



Campus Universitario del Puente del Común, Chía, abril 19 de 2012.

Doctor:
SIMÓN GAVIRIA MUÑOZ
Presidente
Cámara de Representantes Edificio Nuevo del Congreso
Carrera 7 # 8-68
Bogotá, D.C.

Referencia: Comentarios al PL 156/2011. Ley de Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública – D.A.I.P.

Respetado Señor Representante,

En mi condición de Director del Programa de Humanidades en la Universidad de La Sabana y, en virtud del Convenio entre la H. Cámara de Representantes y nuestra Universidad, la cual de oficio y gratuitamente presta asesoría sobre los Proyectos de Ley radicados, teniendo en cuenta que por medio del Proyecto de Ley 156/2011-Senado, Usted presentó una iniciativa para expedir la Ley de Transparencia y regular el **Derecho de Acceso a la Información Pública – D.A.I.P.**, me permito enviarle unos comentarios al respecto:

El Derecho a la información es un Derecho de carácter Fundamental, lo cual quiere decir que depende de la calidad de persona humana; por tanto, se pueden establecer límites al ejercicio del mismo, ya que como es bien sabido, se evita el abuso del Derecho y se crea, dentro del aspecto social en que se desenvuelve el Derecho, una cierta seguridad de convivencia encaminada al bien común.

Según el profesor de la Universidad de Santiago de Compostela José Julio Fernández Rodríguez¹, *“es usual que las Constituciones democráticas prevean en su articulado a la hora de tratar los derechos fundamentales las libertades de expresión e información, herederas de la histórica libertad de imprenta”*, que como sabemos y ya indicamos, apareció en las dos primeras constituciones colombianas de Cundinamarca y de Tunja de 1811 y luego en la de Cádiz de 1812.

En el caso de un país con gran evolución en materia constitucional, como lo es los Estados Unidos de Norteamérica, desde 1927, en la decisión Whitney vs. California, se estableció que la discusión pública es un deber político y además principio fundamental del buen gobierno, contexto sobre el cual se pueden desarrollar las libertades de expresión, información, opinión y el acceso a los documentos públicos.

Ya en 1981, el Tribunal Constitucional español, estableció como indispensable para la sociedad política *“el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real, los restantes derechos que la Constitución consagra”*²; frente a lo cual, se encuentra que para ser ejercido en su integridad, el derecho a la información requiere de cuatro presupuestos que García Toma nos presenta:

1 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La modulación de la libertad de información en internet*, en: CARBONELL, Miguel (Coordinador). *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2002, p.300.

2 GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Fundamentals en el Perú*. Cuadernos del Rectorado # 10, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, p. 146.



- La existencia de una pluralidad de fuentes de información;
- El acceso a las fuentes de información;
- La ausencia de obstáculos legales para ofrecer o acceder a las fuentes de información, salvo los casos previamente justificados en la legislación;
- La entrega de información veraz; es decir, no deformada, retaceada u ocultada.

Esa libertad de información y de expresión, también fue tratada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 121/1989 el 3 de julio de ese año, en la cual:

“Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales.”

En el caso peruano, la regulación constitucional se comenzó con la Carta de 1979, artículo 2°, inciso 4, discutida por una asamblea que convivía con el poder de facto, luego de que en 1974, como lo refiere Domingo García Belaunde³, *“en 1974 el gobierno militar de esa época expropió los medios de difusión, escritos y televisados, y los entregó teóricamente a los sectores organizados de la sociedad, pero en la práctica eran controlados por el propio Estado. Los medios fueron en la práctica asaltados y tomados por la fuerza pública la noche del 27 de julio de ese año, avalado, como siempre sucede, por algunos juristas defensores de la democracia cuando les conviene, y golpistas cuando ella no les presta el apoyo popular. Así tuvimos una prensa monocorde, parametrada, que sólo vertía noticias oficiales de manera tal que con comprar un diario ya se sabía lo que decían todos los demás. Igual fue con los canales de televisión... Se impuso así una verdad oficial y fue negada toda información y todo acceso a ella. Un poco lo que sucede hoy en China, en donde la astucia oriental ha llegado al extremo de haber manipulado el mundo cibernético y los que pasean en Beijing, por ejemplo, si bien disponen del Internet, no pueden acceder a noticias que al régimen no le interesa divulgar, pues el ciberespacio ha logrado ser interceptado por el comunismo chino.”*

Actualmente, en el Perú, con el artículo 2, inciso 4 de la Constitución vigente se encuentra la regulación de la libertad de información, al expresarse en dicha Norma Superior que toda persona tiene derecho:

*“(...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el código penal y se juzgan en el fuero común.
Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.
(...)”*

³ BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial ADRUS, Lima, 2009, p. 10.



Por tanto, como lo expresa el profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera⁴, en el Perú se entiende como derecho a la información a “*aquel derecho a buscar y obtener la información de carácter público que obra en el Estado o en los particulares (en este último caso, básicamente cuando dichos particulares asumen funciones públicas y/o se encuentran obligados a actuar mediante procedimientos administrativos). Naturalmente, según se prevé en la misma Constitución peruana vigente, se exceptúan de lo exigible mediante este derecho fundamental a las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.*”

En México, por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución, que no sufrió ninguna modificación con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, porque ya se le habían incorporado cambios en el año 2007, consagra la siguiente disposición sobre la libertad de expresión⁵:

“Artículo 6o.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. el derecho a la información será garantizado por el Estado. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 13 de noviembre de 2007.)

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación, los estados y el distrito federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)

- i. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. en la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)*
- ii. la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)*
- iii. toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)*
- iv. se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)*

⁴ ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El Derecho de Información en el Perú: Luces, sombras y algunos retos para afrontar*, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial ADRUS, Lima, 2009.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, sexagésima novena edición, México, D.F., 2011.



- v. *los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicaran a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)*
- vi. *las leyes determinaran la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)*
- vii. *la inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.”*

Por su parte, en Chile⁶, la garantía de la libertad de expresión está consagrada en la Ley 19733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, así como en el numeral 12 del artículo 19 Constitucional, cuando éste señala que se asegura a todas las personas:

“12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad con la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”

En Argentina, como muy bien lo explica la doctrinante Marcela Basterra⁷, éste derecho, que puede ser considerado como fundamental, *“se constituye como herramienta legal para alcanzar la transparencia de los actos del Estado, pero también como medio de fiscalización y participación efectiva de todos los sectores de la sociedad sin discriminación... El acceso a la información pública constituye hoy una de las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos, situación que ha sido recogida por el derecho, al considerar que la libertad de información es parte esencial de los derechos fundamentales.”*

Por otro lado, en Costa Rica, como lo expresa Jorge Enrique Romero-Pérez⁸, dice que *“tener acceso efectivo a la información que guarda el Estado o la Administración Pública, en los hechos, es una tarea difícil. A pesar de que la Constitución Política garantiza, en el papel, ese derecho, lo cierto del caso es que la Administración se vale de una serie de tretas y de maniobras para obstaculizar la realización de esa garantía fundamental”,* no obstante por lo dispuesto en los artículos 24, 28 y 30 de su Constitución Política, pero *“sin duda el rol de la Sala Constitucional en la protección de este derecho fundamental ha sido y es importante.”*⁹

6 PINOCHET CANTWELL, Francisco José. *El Derecho de Internet*. Editorial de Derecho de Chile, Santiago, 2006, p. 173.

7 BASTERRA, Marcela. *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Argentina*, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial Adrus, Lima, 2009, pp. 45- 90.

8 ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Costa Rica*, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial Adrus, Lima, 2009, p. 181.

9 *Ibíd.*, p. 202.



En el Uruguay, los artículos 29, 30, 72 y 332 de su Constitución, así como la Ley 18.381 del 17 de octubre de 2008, con sus 35 artículos, se ha dado un paso importante en el reconocimiento y protección de este derecho fundamental, como lo explica más ampliamente Rubén Correa Freitas¹⁰.

Esta libertad, en el ámbito de América Latina posee un panorama muy preocupante, lleno de obstáculos, no obstante que el mismo artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, deja plasmado que ha de garantizarse no sólo la búsqueda, recepción y difusión de ideas e información de toda índole, sin consideración de fronteras, recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también *“a las que ofenden, chocan, inquieta o resultan ingratas a los funcionarios públicos o a un sector de la población. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad verdaderamente democrática”*, como señala el doctrinante argentino Alberto J. Lucchetti¹¹.

A nivel internacional, la libertad de expresión encuentra cabida en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos de la O.N.U., expedida en 1948, artículos 18, 19 y 29.2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19; en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de la O.N.U., expedida el 25 de mayo de 2000; entre otros.

La Corte Constitucional colombiana ha dispuesto sobre el particular a la libertad de expresión, desde que fue expedida la Sentencia T-332 de 1993 que,

“...el Derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cubre únicamente a quien informa, (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información...”,

“...al igual que la misma o el ejercicio del derecho no puede vulnerar otros derecho de carácter fundamental...”

La Corte llega a establecer aquí la manera en la que este Derecho debe estar sujeto al hombre, razón del mismo y al no abuso del Derecho.

Así las cosas se debe ver el Derecho desde dos puntos de vista: a) el Derecho como derecho y b) el Derecho como deber. Lo anterior depende del sujeto que ejerza el derecho, razón por la cual es conveniente aclarar las tendencias del mismo así: primero, una acepción tendiente al desarrollo de la información como actividad y luego, otra al Derecho de toda persona de obtener una información veraz e imparcial.

El ya citado profesor español José Julio Fernández Rodríguez¹², señala precisamente que:

10 CORREA FREITAS, Rubén. *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Uruguay*, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial Adrus, Lima, 2009.

11 LUCCHETTI, Alberto J. *La libertad de expresión*, en: ALBANESE, Susana (Coordinadora). *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de convencionalidad*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 240.

12 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La modulación de la libertad de información en internet*. Art. Cit., p. 301.



“la libertad de expresión y la de información son dos derechos distintos. La libertad de expresión tiene por objeto la posibilidad de manifestar cualquier concepción intelectual (pensamientos, ideas, creencias, opiniones, juicios de valor, etc.) por cualquier medio, ostentando, por lo tanto, un carácter muy amplio. Es una de las dimensiones externas de la libertad de opinión, aquella que permite pensar y decir lo que se cree verdadero. El único condicionamiento, hablando ahora de manera general y sin entrar en las peculiaridades necesarias para exponer la concepción intelectual correspondiente, excluyéndose, por ello, los excesos innecesarios y agresivos.

En cambio, la libertad de información tiene un sentido diferente. Supone la existencia de un derecho a la libre comunicación y/o recepción de información veraz, lo que, en realidad, puede entenderse, a su vez, como dos derechos diferentes o como dos vertientes distintas del mismo derecho (una a comunicar, otra a recibir, o sea, un derecho a informar y un derecho a ser informado). El interés general a la información es el que otorga la relevancia institucional a esta libertad...”

Y, en otro estudio, el mismo José Julio Fernández Rodríguez¹³, señala que *“la libertad de expresión es clave en cualquier sistema verdaderamente democrático al colaborar en la transparencia del mismo y en la conformación de una opinión pública libre, elemento básico de la inexcusable idea de pluralismo político.”*

Depende el Derecho respecto del sujeto que lo ejerce: Así, el sujeto activo del Derecho, que corresponde al individuo o individuos que dentro del sistema de lenguaje se identifican con el emisor de la información; este puede ser un individuo singular de la especie humana o los medios de comunicación, que tienen una limitante en su ejercicio, la que se fundamenta en la incidencia de la información que promueven por cuanto su carácter es masivo. Esto se debe diferenciar de acuerdo a dos situaciones: el difundir ideas o tendencias intelectuales y la información de las situaciones plasmadas en el país.

La primera de ellas conlleva la responsabilidad que las mismas no sean destructoras de la conformación democrática que nos abarca, contrarias a la decisión del poder originario y la libre determinación de los pueblos. Y la segunda, posee una responsabilidad social.

Este tema en especial, fue objeto de análisis por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-179 de 1994, donde se establece el ejercicio del Derecho en los Estados de Excepción, y se manifiesta que toda censura de los medios de comunicación es antidemocrática e inconstitucional. Se añade que ésta sólo se permitiría en regímenes fascistas y autoritarios. En cambio en el Estado Social de Derecho, en el que rige una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica, es decir al imperio del Derecho y la negación de la arbitrariedad; esto sería inconcebible. En este Estado, sólo siendo libres las personas se cumplen los fines del mismo, señala la Corte.

Los límites del Derecho a la información pueden condensarse en los siguientes: los derechos de los demás, la veracidad e imparcialidad de la información y la responsabilidad social que poseen los medios de comunicación.

Ha establecido la Corporación, que ninguno de éstos es absoluto y, en consecuencia, el Derecho a la información, tiene como únicos límites, la veracidad e imparcialidad de la información divulgada, la responsabilidad social (si se trata de medios masivos de comunicación), así como el respeto por los Derechos Fundamentales de las demás personas, que puedan verse involucrados en un eventual conflicto en el

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La Libertad de Expresión en un Horizonte Multicultural*, en: CARBONELL, Miguel (Compilador). *Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión*. Editorial Porrúa – Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 111.



ejercicio del Derecho. En la mayoría de los casos se trata del Derecho al buen nombre, a la intimidad, a la honra y los demás que puedan caracterizarse como Fundamentales por estar íntimamente relacionados con la dignidad humana.

De otra parte, la Corte nunca ha desconocido la prohibición constitucional a la censura. Entendida esta como los actos discriminatorios y dolosos tendientes a limitar el libre ejercicio del Derecho a la información. Sin embargo, existen algunos casos en los cuales se ha establecido alguna prohibición respecto a publicaciones, divulgación de informaciones, emisión de programas y similares, así como, la rectificación de informaciones por parte de los medios, por atentar de manera directa contra algún Derecho Fundamental, o por la necesaria protección que el orden público exige.

Es claro que lo anterior no puede entenderse como censura cuando justificadamente se limita el Derecho a la libre expresión o a la información, por la autoridad legitimada para hacerlo. Por el contrario, es el cumplimiento, por parte de la Corporación, respecto de los límites que la misma Constitución impone al Estado y a los particulares respecto del ejercicio del Derecho a la información. Por ello, mal haría la Corte en pasar por alto mandato. Y la omisión, traería como consecuencia el desconocimiento de los principios y valores que caracterizan a la Carta Política de 1991.

A continuación, se explicarán brevemente los tres casos específicos, en los cuales la Corte Constitucional colombiana ha restringido o limitado el Derecho a la libre expresión como género y a la información como especie, por las razones anteriormente explicadas y que se convirtieron en sentencias hito o marcadoras de línea dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana, aunque por su antigüedad, algunos neo-constitucionalistas desconocen la trascendencia de estos fallos:

T-293 de 1994: *Las menores accionantes Shani y Maya Ospina Fei sintieron violados sus Derechos Fundamentales a la intimidad, honra y dignidad por la publicación en Colombia y en diferentes países del libro "PERDUTE", por la editorial Sperling & Kupfer Editori y otra edición del libro en francés, "publicación que fue escrita por su madre, Sandra Pía Aurelia Fei, en la cual describe hechos y circunstancias que pertenecen única y exclusivamente al círculo familiar. Por otro lado, afirman las menores que los hechos descritos en libro son falsos y que han afectado sus relaciones interpersonales. La Corte consideró que "resulta válida la decisión judicial que impida la circulación del escrito o impreso que probadamente atenta contra Derechos Fundamentales de personas en concreto, sin que ello pueda considerarse censura sino apenas el natural cumplimiento de los mandatos constitucionales en lo que atañe al adecuado equilibrio entre deberes y derechos".*

Y luego añadió la sentencia:

"No puede sostenerse que quien hace uso de la libertad de expresión o del derecho a la información esté autorizado para transgredir mediante sus publicaciones la normatividad constitucional o para atropellar a otros miembros de la comunidad en el ejercicio de sus derechos. No es de recibo la interpretación en cuya virtud se sacrifican la honra y el buen nombre de las personas en aras de un malentendido derecho a la información o con el pretexto de un distorsionado criterio sobre la libertad de expresión. Ha de entenderse que el derecho de quien informa o se expresa tiene unos límites y que, cuando esos límites son traspasados, deja de estar en el ejercicio de un derecho para ubicarse en el terreno inconstitucional de la trasgresión de otros derechos que está obligado a respetar.

Toda persona puede reclamar el derecho a publicar libros, en los cuales aparezcan plasmados los resultados de su creación intelectual. Pero si el escritor no ejerce un derecho absoluto, está sujeto a



las restricciones que le impone la propia Constitución cuando consagra derechos en cabeza de todos los asociados. Entonces, no le será lícito hacer uso de la obra para revelar detalles de la vida íntima de otro individuo o de su familia, o para proferir calumnias, injurias o amenazas. Atenta contra los derechos constitucionalmente consagrados si en la publicación juega con la honra o el buen nombre de personas o instituciones, pues éstas, en ejercicio de las prerrogativas que la misma Constitución les reconoce, están en posición de acudir al juez para que haga valer sus derechos e imparta las órdenes necesarias para que cese la violación. La publicación afecta gravemente la integridad moral de las niñas accionantes y pone en serio peligro su estabilidad emocional.”

La Corte, no ordenó ninguna rectificación, ya que el libro no ha aparecido en Colombia y por lo tanto, cualquier decisión escaparía del ámbito jurisdiccional del juez de tutela, y, por otra, sin embargo se adicionó la sentencia ordenando que se oficiara al Director General de la Policía Nacional para que las autoridades vigilen que, aún en el caso de publicarse dicho libro en español fuera del país, no circule en el territorio nacional. Como en los tiempos de la Inquisición, se creó así un Index en Colombia.

De otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia, en el evento en que exista conflicto entre el Derecho a la información o la libertad de expresión y el Derecho a la intimidad, prevalece el último, toda vez, que el Derecho sujeto a violación o amenaza tiene que ver con la vida privada de los niños.

Hay que hacer notar, debido a que pertenece a nuestro Bloque de Constitucionalidad, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pesar de la prohibición expresa de establecer una censura previa, cuenta con dos posibilidades para establecer controles preventivos en el ejercicio de la libertad de expresión, como por ejemplo el artículo 13.4, en el cual se sugiere una censura previa para los espectáculos públicos, con el propósito de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia, como lo desarrollaré más adelante al citar la OC-11/96.

Otro supuesto relacionado con la censura previa, en estados de excepción, lo permite el artículo 27 de la citada Convención Americana y, en los mismos términos lo establecen varias constituciones de nuestro Continente y, en todo caso, como lo dijo la misma Corte Interamericana, “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos”, entre los que se pueden encontrar abusos oficiales como el que en Colombia se dio durante el gobierno de Rojas Pinilla, al crearse la figura del censor en todos los medios de comunicación.

T-539 de 1994: En este caso, el Consejo Nacional de Televisión, prohibió la transmisión de un comercial de televisión, que tenía por objeto la prevención del SIDA. El contenido de las imágenes mostraba a dos hombres besándose. En este caso la Corte Constitucional manifiesta, que “el motivo técnico del Consejo Nacional de Televisión para negar la transmisión del comercial, no implica violar el pensamiento de un grupo de personas. No se ha prohibido que los homosexuales expresen sus opiniones, sino que se ha determinado la inconveniencia e ineficacia del mensaje”. Siguiendo la tesis de la Corte, se puede establecer, que no existe censura, ya que ésta es, *per se*, discriminatoria, y lo relevante en este caso fue el juicio de conveniencia realizado por la Corte Constitucional.

SU-056 de 1995: Con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, en torno al libro “La Bruja”, escrito por el periodista Germán Castro, expresándose que:

“La libertad de expresión tiene una concreción y manifestación efectivas en el derecho que tiene toda persona de plasmar en libros la narración de sus experiencias, concepciones intelectuales y creaciones espirituales que pueden asumir la forma de obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, y difundirlos o darlos a la publicidad. En consecuencia, el autor de un libro tiene el derecho



a que su obra sea conocida, difundida y reproducida en condiciones que garanticen el respeto de los derechos de su creación intelectual.

En lo que concierne con la libertad de expresión que no se materializa o no tiene por objeto informar, sino recrear en una obra literaria, gráfica, plástica o fílmica, hechos o situaciones reales o imaginarios, no es procedente sujetarla a las exigencias impuestas a la libertad de información, como son el atenerse a la verdad e imparcialidad de la noticia, lo cual no significa que el artista - escritor, periodista, caricaturista, pintor, director,- pueda desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular sus derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre.”

El profesor Mexicano Alfonso Gómez Robledo, ha dicho que *“la libre expresión de las opiniones es sin duda un mandamiento que se impone a la conciencia moderna.*

Expresando que:

“Si la libertad de expresión es un fundamento esencial del orden democrático, es igualmente cierto que la protección de la vida privada es garantía y condición de la vida democrática.

En principio la publicación de informaciones no debería ser obstaculizada en forma alguna; sin embargo debe hacerse la distinción entre información verídica y falsa noticia. La prohibición de informaciones falsas no es contraria a la exigencia de libertad. La posibilidad de limitar la libertad de publicar informaciones, incluso fidedignas, está vinculada a la existencia de otras libertades, y la libertad de información ejercida en forma dolosa pone en riesgo grave otras libertades.

La libertad de la persona, el debido respeto a la vida privada, son protegidos contra los abusos de la información. Esa protección queda generalmente asegurada por el régimen jurídico de la difamación.

Las necesidades de una buena administración de justicia y la salvaguarda de los derechos de la defensa, conducen igualmente a prohibir la publicación de ciertas informaciones.”

Esos son los denominados casos “hito” sobre el tema del DAIP, pues por otra parte, existen otros cientos de pronunciamientos del Alto Tribunal Constitucional de Colombia, en los cuales existe una limitación al derecho a la información, caracterizada por violar otros Derechos Fundamentales de las personas objeto de la noticia o información divulgada. Cuando se trata de medios de comunicación, la opinión debe ser expresada de una manera profesional y responsable, para evitar así interpretaciones equívocas, por estar de por medio Derechos Fundamentales como a la honra y al buen nombre de las personas respecto de las cuales se opina, así como, el Derecho de los receptores, a recibir información veraz e imparcial.

En principio, el periodista puede expresar libremente lo que quiera, así tenga como única base, meras especulaciones. Pero lo que se le prohíbe, es hacer ver esas especulaciones como hechos ciertos. Esta limitación al Derecho a la información, se manifiesta claramente, en la rectificación de información, por la institución o persona encargada de difundir la noticia. La rectificación, consiste en que el afectado con la noticia o información falsa, errónea, inexacta o incompleta, que lesione sus derechos, tiene derecho a obtener del medio que haya difundido la información, la correspondiente rectificación, en condiciones de equidad. Se entiende que se ha rectificado, cuando el informador acepta su equivocación, con el mismo despliegue e importancia que prestó a la información y, por el mismo medio utilizado inicialmente.



A propósito de la rectificación, ésta se garantiza con el nombre de “Derecho de Rectificación o Respuesta”, en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposición única a nivel internacional sobre la materia, que incluso fue utilizada en la República Argentina por la Corte Suprema el 7 de julio de 1992, al fallar el Caso Ekmekdjian Miguel Ángel Vs. Sofovich Gerardo y otros, en el que se consideró la aplicabilidad directa de esta disposición en un caso en el cual al recurrente se le había negado su derecho de rectificación en un programa televisivo.

En espera de haber podido colaborar en el debate de su proyecto y con la esperanza constitucional de contar con el favor de su respuesta dando acuse de recibo del presente, se suscribe de Usted, muy cordialmente,

Hernán Alejandro Olano García
Director del Programa de Humanidades
Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas
Universidad de La Sabana
Km. 7 Autopista Norte, costado occidental
Chía, Cundinamarca, teléfono 8616666, ext. 2805.
@HernanOlano