia, libertad, expresión, sistema interamericano de derechos humanos, democracia, acceso a la información.

Abstract

The Principle of Transparency in Colombia is a constitutional because it is structured according to its intrinsic relationship with principles such as democratic advertising and also with the right to access to information, as well as its manifestation as a rule governing the exercise of public administration. Furthermore freedom of expression as a fundamental right livelihood and effect considered a democracy is structured through the seeking, receiving and disseminating information therefore is directly related to the principle of transparency, with the understanding that both the principle of transparency in the Colombian system and the right to freedom of expression based on the Inter-American Human Rights system are realized through the exercise of the right of access to information.

Keywords: principle, transparency, the right to freedom of expression, humanrights system, democracy, access to information.

Fecha de presentación: May. 16/2012

Fecha de aceptación: Jun. 7/2012

Introducción

En este texto se analizan los conceptos de libertad de expresión y principio de transparencia, con el fin de determinar su conexidad y materialización. Asimismo, se hace una caracterización del derecho a la libertad de expresión con base en el sistema interamericano de derechos humanos, especialmente el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A partir de ese análisis se puede deducir que el derecho a la libertad de expresión está íntimamente ligado al derecho al acceso a la información, relación transversal en la transformación de la sociedad y en la creación de una opinión pública sustentado de

cualquier democracia. Seguidamente, se plantea una breve caracterización del principio de transparencia, materializado en Colombia en la cláusula general de Estado social de derecho, en el principio de publicidad, en el principio democrático y en el derecho de acceso a la información. De esta manera, una vez claro el principio de transparencia y su materialización gracias a la relación con otros principios y derechos, puede estudiarse su concreción principalmente en el derecho al acceso a la información. Así, al establecer la relación intrínseca entre el derecho a la libertad de expresión y el principio de transparencia por medio del derecho al acceso a la información

se advierte esa relación es necesaria en las sociedades democráticas y debe ser perdurable.

Metodología

La metodología utilizada en esta investigación corresponde al método hermenéutico de las ciencias sociales –el cual aparece ligado al paradigma cualitativo de la investigación– y el objeto es la comprensión de dos conceptos: el principio de transparencia y el derecho a la libertad de expresión. La comprensión no solo entraña el acto de conocer el texto o reconocer su sentido, sino también su apropiación. Una relación íntima entre el sujeto y su objeto en una transformación mutua, en la cual quien comprende se comprende; una dialéctica objeto-sujeto en la que el sujeto encuentra y narra su lugar en el objeto (Gadamer, 1997).

Una vez determinado el método abordado en el estudio, corresponde establecer su construcción. El primer punto es la especificación del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos, de acuerdo con la normatividad de la Convención Americana de Derechos Humanos y el estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un segundo momento se especifica la transparencia como principio, para lo cual se hace una elaboración en torno al concepto de principio a partir de la *iusfilosofía* contemporánea y según el pensamiento de Dworkin y de Alexy. En la tercera fase se procede a caracterizar la transparencia como principio constitucional materializado en su relación con el derecho de acceso a la información, el principio de publicidad y el principio democrático.

Esta caracterización es el núcleo central del texto en cuanto esta solo es posible en la medida en que se ha llevado a cabo una comprensión de los conceptos de "principio de transparencia" y de "libertad de expresión". El

último aspecto estudiado tiene que ver con los resultados a los que lleva la caracterización del principio de transparencia y su relación intrínseca con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos por medio del derecho al acceso a la información.

Avances de investigación

Concepto y contenido de los principios jurídicos

Antes de especificar los principios que guían el sistema interamericano es preciso referirse, *grosso modo*, al debate que dio origen a la interpretación diferenciada de los derechos y los principios, para que una vez aclarados su alcance e importancia nos centremos en el estudio de los principios de transparencia y de libertad de expresión. Una de las ideas más importantes de la actual teoría del derecho estriba en que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios (Bernal, 2005).

En la crítica a la coherencia y viabilidad del positivismo jurídico se determinó que en este sistema prevalecen las proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, proposiciones denominadas por algunos doctrinantes como *reglas* (Cianciardo, 2003). Sin embargo, ya actuaba otro tipo de normas con diferente estructura a las que no se les negaba la existencia, pero se les daba un carácter auxiliar y su función era meramente integradora. Estas estructuras se denominaban principios y su función en el derecho era básicamente llenar los vacíos jurídicos dejados por las leyes (insuficientes para dar respuesta a cada acto en particular). En este sentido, en el constitucionalismo se empezó a entrever la importancia de los

principios y se reconoció en ellos una función orientadora, creadora, interpretativa e integradora del derecho. Se convirtieron, entonces, en proposiciones deónticas de vital importancia.

Por tanto la interpretación de reglas y principios también es distinta. Estas se pueden dilucidar por medio de la subsunción, mecanismo interpretativo que presenta inexactitudes y deficiencias en los sistemas jurídicos contemporáneos, dado que la interpretación de un caso específico consiste en una especie de silogismo perfecto en el cual se busca la premisa mayor (supuesto de hecho) y se obtiene una consecuencia. Sin embargo, en los sistemas jurídicos constitucionales aparecen disposiciones de textura abierta y flexible llamados *principios* a los cuales no se puede aplicar la subsunción, situación que hizo necesaria la implementación de otro método interpretativo hoy conocido como ponderación. Con respecto a tal diferenciación, Cianciardo (2003) afirma que la distinción entre principios y reglas:

[...] constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión, y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico (p. 894).

De esta manera, se puede determinar el alcance de los principios en un sistema jurídico ya que estos pueden constituir un ordenamiento y hacer las veces de orientadores y creadores de derecho. Son también, principio y fin y por lo tanto necesitan que su cumplimiento sea inmediato, preciso y eficaz Alexy (1993) define:

Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en contrario (p. 86).

Por otra parte, los principios no se aseguran según discrecionalidades, sino que necesitan

una aplicación objetiva (al decir de Carlos Bernal Pulido). Deben ejecutarse de acuerdo con criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad a fin de evitar subjetividades.

Llamo "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, 1995, p. 72).

De esta manera, se convierten en criterios orientadores y de suma importancia que deben ser materializados en la mayor medida posible dada su propensión a la justicia, como fin supremo del derecho.

Principios interamericanos sobre la libertad de expresión

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobó durante su periodo de sesiones número ciento ocho de octubre de 2000, la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión* en la cual afirma textualmente los fines:

Asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos.

Lo anterior fundamentado en una democracia materializada tras el ejercicio libre y directo de la libertad de expresión. Es en ese sistema de gobierno que encuentra relevancia la libre expresión, ya que en un sistema tiránico o absolutista no tendría razón de ser. En la democracia, la libre expresión es la respuesta a estos gobiernos autoritarios y de ella emerge su doble dimensión individual y social, las cuales se tratarán más adelante.

La declaración anteriormente citada consta de un preámbulo y trece artículos que engloban los principios básicos, entre los cuales se resalta que la libertad de expresión es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas y requisito para la existencia de

una sociedad democrática. Igualmente, toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes y los Estados están obligados a garantizar su libre ejercicio.

Textualmente, la declaración afirma que este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben ser establecidas previamente por la ley en caso de un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas. Posteriormente, el numeral 10 de la declaración establece que:

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.

Y por último, un principio relevante en nuestro objeto de investigación dada su relación con el ejercicio del principio de transparencia establece lo siguiente:

Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Así y de acuerdo con la teoría de los principios jurídicos antes analizada, cabe afirmar que la libertad de expresión tiene una trascendencia enorme. Solo pensar que los anteriormente citados son mandatos de optimización que deben cumplirse, genera que sea casi imposible su total protección; sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha dado al trabajo de hacer una realidad aquellas disposiciones antes mencionadas. La Corte por vía jurisprudencial ha tenido un protagonismo visible en la protección de la libertad de expresión, derecho que ha tenido un gran desarrollo en los Estados americanos, la mayoría de los cuales ha eliminado de sus legislaciones los

delitos que la contrariaban, como por ejemplo el desacato o la difamación. Así, la Corte ha hecho un enorme esfuerzo con el fin de crear condiciones dignas para el ejercicio de la libre expresión.

Situación del derecho a la libertad de expresión en los Estados americanos

La importancia de la libertad de expresión radica básicamente en que es una libertad fundamental dentro de una sociedad, máxime si se tratan conceptos como sociedad democrática que considera al ser humano como centro de todo el actuar del gobierno. El individuo es quien elige, quien participa, quien controla, quien critica y quien reprocha y para ello necesita expresar su pensamiento. Por tanto, esta libertad de expresión es un reconocimiento por parte de un sistema de gobierno que de suyo no le otorga ese derecho, porque ya le pertenece por su condición humana. En este sentido existe un marco jurídico universal que envuelve derechos intrínsecos a la persona, denominados hoy derechos humanos dentro de los cuales se encuentra el de la libertad de expresión.

Sin embargo, tal reconocimiento no se traduce en respeto; que existan legislaciones que consagren la libertad de expresión no significa que la garanticen. Todos los derechos corresponden a descripciones definidas y salvaguardadas por la ley, sin embargo todo no se puede resolver con acciones judiciales. Muchos Estados han demostrado su incapacidad para defender los derechos y la libertad de expresión no es la excepción. Como consecuencia de esta imposibilidad, se hizo necesario firmar convenios en pro del respeto de dicha libertad y se crearon entes supranacionales con carácter jurisdiccional que los hicieran cumplir. Jhon Stuart Mill, citado por Capaldi (1968) afirmaba:

Ya ha pasado el tiempo, por lo menos así lo esperamos, en que sería necesaria una defensa de la

"libertad de prensa", como una de las garantías contra los gobiernos corruptos o tiránicos. Suponemos que ya no se puede requerirse ningún argumento contra la posibilidad de permitir que una legislatura o un poder ejecutivo no identificados con el interés del pueblo le prescriban opiniones (p. 23).

Lamentablemente, en la actualidad se hace impenoso defender y demostrar su importancia. El mismo autor define la libertad de expresión como aquello que queremos significar; libertad de explorar, descubrir, formular y difundir lo que sabemos, pensamos o sentimos.

Es evidente que la libre expresión es uno de los derechos más protegidos en los Estados y a la vez es uno de los más violentados, cuyo verdugo es el crimen organizado, las mafias políticas y los poderes estatales y paraestatales. El hecho de querer silenciar las voces contrarias, las opiniones disidentes o la verdad, desencadena una ola de violencia (en su mayoría contra periodistas) contra todos aquellos directamente relacionados con la expresión de pensamientos y opiniones que vayan en contra de estos "poderes" legales o ilegales.

Ante esta situación, los Estados han llevado a cabo un proceso legislativo con el fin de reglamentar el derecho a la libre expresión de acuerdo con lineamientos internacionales, así como establecer su alcance, garantizar su protección y priorizar su salvaguarda. Sin embargo y contrario a sus fines, muchos han fracasado ya que las leyes no son garantía de eficacia. En los países tercermundistas, por ejemplo, ha sido necesaria la intervención de entes internacionales para obtener una defensa real de los derechos humanos y evitar la impunidad. Estados como México, Colombia, Chile, Venezuela, Honduras, Paraguay y Costa Rica, entre otros, han sido condenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al derecho a la libertad de expresión a pesar de que todos ellos la tienen reglamentada, algunos en sus estatutos cons-

titucionales y otros con grandes ampliaciones legislativas. La conclusión es que todavía falta un largo camino por recorrer con el fin de lograr el respeto por la libertad de expresión.

Instrumentos jurídicos del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano

En la actualidad están vigentes una serie de convenios acordados por parte de los Estados americanos que instituyen obligaciones con respecto a la protección de la libre expresión de los ciudadanos. La IX Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá en 1948, acordó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en cuyo artículo IV estableció :

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

De la misma forma, se firmó la Carta Democrática Interamericana, aprobada en Lima en el 2001 y su artículo 4 reglamentó lo siguiente:

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

Por último se tiene la Convención Americana de Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969, convenio en el cual se ha basado la Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacer una amplia interpretación del derecho a la libertad de expresión por medio de jurisprudencia. En el artículo 13 inciso primero se estableció lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

El respeto a los derechos a la reputación de los demás.

La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Caracterización y desarrollo del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos a partir de la jurisprudencia

Dada su relevancia jurídica, el derecho a la libertad de expresión está expresamente consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de acuerdo con este artículo se puede afirmar sin vacilaciones, que la libertad de expresión es un derecho íntimamente ligado con el derecho de acceso a la información, sustento a su vez del principio democrático y fusionado con el principio de transparencia.

Con arreglo a los criterios anteriores, es clara la conexión entre libertad de expresión y derecho de acceso a la información, de lo contrario su protección sería inoperante. Si a lo que se aspira es a recibir información, se espera, según el principio de la buena fe recibir datos verdaderos. Es en este punto que el principio de transparencia juega un papel fundamental y al difundir lo obtenido se contribuye a la creación de la opinión pública, base fundamental de los Estados democráticos.

Si el acceso a la información pública se restringe o dificulta hasta hacerlo imposible, el límite entre la ocultación y la censura se borraría de plano. Esa cortina de ignorancia levantada por el empeño burocrático de ocultar la información, impide el cuestionamiento, la crítica y el control, al tiempo que genera la tentación de

obtener beneficios individuales o particulares de la cosa pública (Moreno, 2009).

Por otra parte, de ser posible el acceso a la información es necesario que el principio de transparencia encuentre un cauce libre de obstáculos por el cual fluir, pues de lo contrario la legitimidad de la información sería dudosa y en consecuencia la libertad de expresión sería una falacia. Se transmitiría únicamente información manipulada, lo cual fructificaría en derivaciones fatales para un Estado democrático ya que la publicación de datos falsos podría transmitir opiniones erradas y argumentos equivocados que afectan la opinión pública y demueven la esencia misma del principio democrático, acabando así con el bienestar general y forjando más corrupción.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en varias de sus sentencias que la libertad de expresión es un derecho que tiene dos dimensiones. En el caso Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica específicamente, la Corte Interamericana dispuso lo siguiente:

El artículo 13 de la Convención Americana engloba dos dimensiones: la individual, que se realiza a través del derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas, y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva entre los seres humanos. Ambas deben garantizarse simultáneamente.

La dimensión individual hace referencia a la posibilidad de utilizar cualquier medio para difundir el pensamiento y los receptores potenciales tienen a su vez el derecho de recibirlo, lo cual concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ambas dimensiones deben ser protegidas.

Sobre la base de esta doble dimensión, la libertad de expresión sería, entonces, un medio para el intercambio masivo de ideas e información. Se ha precisado que para el ciudadano

común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otras personas, como el derecho a difundir sus propias (Botero, 2010).

Así, al captar la dimensión social de la libertad de expresión se puede determinar, entonces, el porqué del vínculo directo de este derecho con la democracia, ya que la sociedad al ejercerlo, está creando opinión pública, elemento vital en una sociedad democrática (en el entendido de que para participar es necesario conocer y comprender). Estanislao Zuleta en *Democracia y participación* afirma que una democracia apunta en tres direcciones: la razonabilidad, la posibilidad y la igualdad. Sin embargo y para los fines requeridos en este trabajo, referenciaremos únicamente el principio de razonabilidad, que es el que concreta la capacidad de conocer y comprender. Este consiste, de acuerdo con la teoría de Kant, en pensar por sí mismo, pensar en el lugar del otro y ser consecuente.

Pensar por sí mismo no quiere decir que se tenga la verdad absoluta; antes bien, puntualiza los pensamientos y criterios de otra persona. Pensar en el lugar del otro nos faculta para aceptar la multiplicidad de pensamientos e ideas que se dan y aprender de ellos; eso es el pluralismo. Por último, ser consecuente significa que al momento de confrontar posiciones, las tesis que en un momento dado pueden ser perjudiciales se deben abandonar.

De esta manera una democracia puede surtir efectos positivos y una sociedad racional ser una sociedad democrática, con una opinión pública fuerte y coherente. De aquí se desprende la importancia de la conexión entre democracia y libertad de expresión que se evidencia en el ejercicio de esta última, que a su vez deviene en su sustento.

Una sociedad regida por una opinión pública que nace de la libertad puede comprometerse,

participar y contribuir. Lograría desarrollar el "control social", figura inherente a todas las sociedades democráticas como mecanismo de participación de la colectividad en la salvaguarda del ordenamiento jurídico y hace de ella una interlocutora válida para exigir el cumplimiento de un modelo de Estado. Entraña, por tanto, el ejercicio consciente y consecuente de este derecho por los ciudadanos, quienes se comprometen a hacer seguimiento de la actividad del Estado (Orejuela, 2011). Sin embargo, todo ejercicio de exteriorización de derechos, garantías y obligaciones, solo es posible sobre bases de racionalidad y acceso a la información (y de su correcta difusión), logrando así un adecuado ejercicio de la libertad de expresión como materialización de control social.

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 (Ramírez y Gonza, 2007), asunto fundamental que más adelante será objeto de análisis, no sin antes aclarar que "opinión pública" no alude a unanimidad de pensamientos sino a opiniones disidentes, a formas diferentes de ver el Estado y la sociedad y al pluralismo como valor precursor de la democracia.

La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha dejado en claro que todos los habitantes de la región tienen el derecho a pensar por cuenta propia; a expresar opiniones o ideas por cualquier medio sin ser perseguidos, sancionados o estigmatizados por ello; a participar en el debate público en condiciones de equidad y a través de los medios que existen para fomentarlo y enriquecerlo; a conocer otras opiniones y visiones del mundo y a discutir las propias con quienes tienen posturas diversas o contrarias y a acceder en detalle a la información relevante para ejercer el control político

que hace posible una verdadera democracia deliberativa (Botero, 2010).

Restricciones a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

El segundo inciso del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, marco, en nuestro sentir, del derecho a la libertad de expresión en virtud de que establece las únicas restricciones permitidas al derecho y permite así su amplio ejercicio, reza:

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

El respeto a los derechos a la reputación de los demás, o

La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Lo anterior se construye con arreglo al criterio de que la libertad de expresión es un derecho de gran alcance, sus límites son taxativos y trazados según un trabajo hermenéutico hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera se puede captar en toda su dimensión que la censura es una afrenta a la democracia. En primer lugar, la Corte determinó de manera unánime que no puede haber restricciones al derecho a la libertad de expresión y si las hubiere ello se constituiría en una violación que se debe sancionar. En el caso denominado "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros contra Chile) en el que se censuró judicialmente una exhibición cinematográfica, la Corte ordenó modificar el ordenamiento jurídico interno con el fin de suprimir la censura previa y permitir la exhibición cinematográfica, ya que el Estado chileno está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su pleno y libre ejercicio. Según Ramírez y otros (2007), los requisitos que han de satisfacer una

restricción deben estar previamente fijados en una ley para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. De esta manera, el principio de legalidad se hace efectivo ya que los Estados no pueden establecer una censura con el argumento de que lo censurado constituye un peligro para la seguridad nacional, un daño a la reputación o a la moral social o una desestabilización del orden público.

Por lo tanto y de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos, sí se pueden dar unas restricciones al derecho de libertad, pero estas son taxativas:

1. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
2. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral.
3. Debe estar establecida en la ley.

Así, se entiende que la discrecionalidad del poder público es nula y en virtud del principio de transparencia el Estado debe permitir el libre ejercicio de la expresión de opiniones y pensamientos. Además, si en el ejercicio de este derecho un ciudadano necesita información para el mismo fin, el Estado debe entregarla sin ningún tipo de negativas. En un caso hito en esta vía, a saber, el caso Claude Reyes contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó lo siguiente:

De acuerdo con los amplios términos del artículo 13 incluye el derecho al acceso a la información debe estar regido por el principio de máxima divulgación. La carga de la prueba corresponde al Estado, el cual tiene que demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión. Ello significa que la restricción no solo debe relacionarse con uno de los objetivos, sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información.

No sobra aclarar que en la Convención Americana de Derechos Humanos se incorpora dentro de la libertad de pensamiento y de expresión el derecho a acceder a la información pública. Esta libertad es considerada por la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fundamental (Moreno, 2009).

A la vez, en caso de censura deben existir fundamentos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace énfasis en que estos deben estar consignados en una ley que los justifique; de lo contrario, serían ilegítimos y se estaría vulnerando el derecho protegido. Sin embargo, esto no significa que no haya límites, pues se configura una clara responsabilidad para quien abuse, exceda, desvíe o desborde el ejercicio de la libertad de expresión.

Principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano

En primera medida, es necesario conceptualizar la transparencia no en un sentido amplio o ambiguo, sino de acuerdo con unas características precisas que permitan enlazar el concepto con su regulación como principio. Para ello, es indispensable entender la transparencia desde una perspectiva de lo público o de la actividad administrativa y así definirla como principio:

Tiene por objeto generar un ambiente de confianza, seguridad y franqueza entre el Gobierno y la sociedad, de tal forma que los ciudadanos estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el sector público, en un marco de abierta participación social y escrutinio públicos (Gobierno de Nuevo León).

La transparencia es la percepción de la población y de la opinión pública de que los actos y decisiones de los funcionarios públicos y principalmente de las autoridades políticas o públicas, se han efectuado tras un exhaustivo análisis de las posibilidades y oportunidades existentes en el entorno (Pertuzé, 2003).

Para determinar el principio de transparencia y su conexión con la cláusula constitucional de Estado social de derecho en Colombia y con otros principios y derechos constitucionales, se debe partir del hecho de que el principio de transparencia es de carácter constitucional y aunque no se da una configuración positiva en el texto superior, sí emerge en relación con otros postulados constitucionales, como el principio de publicidad, el derecho de acceso a la información, el derecho de petición y el derecho al debido proceso (Rúa, 2012).

La transparencia en Colombia adquiere una trascendencia mayor en el entendido de que en nuestra legislación aparece como principio y como concepto polisémico con un ámbito de acción amplio y transversal. Al decir de Robert Alexy (1993), los principios son mandatos de optimización que deben cumplirse según las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.

Un principio es, a su vez, un principio y un fin; un orientador, creador e integrador de derecho, por lo tanto hablar de la transparencia como principio comporta un alcance global y de importancia suma, ya que gracias a su naturaleza se convierte en guía del quehacer del Estado y del desempeño de la administración pública, dentro de la cual se materializa como principio y norma rectora.

Para entender el alcance de la transparencia en un Estado social de derecho, es necesario aclarar que tal forma de Estado busca principalmente encaminar todo su accionar hacia el bienestar de sus asociados y para ello es obligatorio que los fines trazados se logren, todo –lógicamente– a través del desenvolvimiento de su función administrativa. Sin embargo, la buena fe depositada en los gobernantes no es suficiente en un escenario de lo público, pues sus gestiones requieren control, vigilancia e inspección dado el lamentable fenómeno de la corrupción. Por tal razón es imperativa la necesidad de transparencia en la actividad

administrativa, a fin de procurar el bienestar común a través del respeto por lo público.

Por tanto, para materializar la transparencia debe primar el interés general sobre el particular en todas las decisiones de la función pública, con el fin de generar un ambiente diáfano con respecto a dichas actuaciones. Pertuzé (2003) afirma que uno de los aspectos principales para crear un ambiente de confianza en la comunidad, es mejorar la comunicación no solo en términos del contacto permanente que estimula la participación que se debe constituir con la comunidad, sino en términos de información completa y permanente respecto de las decisiones tomadas y las acciones emprendidas, que se ejecutan en el devenir cotidiano de las instituciones públicas. Así, se configuraría una evaluación permanente respecto de los actos de estas organizaciones que facilitará el *accountability*. El principio de transparencia es un elemento cardinal dentro de un Estado social y democrático de derecho y de una administración pública comprometida con el bienestar general (Moreno, 2009).

Por otra parte, al hablar del principio de publicidad se hace referencia, precisamente, a la exigencia de hacer público lo que siempre ha debido serlo y condicionar a los gobernantes de turno para que sus acciones no sean ocultas. De esta manera, en muchos Estados su acción, materializada en la actividad administrativa, requiere hacer públicas las decisiones que se tomen, amén de que se argumenten y difundan. De esta suerte, el principio de transparencia encuentra su rumbo al generar un ambiente de confianza, seguridad y franqueza entre el Gobierno y la comunidad humana. La transparencia forma parte del contenido material de la democracia y se cristaliza en la publicidad de los actos de autoridades y funcionarios. El secretismo es propio de la autocracia; la democracia, en cambio, implica

transparencia en la información y rendición de cuentas Carpizo (2009).

Así, en el preciso momento en que la actividad administrativa se hace visible, la ciudadanía, amparada en el principio constitucional de participación y de acuerdo con los parámetros de transparencia de los cuales se alimenta, podrá fácilmente ejercer un control político eficaz y el principio democrático se materializa.

Se puede observar claramente la conexidad inquebrantable entre los principios democrático, de publicidad y de transparencia, todos de orden constitucional y orientadores principalmente de la actividad administrativa del Estado.

Conexidad del principio de transparencia con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

Sin duda, la máxima expresión de transparencia del Estado se da al hacer pública toda su actividad y permitir que los ciudadanos accedan a toda la información que requieran, ya que la ocultación de la información sustentada en argumentos disfrazados o manipulados es un campo abonado para la corrupción.

Botero (2010) explica que la trascendencia del derecho de acceso a la información se explica por múltiples razones, entre las cuales la jurisprudencia interamericana ha resaltado:

- a. Su carácter de herramienta crítica para la participación democrática, el monitoreo del funcionamiento del Estado y de la gestión pública y el control de la corrupción por parte de la opinión pública. En ausencia de estos se hace imposible el escrutinio ciudadano del quehacer estatal y la prevención de abusos gubernamentales mediante un debate público informado.

- b. Su valor en cuanto medio para la auto-determinación individual y colectiva –en particular la autodeterminación democrática– puesto que habilita a las personas y a las sociedades para adoptar decisiones informadas sobre el rumbo que le quieren imprimir a su existencia.
- c. Su naturaleza como instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos, especialmente por parte de quienes se encuentran en posición subordinada o vulnerable, ya que es solo mediante el conocimiento preciso del contenido de los derechos humanos y de sus formas y medios de ejercicio, que se puede acceder efectivamente a su pleno goce y disfrute.

Claramente se puede derivar la relación entre transparencia y acceso a la información. La primera busca la forma de que los ciudadanos estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el sector público en un marco de abierta participación social y escrutinio públicos. El acceso a la información es el instrumento jurídico por medio del cual los ciudadanos pueden obtener tal conocimiento, de esta manera la democracia es real solo si los ciudadanos pueden confrontar, debatir, proponer, denunciar, formar parte, vigilar y controlar.

Resulta evidente que el principio de transparencia toma vida según su conexión con otras disposiciones constitucionales y legales; así y solo así se puede materializar. Por ello, su vínculo estrecho e indiscutible con derechos como el acceso a la información y el principio de publicidad también se materializa directamente en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ya que al analizarla a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede ver como condiciona el derecho a la libre expresión con el acceso a la información.

El derecho de acceso a la información forma parte del núcleo fundamental de la libertad de expresión, el mismo derecho que permite materializar el principio de transparencia. Ello deviene en una relación estrecha, innegable y fundamental en una sociedad democrática y garantista de la participación de todos los individuos al expresar sus ideas y controlar las funciones del Estado, por medio de buscar, recibir y difundir la información real y legítima suministrada por las instituciones del Estado, bajo el principio de transparencia.

Conclusiones

El derecho a la libertad de expresión, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consiste en el derecho que tienen todas las personas de buscar, recibir y difundir información, de esta manera, se genera la doble dimensión del derecho: la dimensión individual, que apunta a que todas las personas puedan acceder a la información y difundirla, y la dimensión social, consistente en el derecho de la sociedad de recibir información. En este sentido se materializa el principio democrático.

Por otra parte, el principio de transparencia en Colombia se plasma en virtud de la cláusula de Estado social de derecho y por tanto es orientador de las actuaciones del Estado. De este modo, la comunidad humana puede controlar, vigilar e inspeccionar la actividad estatal y para ello debe obtener información. En este concepto encuentra su cauce el principio de transparencia, el cual por medio de la conexión con el acceso a la información, se articula con el núcleo fundamental del derecho a la libertad de expresión.

Bibliografía

ALEXY, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOTERO, Catalina (2010). *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. Washington: Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisfero%20Americano%20Español%20FINAL%20con%20portada.pdf>
- CAPALDHI, Nicholas (1968). *Censura y libertad de expresión. ¿Por qué es tan importante defender la libertad de expresión? ¿Es siempre peligrosa la censura?* Buenos Aires: Ediciones Libera.
- CARPIZO, Jorge (2009). "Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma". En: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 21, julio-diciembre.
- CIANCIARDO, Juan (2003). *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, No. 108, septiembre – diciembre. pp. 891 – 906. ISSN 0041 – 8633. Recuperado de: [http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho Comparado/108/art/art4.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho%20Comparado/108/art/art4.pdf)
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre libertad de Expresión*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosLE.asp>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Carta Democrática Interamericana*. Recuperado de: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- _____ (2004). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- _____ (2001). Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf
- DWORKIN, Ronald (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- GADAMER, Hans Georg (1997). *Verdad y método I*. Séptima edición. Salamanca: Sígueme.
- GOBIERNO DE NUEVO LEÓN. (S/A). *Qué es transparencia*. Recuperado de: http://www.nl.gob.mx/?P=transparencia_acerca
- MORENO ORTIZ, Luis Javier (2009). *El principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información pública*. Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, No. 19. pp. 15 – 54. ISSN 1909-3977.
- OREJUELA BOTERO, Nicolás (2011). *Los Estados de excepción en Colombia, una aproximación desde los mecanismos de control*. Cali: Universidad de San Buenaventura.
- PERTUZÉ FARIÑA, Cristián (2003). "Nuevos tiempos para la gestión pública: potenciando

la transparencia". En: *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, No.1. pp. 19-27. ISSN 0718-0241.

RAMÍREZ, Sergio; GONZA, Alejandra (2007). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

RÚA DELGADO, Carlos Felipe (2012). *Caracterización del principio de transparencia en el*

Estado social de derecho. Ponencia presentada en el XII Encuentro Nacional Red De Grupos, Centros y Semilleros de Investigación Jurídica y Sociojurídica, Santa Marta, octubre de 2012.

ZULETA, Estanislao. (S/A). *Democracia y participación*. Recuperado de <http://www.utp.edu.co/~girivera/documentos/DEMOCRACIA%20Y%20PARTICIPACION%20EN%20COLOMBIA.htm>
