

LA RECETA DE LA NUEVA LEGITIMIDAD: EL BUEN GOBIERNO, LA TRANSPARENCIA Y EL GOBIERNO ABIERTO

1

En el presente capítulo se realiza una exploración de los conceptos que sustentan la investigación y cuya lectura se plantea desde la solución a los problemas de legitimidad del Estado: por un lado, la receta del buen gobierno, que implica el desarrollo de los conceptos de transparencia y gobierno abierto y, por otro, el desarrollo de la lógica de protección de los derechos, especialmente en el ámbito internacional, que genera tensiones en los niveles locales frente al centro.

El gobierno abierto y la transparencia, o sus ideas centrales, existen desde el siglo XVI cuando la corona sueca determinó que los datos del gobierno podían ser conocidos por todos (Sandoval-Almazán, 2015, pp. 203-227). En esencia, la idea del control del poder que emerge con el constitucionalismo y la ideología liberal tiene como fundamento el conocimiento de lo que hace el gobierno. Desde luego, este conocimiento de las acciones del gobierno es apenas incipiente y se sitúa esencialmente en el nivel de la publicidad de dos actos fundamentales en el modelo del Estado liberal (Dorado Porras, 2001, p. 247): las normas, en especial las leyes como fundamento de este modelo (De Cabo Martín, 2000, p. 27), y las actuaciones ante los jueces (Peña Freire, 1997, p. 227), el proceso judicial desde la perspectiva del concepto de debido proceso legal y sustantivo. El *habeas corpus* es un claro ejemplo de esta concepción, en la cual lo oscuro, la opacidad del poder, pretende desaparecer forzosamente a sus asociados y, a través de la acción, se pretende convertir esta oscuridad en un espacio conocido y público sobre cómo se investiga penalmente a los ciudadanos.

En el desarrollo de esta idea, y unida al progreso de la técnica, aparece la libertad de prensa como otra contribución a la lucha por el control del poder y a la publicidad de las actuaciones públicas, sujetas a la discusión de la sociedad. Se trata, entonces, de diversas estrategias que poco a poco se han desarrollado como herramientas que propician la transparencia del Estado y, en especial, del gobierno como responsable de la canalización de las demandas de los ciudadanos en políticas públicas.

Como se advirtió en la introducción, nos encontramos frente a una crisis profunda del modelo estatal, situada principalmente en la credibilidad, tanto de los mecanismos que articulan las necesidades ciudadanas, como de los esquemas de administración y gobierno. La legitimidad y la legalidad tienen varios cuestionamientos sobre su verdadera capacidad de ser protectoras y promotoras de los derechos, base de la legitimidad, lo que implica un enorme peligro para las instituciones constituidas y pone el acento en la necesidad de buscar nuevas estrategias de comprensión y funcionamiento para fomentar la participación y, por esta vía, edificar un Estado más eficaz y eficiente frente a los retos que impone una sociedad más informada sobre el análisis de sus problemas.

Por otro lado, el proceso de globalización incide de manera relevante en este análisis, dado que no solo plantea nuevos retos a las instituciones decimonónicas, sino que también introduce nuevos actores y formas de conocimiento, los cuales requieren ser considerados si se pretende incorporar una política verdaderamente más participativa que pueda palear o fortalecer los fundamentos señalados del Estado contemporáneo (Castells, 1999).

El buen gobierno, la transparencia y, con ella, el gobierno abierto son conceptos que emergen en su concepción actual desde la perspectiva del inicio de esta crisis de legitimidad en los años 70, y que hunde sus raíces en las elaboraciones institucionalistas que ponen en el centro a las instituciones como alternativas del cambio (Oriol Prats, 2007, pp. 121-148). Sin embargo, este paradigma tiene varias posibilidades de lectura, porque puede ser interpretado como una herramienta de los esquemas neoliberales que buscan en la firmeza de la *Lex Mercatoria* (De Sousa Santos, 1998) y la reinención de la sociedad civil, formas de estabilidad institucional que puedan profundizar los mercados internacionales y sus respectivos intercambios y plusvalías (Aguiló Bonet, 2008). Por otra parte, desde otras orillas, se observa este tipo de estrategias como verdaderas oportunidades de

fortalecer a las comunidades locales frente a los intereses hegemónicos económicos para que, desde el conocimiento y la participación, el gobierno no responda únicamente al cabildeo y al cálculo de estos macrointereses, sino que se acerque a las necesidades y realidades de la sociedad. Se hace necesario, entonces, desarrollar estos conceptos y comprender sus ámbitos de aplicación.

El buen gobierno exige una:

... burocracia profesional, con una ética profesional exigente y unas instituciones políticas que aseguran una eficaz rendición de cuentas (Wilson, 2008), implica eficacia y eficiencia en la satisfacción de las necesidades públicas (Longo, 2008), requiere imparcialidad, entendida como un trato igual a todas las personas con independencia de las relaciones personales y afectivas existentes (Rothstein & Teorell, 2008) y demanda transparencia (Bovaird & Loeffler, 2007:294) y receptividad, con nuevas formas de interaccionar y considerar a los stakeholders (Peters, 2006). (Villoria Mendieta & Cruz-Rubio, 2014, p. 7).

Desde esta perspectiva, un buen gobierno exige que el gobierno sea óptimo y, para esto, debe ser abierto. Un gobierno abierto exige contar con la aplicación de mecanismos de transparencia, en los que encontraremos al derecho de acceso a la información pública como una importante herramienta de esta.

Ahora bien, en realidad, como hemos señalado, el buen gobierno no se trata de otra forma de gobierno o de Estado, sino de la consecución de formas diversas para garantizar viejas garantías: igualdad, legalidad, participación, en un mundo diferente. Lo nuevo, como se señaló, es la crisis profunda de sus viejas estructuras. Por ello, se hace necesario que instituciones, tanto formales como informales, reconsideren sus actuaciones y, de manera material, reconstruyan los nexos con la sociedad, organizada o no.

De esta forma, las instituciones:

A partir de un conocimiento acumulativo, acaban siendo legítimas, equitativas, eficientes, estables, flexibles (Douglas C. North, 2005), e inclusivas (Acemoglu & Robinson, 2012), constriñendo, por ello, conductas extractivas, ineficientes, fraudulentas e ilegales entre las élites políticas y económicas, e incentivando lo contrario (Villoria Mendieta & Cruz-Rubio, 2014, p. 8).

El concepto de buen gobierno reconoce a la corrupción y la desigualdad como verdaderas amenazas para todo el sistema político, económico y social, al tiempo que entiende que la inclusión y la estabilidad son parte fundamental

del desarrollo. Desde luego, los acentos de esta propuesta son claves para su comprensión. Es decir, si pensamos que la eficiencia económica y la flexibilidad laboral son el centro del buen gobierno y dejamos de lado a la igualdad y la democracia material como centro del mismo, entenderemos una idea distinta con resultados diferentes. De ahí la importancia de una reflexión desde la perspectiva de la integralidad de los derechos, como mecanismos transversales de desarrollo en el marco del Estado constitucional (Perdomo Castaño, 2011, p. 52), que comprende que las políticas no pueden privatizarse en favor de un grupo único de intereses.

Ahora bien, dentro del núcleo duro de lo que significa el buen gobierno podemos considerar, al menos, tres aspectos:

1. **El proceso por el cual aquellos que ejercen el poder de gobernar son elegidos, monitoreados y reemplazados.** Es decir, el buen gobierno se concentra en el mantenimiento del “buen estado de salud” de los canales democráticos y de la existencia de diversas formas de control social.
2. **La capacidad de un gobierno de manejar efectivamente sus recursos y la implementación de políticas estables.** El buen gobierno, en efecto, está preparado para tomar las decisiones más beneficiosas para el entorno social y para garantizar que dichas políticas no cambien con el albur del político de turno, sino que pueda existir un esquema de planeación ajustado a la realidad y estable en aquellos aspectos estratégicos para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. No basta con un gobierno interesado en el bienestar de sus asociados, es necesario que se acompañe con conocimiento técnico y una planeación participativa y realista, que implique el esfuerzo persistente de diversos gobiernos para alcanzar metas que impacten sus indicadores sociales.
3. **El respeto de los ciudadanos y el Estado hacia las instituciones que gobiernan las transacciones económicas y sociales para ellos.** Sin una ciudadanía que apoye a sus gobernantes, no es posible lograr estos grandes objetivos sociales. Es necesario contar con una ciudadanía informada que esté convencida de los objetivos que se quieren alcanzar y que reconozca las formas organizativas de la sociedad como estructuras válidas de direccionamiento. El derecho cumple un papel muy importante al considerarse una de las manifestaciones de esta conformidad con las

metas trazadas, dado que, en muchas ocasiones, se traducen en normas en sentido general.

Como parte de esta reflexión y para darle solidez al concepto de buen gobierno, la Organización de las Naciones Unidas propuso una serie de principios para definir las características de la buena gobernanza, desde el punto de vista de las relaciones entre el Estado y la sociedad. Los principios son (ONU, s.f.):

- a. **Estado de derecho (imparcialidad).** Se orienta a la existencia del principio de legalidad, desde la comprensión del concepto de la disponibilidad de mecanismos de control del poder en el Estado; es decir, instituciones como la ley en sentido genérico, la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la disponibilidad de recursos que protejan derechos, como el derecho de petición, la acción de tutela o el *habeas data*, y, en general, la concepción de la igualdad formal frente a las manifestaciones de agresión del poder.

Aunque se puede observar más adelante el concepto de responsabilidad de los funcionarios, respecto a sus actuaciones, sobre todo aquellas que puedan desbordarse de lo establecido en la ley, o que no cumplan justamente con sus requerimientos y objetivos (artículo 6 de la Constitución Política de Colombia), consideramos que el artículo citado no significa una mirada restrictiva de la concepción del Estado, en el entendido de que implica una negación de las garantías y los alcances adicionales que comprende el modelo del Estado social derecho, sino una búsqueda de focos en común con el modelo liberal en general. Esto es importante porque no podría aceptarse una lectura minimalista del Estado, en la cual la justicia y la seguridad sean la única posibilidad de su actuación, puesto que hablaríamos de una figura decimonónica, que nada tiene que ver con las necesidades de una sociedad compleja contemporánea.

- b. **Legitimidad y voz (participación y orientación para el consenso).** Este aspecto se comprende como un desarrollo del concepto de la democracia participativa y pluralista, lo que significa desbordar la idea procedimental de la democracia para ubicarla en la base del ordenamiento jurídico-político. La búsqueda de los consensos se convierte en una necesidad constante para mantener y fortalecer el aparato estatal, puesto que su legitimidad deriva justamente de allí. Desde la concepción de la

ciudadanía social (Ledesma, 2010) hasta los desarrollos de la democracia participativa actual (Greppi, 2006, p. 43), se comprende que la democracia material es una meta fundamental para estructurar las tareas estatales. Esta democracia significa la existencia de las condiciones de vida digna necesarias para que los ciudadanos puedan participar en los asuntos públicos de forma sistemática y permanente. De esta forma, los denominados derechos sociales se vuelven claves para este desarrollo: sin educación, ingreso digno ni salud, no es posible este ideal.

- c. Transparencia y rendición de cuentas.** Si bien los elementos anteriores se vienen desarrollando desde el inicio del paradigma constitucional —es decir, al menos desde el siglo XVII—, este tiene una fuerza importante en las últimas décadas. Como ya advertimos, la transparencia se plantea desde el mismo momento en que se hace la diferencia entre lo público y lo privado (Castro, 2007, pp. 351-72.), comprendiendo que lo público requiere siempre de la aplicación del principio de publicidad, las formas y la dimensión de esta transparencia no eran tan claras como aspectos centrales del discurso político contemporáneo. En realidad, la opacidad tenía más espacios en el discurso estatal, especialmente, en la comprensión de la majestad estatal y en la idea de que el Estado era una especie de caja negra —puesto que sus procedimientos internos no eran del todo claros—, y de que al ciudadano solo le competen sus resultados.

La transparencia significa, entonces, varias cosas: una comprensión amplia de bien público que cobija instituciones, cosas y procedimientos como parte fundamental de la construcción política del Estado; la consideración ética de que quienes ejercen el poder lo hacen en busca del bien común concreto, es decir, el que se manifiesta en los diversos procesos participativos; y, desde luego, la ausencia de corrupción en las motivaciones que tienen estos funcionarios para desarrollar sus actividades.

Por su parte, la rendición de cuentas plantea, en primer lugar, las responsabilidades de los funcionarios y la necesaria actividad permanente de mostrar su trabajo de forma objetiva, conforme a las metas propuestas en su mandato.

- d. Rendimiento (capacidad de respuesta, eficacia y eficiencia).** La comprensión de este elemento puede ser problemática si se comprende el

rendimiento desde el punto de vista empresarial y desde la ética económica de la rentabilidad. El Estado no es una empresa que implique únicamente la maximización de sus rentas, so pena de atropellar otros bienes valiosos y desde luego, sujetos de derechos, que esperan una actuación distinta a la simple generación de ganancias económicas. Pero, por otro lado, es posible aplicar algunos elementos claves para mejorar, o maximizar, la protección de los derechos y las condiciones de vida de los ciudadanos.

Aunque el tema es complejo y pasa por el análisis de las teorías de la justicia, un Estado debe buscar la eficiencia y la eficacia para lograr los fines establecidos en el marco constitucional. La eficiencia para prestar sus servicios a toda la población y la eficacia para lograr la realización de los valores superiores son dos elementos que orientan la acción estatal.

El despilfarro, la incompetencia de los dirigentes, la mala planeación y la falta de cuidado de los recursos públicos afectan gravemente tanto la legitimidad del Estado, como la realización del proyecto común que tiene la sociedad.

- e. **Dirección (visión estratégica).** Unida a lo anterior está la capacidad de dirección, que termina siendo un compendio de planeación, compromiso ético y consenso, porque estos elementos juntos propician la dirección del Estado. Más allá de componendas políticas, exclusiones y maximizaciones privadas, favorecen la toma de decisiones que permiten lograr grandes metas y obtener enormes beneficios sociales.
- f. **Equidad (acceso universal, incluidas las minorías, a oportunidades para mantener y mejorar el bienestar propio).** Este último elemento es el que hace la diferencia con aquellos modelos que implican un enfoque que desmantela las prestaciones sociales, que corroe lo público en favor de intereses privados. La meta de la igualdad material y el concepto general de equidad plantean la necesidad de comprender la eficacia y la eficiencia de las instituciones, así como la existencia de la participación, focalizadas hacia la construcción de un desarrollo sostenible, comprendido en la disminución de las brechas sociales y en la dotación de los ciudadanos de herramientas para que logren sus metas personales y, con ellas, las de la comunidad.

La eliminación de los obstáculos que enfrentan las poblaciones más vulnerables para alcanzar las condiciones de su mínimo vital (Torres Ávila, 2013) y la desmercantilización de los derechos (Rey Pérez, 2010) se convierten en objetivos centrales del Estado constitucional, como propuesta contemporánea que pretende derrotar las deficiencias del Estado liberal clásico.

Como señalamos, el buen gobierno puede comprender varios aspectos y énfasis que cambian radicalmente su interpretación y realización. Cada uno tiene paradigmas ideológicos que pueden generar cambios en uno u otro sentido. Ahora bien, sin duda alguna, este concepto hace énfasis en dos aspectos: por un lado, en el gobierno abierto entendido de forma genérica como la actitud del Estado por abrir sus actuaciones e informaciones al escrutinio y uso público, y, por otro lado, en la reelaboración del concepto de transparencia, enmarcado en las herramientas de la sociedad digital (Lázaro Cantabrana, 2015, pp. 44-58).

Una aproximación al concepto de buen gobierno

Como parte del buen gobierno, tenemos el gobierno abierto, el cual se puede comprender como:

El esfuerzo de crear instituciones gubernamentales que sean más transparentes, pero también más participativas, comprometiendo a los ciudadanos en la toma de decisiones y adopción de políticas ya desde sus inicios y, por tanto, con el beneficio de extender la consulta y participación a todos los agentes implicados y no sólo a los agentes del modelo político clásico (García García, 2014, pp. 15-88).

La administración electrónica, gobierno digital o gobierno abierto se puede considerar como una evolución natural de la administración hacia patrones de gobierno que enfatizan en la rendición de cuentas a la ciudadanía, con el objeto de promover la transparencia y, como consecuencia, la colaboración y participación de ciudadanos y administraciones públicas.

El término es bastante difuso (Cotino, 2015, pp. 418-480), pero parece que el espaldarazo definitivo fue dado por Barack Obama, presidente de los Estados Unidos de América, en su discurso de inicio de mandato: “Un nivel de apertura en el gobierno sin precedentes y un sistema de transparencia, participación pública

y colaboración que reforzara la democracia, asegurara la confianza pública y promoviera la eficacia y eficiencia gubernamental” (Villoria Mendieta, 2012, p. 10).

Al respecto, Villoria Mendieta (2012) establece la existencia de cuatro corrientes que definen los ámbitos de desarrollo del concepto de gobierno abierto:

1. La comprensión como contribución a la felicidad colectiva y las capacidades administrativas del Estado para alcanzar dicho fin. Se trata de un Estado paternalista que brinda información que sirve para que los ciudadanos tomen mejores decisiones.
2. Los discursos relacionados con el buen gobierno, la transparencia y la rendición de cuentas. Como se observa, este es uno de los énfasis más fuertes y desarrollados, del cual nos hemos ocupado especialmente.
3. Las teorías de fortalecimiento de la democracia popular, la participación y el desarrollo de un Estado republicano fuerte. Esta perspectiva se ocupa de la deliberación pública, la gestión pública colaborativa, la resolución de conflictos y la negociación como mecanismos para fortalecer estos valores republicanos.
4. El concepto de gestión pública colaborativa, que se sitúa en la idea de abrir los datos para que, a través del diálogo con los decisores de políticas públicas, se mejore la gestión y se generen esquemas de eficiencia. Aquí se maneja el concepto de *wiki government*, que implica el desarrollo de formas asociativas para mejorar las políticas públicas.

Independientemente de cualquiera de estos acentos, el gobierno abierto se ha desarrollado de forma definitiva a través del uso de internet, del *crowdsourcing* y de la web 2.0, planteado retos interesantes al Estado, como la creación de mecanismos legales, técnicos y administrativos para establecer las condiciones mínimas de dicha “apertura”. Sin duda, hace parte de las recetas de la crisis de legitimidad planteada, y que implica la falta de confianza de amplios sectores sociales en las acciones de los gobiernos y, en especial, de los políticos.

Los políticos son vistos como actores que ocultan sus verdaderas agendas y que promueven la privatización de los bienes públicos, entendidos no solo como el conjunto de valores e instituciones que tiene el Estado para desarrollar todas sus actuaciones. La idea del gobierno abierto es establecer las bases de un nuevo paradigma que permita esta relegitimación. Ahora bien, estas tendencias y

acercamientos no son neutros; cada uno de ellos encierra dudas específicas. Por ejemplo, si el enfoque es ampliar la capacidad de negociación y conciliación de los ciudadanos, también podemos estar frente al deterioro del valor público de la justicia y sus aparatos; o si pretendemos el fortalecimiento de la divulgación de los datos abiertos como un eje de trabajo, este hecho por sí solo no disminuye las brechas sociales generadas por la exclusión del capitalismo.

Sin embargo, estas miradas críticas del gobierno abierto (Güemes, 2013, p. 193) también plantean retos interesantes para los Estados y, especialmente, para los Estados latinoamericanos (OCDE, 2015), que pueden encontrar estrategias para desarrollar sus regiones y dotar a su ciudadanía de herramientas que mejoren la gestión del Estado, la democracia y sus condiciones de vida.

Como un desarrollo de los conceptos de buen gobierno y gobierno abierto, aparece el término “transparencia”. En realidad, no es fácil distinguirlo de los anteriores conceptos, incluso en algunos textos pueden parecer sinónimos, aunque podemos entender la transparencia como algo más instrumental a la apertura del Estado.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la transparencia es “el proceso por el cual la información de las condiciones existentes permite ser accesada para la toma de decisiones y acciones, de manera visible y entendible” (OCDE, 2006).

En un acercamiento más detallado, podemos comprender la transparencia como:

...el flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores relevantes (Kauffmann & Kraay, 2002), información que, en el ámbito de lo público debe permitir evaluar a las instituciones que la aportan y formar opiniones racionales y bien sustentadas a quienes deciden y a quienes participan o son objeto de la decisión (Villoria Mendieta & Cruz-Rubio, 2014, p. 5).

Observamos, entonces, una sociedad que produce información en ámbitos diferentes. En realidad, la información siempre se ha producido; la diferencia es la existencia de medios y formas de producción que replantean la manera como nos relacionamos con las instituciones o las personas de nuestro entorno, deslocalizando las mismas y propiciando nuevas formas para su establecimiento.

La cantidad y calidad de la información también han cambiado, lo que implica nuevas funciones y posibilidades en el marco de un sistema ético de valores

en el Estado contemporáneo. Ahora bien, la existencia de la información por sí sola no es la novedad, sino lo que hagamos con ella; por ello, la transparencia se enfoca en que dicha información permita la realización de dos tareas trascendentales para la propuesta relegitimadora del Estado (O'Donnell, 2003, pp. 34-54): por un lado, que la información sea accesible a todos, es decir, la ruptura de la exclusión social, que se manifiesta en la exclusión tecnológica (Torres Ávila, 2015, pp. 47-64), toda vez que la tecnología es el vehículo más importante para transmitir y manejar esa información. Por otro lado, la idea es que una vez que esa información sea accesible y comprensible sirva para sustentar las actuaciones de la ciudadanía en los diferentes campos donde se tomen decisiones sobre lo público, principalmente, aunque también contribuyen al desarrollo de los individuos y las comunidades.

En resumen, se pueden presentar cuatro razones que dan cuenta de por qué es importante la transparencia:

1. Es el primer paso hacia la rendición de cuentas
2. Es esencial para la participación no manipulada
3. Es importante para la eficiencia y eficacia del gobierno
4. Es un elemento esencial para recuperar la legitimidad

La transparencia puede expresarse de diversas formas o modalidades que implican la profundización de los elementos del buen gobierno y de un modelo constitucional garantista (Ferrajoli & Carbonell, 2008). Los aspectos que se tienen en cuenta para el planteamiento de estos modelos son: la participación de la ciudadanía, la colaboración de la ciudadanía y la rendición de cuentas, como mecanismo de control de la función pública.

Se pueden proponer tres formas de transparencia (Berrones, 2016):

1. **La transparencia reactiva (pasiva).** Consiste en un bajo nivel de participación que se expresa, en todo caso, en el ejercicio del derecho de acceso a la información. Es decir, el Estado tiene una postura con la cual espera que los ciudadanos soliciten la información a través del derecho de petición, pero no establece mecanismos de publicación de información no solicitada ni construye espacios de discusión para la ciudadanía. Por su parte, la ciudadanía tampoco se interesa de forma colectiva y frecuente por los asuntos públicos, y se enfoca en los asuntos individuales. Por ello, se presenta una especie de apatía por lo público favorecida por el Estado.

- 2. La transparencia proactiva.** En este modelo se presenta la aplicación del principio de la divulgación proactiva de la información que, conforme a nuestra normatividad, plasmado en el artículo 3° de la Ley 1712 del 2014 dice:

El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros.

Además, este modelo plantea la necesidad de disponer de una administración que pueda realizar estas tareas, y que encuentre en su organización los procedimientos para tales garantías.

Los datos liberados son todos aquellos que se encuentren en poder de la administración y que no afecten otros derechos o aspectos estratégicos de la subsistencia misma del Estado. En este apartado, el Estado tiene una actitud proclive a la transparencia, pero el papel de la ciudadanía no es necesariamente fuerte en la comprensión y asimilación de estos datos para promover cambios en las políticas locales y nacionales.

- 3. Transparencia colaborativa.** Este tipo de transparencia implica tanto un Estado que cuente con los medios técnicos para el procesamiento y la conservación de los datos, como una política de apertura no solo a la publicación, sino a la escucha de las propuestas que surgen de la ciudadanía. Se cuenta, además, con la tecnología y la inversión estatal para mejorar la entrega de la información para que sea más accesible y comprensible a los ciudadanos. Por su parte, la ciudadanía dispone de una verdadera democracia material, que garantiza su ciudadanía social, para construir los fundamentos de la ciudadanía digital; esto es, el conocimiento para trabajar en red con otros colectivos e individuos y cocrear las soluciones a los problemas locales y nacionales. A continuación, presentamos un cuadro que ilustra estas posturas:

Tabla 1. Formas de transparencia

¿Cómo se atiende la transparencia? Reglas	¿Qué datos son liberados?	Resultados del modelo
<p>Transparencia reactiva (pasiva)</p> <p>Bajo reclamo y ejercicio del derecho de acceso a la información.</p> <p>Transparencia proactiva</p> <p>Liberación de datos. Publicación activa como obligación o práctica habitual o estandarizada de la administración.</p> <p>Transparencia colaborativa</p> <p>Trabajo en red, inteligencia colectiva y la cocreación para la creación de valor público.</p>	<p>Datos e información general vinculados a la organización y su quehacer.</p> <p>Big data: grandes volúmenes de datos en poder de las administraciones.</p> <p>Transparencia focalizada</p> <p>Información/datos específicos</p> <p>Bien solicitada o bien identificada como más relevante.</p>	<p>Transparencia clara</p> <p>Claridad con respecto al desempeño institucional</p> <p>Transparencia opaca</p> <p>La opacidad no ayuda al control ciudadano</p>

Fuente: Tomado de: Villoria Mendieta & Cruz-Rubio, 2014, p. 13.

Con estos elementos podemos afirmar que la transparencia trae varios aspectos valiosos para el fortalecimiento de la democracia y la mejora de las estrategias de administración pública (Cotino, 2012, pp. 27-39). Estos beneficios los podemos resumir así:

- Mayor cercanía del ciudadano con la administración y del político con el ciudadano
- Mayor receptividad de la administración
- Mayor capacidad de respuesta y mejor funcionamiento interno
- Mayor eficiencia por la reducción de costes y la simplificación del trabajo
- Mayor eficacia y calidad en la prestación de los servicios
- Mayores posibilidades de creación de valor público más allá del gobierno

Ahora bien, estos beneficios estarán directamente relacionados a la aplicación de los modelos de transparencia ya descritos. Es decir, en el marco de la

transparencia colaborativa, seguramente los niveles de creación del valor público del gobierno, su capacidad de respuesta como la calidad de los servicios, será mayor que en el modelo reactivo. En todo caso, consideramos que, si bien es claramente deseable transitar hacia el modelo colaborativo, la presencia de la transparencia reactiva es valiosa, en el caso de tener un escenario con una ausencia absoluta de ella.

No obstante estos modelos, los gobiernos no siempre apuntan a la comprensión transformadora de la transparencia, sino que actúan conforme a las agendas locales e internacionales, que implican un uso diverso del concepto y no siempre implican actuaciones positivas de estas administraciones. Desde este tipo de análisis, podemos plantear tres escenarios de comprensión de la transparencia y el gobierno abierto (Sandoval Ballesteros, 2013, pp. 103-134): el concepto burocrático formal; el concepto fundado en las relaciones públicas y la crisis de la legitimidad; y el concepto democrático expansivo o de empoderamiento ciudadano.

El concepto burocrático de la transparencia puede definirse como la “racionalización organizacional” de la administración pública, con el fin de inyectarle una dosis mínima de higiene burocrática, cuyo propósito es mejorar el control de los recursos básicos y la vigilancia de la implementación de la llamada “cultura de la legalidad” entre la ciudadanía y los funcionarios públicos” (Sandoval Ballesteros, 2013, p. 131). Este eje de comprensión de la transparencia plantea que el problema se debe a las carencias que presentan los servidores públicos como agentes del Estado, conduciendo a formas locales de corrupción.

De esta forma, la corrupción es un problema aislado y cultural, que implica la creación de entes y campañas que promuevan la lucha contra estas manifestaciones “equivocadas” de concebir lo público. Solo se plantean medidas profundas para comprender los delitos de corrupción como macodelincuencia y, en relación, la crisis de legitimidad del Estado mismo. Sin embargo, este tipo de estrategias son instrumentales para aseverar que los Estados luchan contra la falta de transparencia (Cázares, 2013, pp. 335-381). Este modelo implica una transparencia poco o nada proactiva, que comprende el problema como un aspecto alejado de la ciudadanía y más como una necesidad de rediseñar y concebir lo burocrático, para luchar contra la corrupción sin compromisos muy serios al respecto.

Por su parte, la transparencia como un instrumento para las relaciones públicas puede definirse como:

•La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto•

El discurso que abusa del lenguaje de la transparencia y la rendición de cuentas con el objeto de lograr la legitimidad y estabilidad del gobierno y alcanzar la confianza de inversionistas y otros actores sociales con poder vis-a-vis las demandas ciudadanas que pugnan por atacar de raíz la corrupción y terminar con la opacidad (Sandoval Ballesteros, 2013, p. 132).

La transparencia es comprendida en este contexto como una herramienta de relegitimación, pero no de profundización democrática. Esto significa que su apuesta es una estrategia de medios externa para plantear en el ámbito interno la apuesta por una aparente modernización de sus aparatos burocráticos y de un lenguaje acorde con este objetivo, pero que, lamentablemente, no trasciende en las raíces del problema de la legitimidad como asunto político social. Esta estrategia tiene una importante motivación elaborada desde la perspectiva de la globalización del capital, que implica obligaciones en esta materia. En efecto, los costos que implica la corrupción tienen tanto una lectura interna como freno al desarrollo y a la inversión, como su cara externa, que tiene que ver con el aumento de los costos de las inversiones, dado que diferentes autoridades exigen pagos para realizar contrataciones a todo nivel.

Tanto el Banco Mundial como la OCDE (2015) siguen con detenimiento los avances en la lucha contra estas formas de corrupción, que no implican necesariamente, como advertimos, la generación de mejores condiciones de equidad que promuevan la democracia material y, con ella, el ejercicio de una ciudadanía social activa, sino la creación de esquemas homogéneos que permitan la movilidad del capital conforme su interés. Es un modelo que se ajusta, además, a los lamentables problemas de déficit democrático (Massal, 2010) de los gobiernos latinoamericanos y que encaja con la necesidad de enfrentar los problemas de legitimidad del modelo presidencialista, el cual pone su apuesta en el liderazgo del presidente para avanzar en estas materias. Por ello, es común encontrar oficinas anticorrupción o de transparencia en varios gobiernos nacionales.

Por otra parte, tenemos el proyecto que comprende la transparencia desde una perspectiva democrática-expansiva, entendiéndola como una herramienta orientada a mejorar el desempeño de la democracia: “Este concepto entiende a la transparencia como un instrumento de acción colectiva diseñado para hacer efectiva la rendición de cuentas, combatir la corrupción y desarticular el sistema de impunidad y privilegios” (Sandoval Ballesteros, 2013, p. 136).

Este tipo de aproximación comprende que la transparencia es más que un cliché o una política para llenar las expectativas de los inversionistas extranjeros, para tomarse en serio la construcción de mecanismos que profundicen la participación como fundamento del modelo del Estado constitucional. Es una propuesta que implica una visión compleja de ciudadano y de administración, dado que apunta tanto a la alfabetización participativa de los sujetos sociales, como a una forma garantista y proactiva de Estado como verdadero garante de los derechos. Es, desde luego, compatible con el modelo de transparencia colaborativa a la que nos referimos y que implica un verdadero norte garantista como apuesta por la profundización de la participación ciudadana y el desarrollo sostenible.

En el caso colombiano, se han hecho importantes avances en la materia, sobre todo desde el punto de vista legal y técnico, pero, desafortunadamente, estamos lejos aún de un proyecto de democracia expansiva, pues estas normas no han impactado la sociedad como para promover un esquema de participación que disminuya considerablemente los índices de corrupción y fortalezca la legitimidad del Estado, desde su mirada más proactiva y no solo como objeto de una política mediática.

Colombia, según Transparencia Internacional (2015), ocupa el puesto 83 entre 168 en el Índice de Percepción de la Corrupción, con un puntaje de 37 sobre 100. La Procuraduría General de la Nación, con el apoyo de otras instituciones del sector, desarrolla, desde el 2010, el Índice de Gobierno Abierto (IGA). El IGA es un indicador sintético que mide el cumplimiento de normas estratégicas anticorrupción. Se entienden como normas estratégicas anticorrupción aquellas disposiciones que buscan implementar medidas preventivas en el sector público, en el marco de las convenciones Interamericana y de Naciones Unidas de lucha contra la corrupción.

El informe 2013-2014 (Procuraduría General de la Nación, 2014), que es el último disponible, señala que el IGA nacional es de 69.3. Los departamentos que más se destacaron fueron: Meta, Antioquia, Tolima y Nariño. Por su parte, los que obtuvieron menores puntajes fueron: Vaupés, Guaviare, Vichada y Amazonas. Meta, el primero en la lista, obtuvo 91.8 y Vaupés, el último, 50.5.

En el caso de los municipios, los mejores evaluados fueron: El Retiro con 91.0, Envigado con 90.5 y Rionegro con 89.5, todos de Antioquia. Los peores evaluados fueron: Guamal (Magdalena) con 28.2, Altos del Rosario (Bolívar) con

•La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto•

33.6 y Los Córdoba (Córdoba) con 35.0, todos de la región de la Costa Caribe. En el comparativo del IGA del período 2010-2013 se observan los siguientes puntajes generales: 55.6 (2010), 58.4 (2011), 73.9 (2012) y 70.0 (2013).

Respecto al logro de la política de gobierno en línea, se tienen índices de gobierno abierto de 38.6, de eficiencia electrónica de 38.6 y de servicios en línea de 46.7. En un ponderado de todos los factores, tenemos un índice 49.8. Esto quiere decir que aún falta mucho camino por recorrer para tener unos indicadores satisfactorios, pero el esfuerzo, al menos por mejorar los procedimientos e infraestructuras que fortalecen el gobierno abierto, ha avanzado en corto tiempo.

Las políticas públicas y un modelo de gobernanza

La distinción clásica entre política y política pública (*politics-policies*) resulta útil para analizar cómo se orienta la acción del estado dentro de la unidad de lo local o, dicho en otras palabras, desde la descentralización. La política, las formas de hacer política y la ubicación de los actores políticos responden a un modelo de intereses que puede estar relacionado o no con las necesidades que expresan los habitantes de un lugar. Esto es así sobre todo en el marco de sistemas políticos regidos por fenómenos de caciquismo o gamonalismo (Leal Buitrago, 1990), puesto que la articulación de intereses dentro de la clientela del político local se convierte en el principal motor de la política georreferenciada y de las políticas públicas.

De esta forma, la dimensión de las *policies* como manifestación de la acción concienzuda del Estado se ve desbordada por la lógica clientelar. Así, el modelo de descentralización y derechos encuentra resistencia por parte de estas clientelas, dado que implican una nueva lógica de gobernabilidad y de gobernanza.

Gobernabilidad y gobernanza

La gobernabilidad puede ser definida como “la capacidad de las sociedades y sus subsistemas políticos de tomar decisiones o iniciar en reacción a unas demandas o necesidades” (Jolly, 2002, p. 3), mientras que la gobernanza cobija las ideas de conducción de las acciones concretas del Estado. La gobernanza sugiere entender la articulación de los diferentes tipos de regulación de un territorio, a la vez en términos de integración política y social y en términos de capacidad de

acción (Jolly, 2002). En síntesis “la gobernabilidad es, sencillamente, la posibilidad de gobernar, la gobernanza es una manera de gobernar” (Lair, 2004).

Estas nociones muestran el reto que entraña el trabajo de las políticas públicas, y en especial las construidas en perspectiva de derechos y de fortalecimiento de la democracia, ya que en Colombia se observan bajos niveles de gobernabilidad debido a la debilidad del Estado, principalmente fuera de los centros de poder. En este escenario de resquebrajamiento de la consolidación de la soberanía interna, se crean diferentes formas de gobernanza que en muchas ocasiones responden a esquemas relacionados con redes clientelares fuertemente organizadas, que definen la manera de hacer política y las políticas públicas.

La idea es replantear los esquemas de gobernanza locales y centrarlos en el discurso de la participación y de los derechos, lo cual permita la formulación de diagnósticos y proyectos, así como de sistemas de seguimiento capaces de mejorar la gestión pública y fortalecer la ciudadanía.

La gobernabilidad de las áreas de colonización en donde el Estado no ha hecho presencia se encuentra con el reto de establecer las relaciones entre lo público y lo privado, de manera tal que se puedan fortalecer los mecanismos que aseguran el bienestar de las comunidades desde la perspectiva de la protección de los bienes públicos. Pero en esta recuperación de los espacios del Estado, se debe tener en cuenta, que no es a través de la fuerza que estos procesos se echan a andar, sino que se requiere de un esquema de integración capaz de aportar elementos de concertación que contribuyan al fortalecimiento de los derechos. De igual forma, no parece prudente, por parte del Estado o de los gobiernos de turno, una reconstrucción de modelos de gobernabilidad, sin antes establecer cuáles son los esquemas de gobernanza que pueden operativizarse en las localidades, así como indagar sobre las formas tradicionales en que el manejo de los asuntos públicos ha sido manejado como estructura básica de la gobernanza de cada una de las comunidades.

En conclusión, la gobernabilidad debe fundarse en un vínculo de legitimidad que nace de la confianza en las instituciones y no en la represión o el castigo, y la gobernanza más que un concepto es un proceso de recolección de buenas prácticas articuladas en nodos de relaciones entre actores decisivos para el bienestar de las personas.

A continuación, realizaremos una revisión de las normas constitucionales y legales más relevantes que sirven como fundamento de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública en Colombia.

El marco normativo nacional e internacional sobre la transparencia y los estímulos al buen gobierno. El caso concreto del Derecho de Acceso a la Información Pública

Para comprender parte de los desarrollos legales y, en especial, del derecho de acceso a la información pública, es necesario recrear el contexto internacional que los soporta, puesto que buena parte de estas iniciativas locales provienen de dinámicas internacionales, ya sea desde la perspectiva de los órganos multilaterales de cooperación o banca, o de organismos encargados de la promoción de derechos humanos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de los Estados Americanos (OEA). Vale la pena recordar que los tratados internacionales generales contienen el derecho a la información y expresión y que, a partir de estos, se fundamenta la reflexión sobre la importancia de su desarrollo. Ejemplos de esto son el artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Individuales, Civiles y Políticos. Al respecto señala la CIDH:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho de acceso a la información se “ampara [en] el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención [Americana] el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

De igual manera, se destaca la creación de documentos importantes para el análisis de la normatividad existente, y su compatibilidad con el marco convencional sobre el tema. Al respecto, tenemos el informe sobre *El derecho de acceso a la Información Pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales* (Organización de los Estados Americanos, 2011), que es aplicado en la ley colombiana.

Por su parte, la ONU viene debatiendo el tema en diferentes instancias. Uno de los esfuerzos más importantes en este sentido se dio en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), organizada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y las Naciones Unidas en el año 2003. En este evento, 175 países, incluido Colombia, firmaron la Declaración de Principios de Ginebra, la cual promulga:

Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, [...] declaramos nuestro deseo y compromiso comunes de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos (CMSI, 2003).

En la actualidad, como fruto de estos desarrollos, se destaca la importancia que este organismo ha dado al derecho de acceso a la información pública para la consolidación de la democracia y el ejercicio de otros derechos, puesto que se reconoció en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas la inclusión del tema, en particular con el objetivo 16.10, que busca “garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales” (PNUD, 2016).

De manera concreta, tenemos otras manifestaciones internacionales en diferentes declaraciones y principios como: las Recomendaciones sobre Acceso a la Información de la OEA, la Declaración de Chapultepec; los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información; los Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información del Comité Jurídico Interamericano; la Declaración de Atlanta y Plan de Acción para el Avance del Derecho de Acceso a la Información; la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, entre otros documentos no vinculantes.

Además, Colombia se ha vinculado con iniciativas como la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA). Los acuerdos firmados y ratificados por el país incluyen la Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la Convención de las Naciones

Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y el Mecanismo de Seguimiento de su Implementación (Mesicic).

Como se observa, se presenta en la última década un importante movimiento de promoción del gobierno abierto y de desarrollo del derecho de acceso a la información pública. Por ejemplo, la actual Ley de Transparencia utilizó como guía los estándares establecidos por la OEA en la Ley Modelo de Acceso a la Información (OEA, 2010).

Por su parte, la Constitución Política de 1991 plantea diversas normas relacionadas con los derechos de los ciudadanos a acceder a la información, a presentar quejas o reclamos, a participar en los asuntos públicos y promover la moralidad administrativa. Se encuentra de forma destacada a este respecto el derecho de información, plasmado en el artículo 20 de la Carta, en sus dos dimensiones: la de informar y la de ser informado.

Desde antes de la Constitución existían no solo regulaciones sobre el derecho de petición mismo, establecidas en la Constitución de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo, sino también en la Ley 57 de 1985, por medio de la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales. En su artículo 12, la ley establece que en la medida en que no sean materia de reserva legal o versen sobre temas que involucren la seguridad nacional, toda persona tiene el derecho de acceder a los documentos que reposen en los archivos de las entidades públicas y a obtener copias de los mismos.

Como desarrollo normativo actual sobresaliente, tenemos la Ley 1266 de 2008 o Ley de Protección de Datos, que establece el régimen de los derechos derivados de la titularidad de la información, y la Ley 1712 de 2014, o Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional. Ambas normas favorecen el desarrollo de los mecanismos del gobierno abierto y establecen un régimen de obligaciones estatales, corporativas e individuales.

El artículo 23 de la Carta dispone los términos generales del derecho de petición, desarrollado en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que establece los mecanismos electrónicos para su presentación y concordado con la Ley de Protección de Datos. De forma complementaria, la Constitución, en su artículo 74, plantea el concepto básico de transparencia señalando: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Por

su parte, el artículo 78 establece el derecho a la información sobre la comercialización de bienes y servicios.

Al respecto, la Corte Constitucional destaca al menos tres funciones estructurales del derecho de acceso a la información pública dentro de nuestro ordenamiento constitucional (Sentencia C-274, 2013):

En primer lugar:

El acceso a la información pública garantiza la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos (...) Este derecho entonces constituye una garantía que materializa el principio de democracia participativa sobre el cual se estructura el Estado colombiano, que a su turno fortalece el ejercicio de la ciudadanía, en tanto permite “formar “un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico” que pueda ejercer un debido control de la actividad del Estado.

En segundo lugar:

El acceso a la información pública cumple una función instrumental para el ejercicio de otros derechos constitucionales, ya que permite conocer las condiciones necesarias para su realización (...) En consecuencia, el ejercicio de los derechos humanos, y en especial de los derechos de libertad e igualdad política, tienen como presupuesto indispensable el acceso a la información. Esa relación instrumental del derecho a acceder a la información pública también existe para alcanzar fines constitucionalmente legítimos, como lo son asegurar que las autoridades y agencias estatales expliquen públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder que han delegado en ellos los ciudadanos, así como el destino que le dado a los recursos públicos; y garantizar el cumplimiento de deberes constitucionales y legales por parte de la ciudadanía.

En tercer lugar:

Garantiza la transparencia de la gestión pública, y por lo tanto, se constituye en un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal. “ Concretamente, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que: “(...), la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexos.

Continuando con la revisión constitucional, en el articulado que regula la función pública se establece el deber específico de los servidores públicos de

declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas (artículo 122), y la sujeción al principio de transparencia en los procesos de provisión de empleos públicos (artículo 125). De igual forma, en el artículo 209 se establecen la moralidad, imparcialidad y publicidad como principios rectores de las actuaciones administrativas. Para la conformación de la Contraloría, en el artículo 267 se instituye la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos públicos y, en los artículos 275 y 277, relacionados con el Ministerio Público, la defensa de los intereses públicos y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñen funciones públicas.

Es destacable que la Ley 472 de 1998, que regula las acciones populares incorpore en su artículo 4º, numeral b, la moralidad administrativa como un bien sujeto a protección. Al respecto, el Consejo de Estado la ha comprendido como:

... el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social. En el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos (Expediente: AP-054, 2001).

De esta manera, podemos comprender la moralidad en dos dimensiones:

La primera:

Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquel parámetro Normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen la función administrativa, una obligación axiológica y deontológica del comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período determinado (Expediente N.º 41001-23-31-000-2004-00540-01, 2011).

La segunda:

En un segundo nivel, la moralidad administrativa como derecho colectivo, supone una visión dual con relación a la formulación y a los efectos de su eventual amenaza o vulneración, puesto que la protección de la moralidad administrativa como derecho colectivo se invoca en dos sentidos: de un lado, en términos negativos, lo que conlleva a la abstinencia de ciertas conductas, o en términos positivos, que no es otra cosa diferente a la realización material de un determinado acto o hecho (Castillo Castillo, 2013, p. 98).

Aunque la aplicación de la moralidad administrativa ha presentado grandes problemas por la dificultad de su definición, no deja de tener una importancia en la construcción de las herramientas para derrotar la corrupción.

Antes de continuar con la revisión jurídica del tema, es importante comprender teóricamente cómo se estructuran estas obligaciones en la conjunción del concepto de derechos humanos y de los derechos fundamentales, para que a partir de esta distinción se comprenda más adelante la obligatoriedad de los mandatos normativos nacionales e internacionales.

Los derechos humanos y los derechos fundamentales

Para algunos teóricos la distinción no tiene sentido, sin embargo, en el plano operativo y, en especial, de nuestra cultura jurídica, la diferenciación entre derechos humanos y derechos fundamentales cobra importancia debido a la interpretación que los actores locales suelen hacer a las fuentes del derecho. En un plano estrictamente teórico se encuentra que mayoritariamente la doctrina acepta que los derechos humanos responden al discurso internacional, en el cual los Estados suscriben compromisos internacionales frente a sus iguales y, bajo las condiciones del Derecho Internacional Público, cumplen con esas obligaciones. Esta situación hace de los derechos humanos un discurso ampliamente permeado por discusiones tanto de política internacional como interna, lo cual debilita las condiciones de exigibilidad que ellos deberían tener. Esto se evidencia en las acciones posibles de reclamo, principalmente en la jurisdicción internacional: no contenciosas, cuasicontenciosas y contenciosas¹; todas ellas, aunque importantes para el desarrollo doctrinal del discurso de los derechos, aún bastante débiles en términos de exigibilidad jurídica e incluso política.

Ante esta circunstancia, y haciendo una reflexión de los quehaceres de nuestras administraciones locales y regionales, los desarrollos internacionales terminan diciendo poco a estos operadores y, aunque nuestra Corte Constitucional ha reconocido el valor constitucional de muchos de estos contenidos, e incluso ha utilizado reiteradamente jurisprudencia de cortes internacionales y doctrina de órganos cuasicontenciosos, como la Comisión Interamericana, y no contenciosos como los

.....
1 En detalle, su alcance y contenido en: Villán Durán, C. (2006). Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid: Trotta.

relatores especiales, la eficacia normativa sigue siendo incipiente. De esta manera, la reiteración positiva de las obligaciones del Estado a nivel local se hace importante dado que, aunque no es necesaria en virtud de la concepción de materialidad de nuestra Carta Fundamental, sí lo es para enfrentar fenómenos de una cultura jurídica que se resiste a esta lectura, afectando en últimas las labores de protección y prevención que le competen a estas autoridades.

Afortunadamente, las leyes de Protección de Datos, Transparencia y Participación Política brindan un importante impulso al tema, respaldando jurídicamente su exigibilidad y no dejando grandes espacios de interpretación de los textos del *soft law*, que se convierten en una talanquera para que los elementos de la transparencia puedan impulsarse en el nivel local.

Por otra parte, el discurso constitucional de los derechos fundamentales, como derechos que poseen una garantía reforzada (mecanismos de reclamo judicial directo, tutela, constitución rígida, reforma especial, etc.) y cualificación en el Estado constitucional, si bien enfrentan un panorama mejor que los derechos humanos como discurso, también aparecen en el escenario local como asunto de los jueces, y se hace poco por desarrollar estrategias de protección y prevención.

Este escaso nivel de eficacia del desenvolvimiento diario de la vida local se evidencia aún más cuando las políticas públicas del municipio no tienen —o si las tienen, son fragmentarias— actuaciones sistemáticas en temas transversales de derechos y de fortalecimiento de la democracia.

Ante esta circunstancia, desarrollar las ideas de política pública, derechos humanos y derechos fundamentales es necesario como estrategia de actuación en lo local. Esto tiene especial importancia cuando se reconoce un circuito de política pública hecho desde la perspectiva de la urgencia o la estrategia política, exclusivamente, y no como una reflexión desde los núcleos de los derechos afectados. La reconstrucción de las rutas de políticas locales fundadas en la información que brinda la administración fortalece el vínculo con los mandatarios locales y produce efectos positivos en el fortalecimiento de la participación y la generación de soluciones innovadoras para el cubrimiento de necesidades (Reyes Guido, 2014, p. 74) en clave de derechos.

Así las cosas, el derecho de acceso a la información pública, en sus niveles de abstención y garantía, puede convertirse en una punta de lanza para la recreación de formas diferentes de pensar lo local y de comprender los vínculos

entre gobernantes y ciudadanos. Si bien este derecho se ve potenciado desde la perspectiva del uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), también es cierto que las normas permiten otros medios análogos, a pesar de que estos no tienen la potencialidad ni los menores costos que ofrecen los digitales.

Aunque el derecho de acceso a la información pública y la transparencia no comportan solo las actuaciones que pueden desarrollarse a través de las tecnologías de la información y la comunicación, su implementación sí cambia la forma de comprensión de los derechos relacionados y de la ejecución misma en el orden legal y administrativo que tiene el Estado (Valero Torrijos, 2010).

Algunos de estos impactos son:

- a. **Las TIC como mecanismos de protección de otros derechos.** Es una de las áreas más dinámicas. Se destaca la creación de mecanismos institucionales y técnicos para garantizar que los datos de diferente naturaleza puedan ser integralmente protegidos. Esto significa tanto la publicidad del dato público, como la veracidad y la adecuada utilización de los datos privados. En Colombia, la Ley 1581 de 2012 regula de forma profunda esta materia.
- b. **Las TIC como herramientas para desarrollar otros derechos y valores constitucionales.** Se reconoce que derechos como el habeas data, la intimidad y el buen nombre de manera frecuente se ven relacionados con el acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. Además, derechos como la seguridad social, la salud, el trabajo, la libertad de cátedra, la libertad de expresión, la petición, la propiedad, entre otros, se encuentran cada vez más estrechamente relacionados con el uso de estas tecnologías. Este uso no solo es un asunto perimetral del derecho, sino que, en ocasiones, afecta de forma directa su desarrollo y protección. En los casos, por ejemplo, del derecho de petición y del derecho de expresión el uso de las TIC representa la disponibilidad de uso y garantía del derecho.
- c. **Las TIC como elementos en la materialización de la democracia.** En consonancia con las ideas de la ciudadanía digital, la democracia cada vez más se desarrolla en ambientes virtuales o con herramientas que implican el acceso y la alfabetización digital. La participación política, el derecho de asociación e incluso de reunión tienen en los ambientes virtuales un

espacio cada vez más importante. Por otro lado, así como se ha afirmado la imposibilidad de comprender la democracia sin la materialización de garantías a partir de la posguerra, de igual manera la ausencia de disponibilidad de las TIC y de acceso a internet, representan una talanquera clara para la existencia de la democracia material.

d. Las TIC como mecanismos para el alcance de la igualdad material.

La inclusión digital. Como consecuencia de lo anterior, el acceso mismo a las TIC representa un importante reto de los gobiernos globales, puesto que la existencia de la brecha digital, que representa una elongación de la brecha socioeconómica existente en el mundo, debe adjuntar a sus Objetivos del Milenio, no solo metas respecto al agua potable o la lucha contra ciertas enfermedades, dado que las herramientas que brindan las TIC y el internet, sirven como medidas eficaces en contra de esta exclusión.

La Ley de Transparencia del Derecho y del Acceso a la Información Pública Nacional

Aunque, como se observó, el derecho de acceso a la información ya contaba con consagraciones constitucionales originarias, era necesario contar con un marco normativo que robusteciera el concepto que encierra la transparencia, como valor fundamental en la democracia contemporánea, y desarrollara los principios y alcances del acceso a la información pública, en especial, la determinación de cuál es la información susceptible de ser opacada o no conocida públicamente.

Al respecto se destaca el principio de máxima publicidad, establecido en el artículo 2° de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional: “Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”.

A partir de esta definición, merece la pena una revisión de los aspectos más destacados de la Ley, especialmente de los principios que la sostienen y que se convierten en el canon general de interpretación de la norma misma y de las otras normas que orientan la actuación pública, las cuales, más adelante, conformarán el núcleo del análisis de las obligaciones locales de protección del derecho de acceso a la información pública.

Los principios de la Ley de Transparencia

Aunque algunos de ellos existen en nuestro ordenamiento desde hace décadas, su reinterpretación frente a la luz de las demandas de la sociedad de la información y del gobierno abierto, hace necesaria una nueva revisión. De igual forma, otros principios son novedosos en el sistema jurídico colombiano, lo que hace también importante resaltar su existencia y papel.

Principio de máxima publicidad de titular universal

La publicidad es un elemento básico de la transparencia dentro de un Estado social de derecho; pero este principio no es una creación actual en virtud de la modernidad, sino que tiene un pasado remontable a las épocas del constitucionalismo inglés y la conformación de las cámaras parlamentarias en Inglaterra. La idea de la publicidad o, en otras palabras, la posibilidad de conocer lo que deliberan los parlamentarios se gestó gracias a unos panfletos denominados *New Letters*, los cuales daban cuenta de los debates de las cámaras inglesas estableciendo información bastante imprecisa. Por ello, las cámaras se vieron en el deber de poner a disposición los *votes and proceedings*² buscando establecer un reporte de la actividad parlamentaria y tratando de romper con la tradición secretista de la política.

Por todo esto, y como lo menciona De Vega García sobre Bentham en cuanto a la ley de publicidad, la idea de la misma es orientarse hacia “asegurar la pública confianza, y, hacer con ello que avance constantemente hacia su finalidad como institución” (De Vega García, 1985, pp. 45-66), la cual será el efectivo e idóneo ejercicio del legislador.

En Francia, el principio de publicidad fue desarrollado de la misma manera constituyéndolo como “garantía esencial para la libertad política” (Esmein, 1985, pp. 369 y ss.), tanto así que en la Constitución de 1791 (Asamblea Nacional Francesa, 1791)³ se estableció la publicidad de las deliberaciones del cuerpo legislativo en forma de actas.

² *The votes and proceedings* es el registro formal de la Cámara de los Comunes del Reino Unido para un día determinado, publicado al siguiente día hábil. Aún se utiliza esta figura.

³ Específicamente en el Título III, Capítulo II, Sección 2da, Disposición de la Sesiones y forma de deliberar, artículo primero.

Después del fenómeno constitucional francés y de las implicaciones en el resto de los países herederos de esta tradición, es claro denotar la tendencia hacia la inserción de este principio orientado hacia la publicidad en todas las ramas del poder, la cual potencialmente tiene dos elementos: (1) la publicidad permite filtrar los prejuicios dañosos de la política en razón de la vocación altruista del legislador; y (2) la publicidad pretende ser el mecanismo de control frente a la arbitrariedad, la corrupción o la justicia, siempre dentro del margen de lo que concebimos como democracia. El sentido de este acercamiento histórico solo pone de manifiesto la constitucionalización y legalización formal del principio de publicidad, acompañadas de una no menos importante defensa doctrinal y aceptación teórica del mismo.

Concepto y alcance

Acercándonos al concepto del principio de máxima publicidad de titular universal establecido en la normatividad colombiana en el artículo 2° de la Ley 1712 de 2014, es pertinente tomarlo como el principio rector del derecho a buscar, recibir y difundir información y, al mirarlo mucho más de cerca, dentro de la esfera estatal, puede entenderse como un deber de información del Estado, el cual establecerá los caminos en pos de proveer la información de manera accesible y pública, salvo algunas excepciones. Desde luego, el tema del acceso a la información, sobre todo en el caso estatal, constituye una cuestión ética que se dilucida en el establecimiento de límites a la manera de proceder de los funcionarios pertenecientes a las entidades del Estado.

Así pues, el principio de máxima publicidad propende hacia un sistema jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general; sin embargo, no es fácil dar una definición clara de este principio y, por ello, podemos apelar al tenor de las palabras arguyendo que la “publicidad” proviene de lo que entendemos como “público” y esto, a su vez, puede definirse como ese elemento notorio, claro y sabido del cual goza cierto ítem, en este caso la información estatal. Con todo esto, es predicable la búsqueda de la notoriedad y del carácter manifiesto de las actuaciones de los órganos del Estado, posibilitando que cualquier persona pueda acceder a tal información.

El principio de publicidad universal genera tres implicaciones⁴ de importancia, las cuales son susceptibles de análisis detallado. Estas son: (1) el sometimiento de la publicidad universal a algunas excepciones determinadas; (2) dichas excepciones deben estar debidamente fundamentadas; y (3) en casos de vacío legal, el acceso a la información prima.

Excepciones determinadas de la publicidad

Generalmente, suele pensarse que el derecho de acceso a la información posee un calificativo de “absoluto”, el cual reviste importancia a la hora de su exigencia; sin embargo, este derecho debe respetar algunas limitaciones que tienen mayor peso específico frente al postulado de la publicidad de la información. Dichas restricciones poseen un carácter excepcional, es decir, la regla general se orienta hacia la publicidad; no obstante, se da pie a casos específicos donde está permitido el secreto, siempre y cuando haya una orden legal de no divulgación de información. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido mediante su jurisprudencia que el principio de máxima divulgación “establece la presunción de que toda información sea accesible y sujeta a un sistema restringido de excepciones” (Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C N.º 151, párr. 92).

En la normatividad colombiana, el artículo 74 Superior dilucida de manera clara el derecho de acceso a la información siempre y cuando dicha información no sea reservada mediante ley. Igualmente, en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Cpac) se ha dispuesto en el artículo 3º, numeral 9, el principio de publicidad de los actos, los contratos y las resoluciones administrativas emanadas por entidades estatales, propendiendo por la obligatoriedad de la publicidad, siempre y cuando la ley lo determine.

La Honorable Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre este tema aduciendo el no carácter absoluto del acceso a la información, así:

.....
4 Estos ítems han sido desarrollados por diferentes órganos internacionales, incluso la Honorable Corte Constitucional los ha invocado en sentencias concernientes al tema. Véanse: Sentencia C-540 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio) y Sentencia T- 511 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto).

... en este sentido, la Corte ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública no es absoluto. Una de las razones por las cuales puede limitarse es la protección de la seguridad nacional y el orden público frente a graves amenazas que sólo pueden ser conjuradas a través de medidas restrictivas. Ahora bien, en todo caso, la medida restrictiva debe encontrarse contenida en una ley, ser útil, necesaria y proporcionada a la finalidad que persigue y ser compatible con una sociedad democrática, en los términos estudiados en los fundamentos anteriores de esta providencia (Sentencia C-491, 2007).

Adicionalmente, la Corte se pronunció acerca de este principio en la Sentencia C -274 de 2013 de la magistrada María Victoria Calle Correa, en la cual este tribunal realizó el control pertinente al proyecto de ley estatutaria estableciendo:

... este principio (...) puede estar sujeto a limitaciones, pero también precisa que dichas limitaciones están sometidas a estrictos requisitos, lo cual resulta no sólo compatible con lo que establece el artículo 74 de la Carta, sino también con los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (Art. 93 CP), en particular, con el artículo 13.2 de la Convención Americana, que exige que se trate de limitaciones realmente excepcionales, consagradas en una disposición de carácter legal o constitucional, y obedezca a objetivos legítimos, de necesidad y estricta proporcionalidad, tal como se desarrolla puntualmente en el artículo 3° y en título III. (...) Las reservas autorizadas en la ley están sometidas a límites materiales y temporales, al exigir para su mantenimiento, entre otras cosas, que efectivamente comprometan derechos fundamentales, o intereses y fines constitucionales imperiosos, manteniéndose la reserva por un plazo razonable, vencido el cual, el público tendrá derecho a conocer la respectiva información.

Fundamentación de las excepciones de la publicidad

Esta implicación del principio de máxima publicidad involucra el deber del Estado y, por consiguiente, de sus entidades de probar claramente la necesidad imperiosa de las excepciones al libre acceso a la información. En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante la relatoría de Catalina Botero Marino, ha discernido que efectivamente “la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada” (OEA, 2011), buscando limitar las actuaciones abusivas del Estado con los solicitantes. En este sentido, la Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE (2004) ha determinado que:

Cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes, sin embargo, las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación ‘secreta’ para evitar la divulgación de información que es de interés público, por lo cual las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberán establecer límites generales con respecto al período de tiempo durante el cual los documentos pueden mantenerse secretos, e igualmente dichas leyes deberán estar sujetas al debate público (ONU, OSCE & OEA, 2004).

La Corte Constitucional, estableció en la Sentencia C-274 de 2013 algunas reglas específicas en materia de reserva de información, las cuales son importantes para la eficacia y efectividad del derecho de libre acceso a la información. A continuación, expondré algunos ítems a tener en cuenta:

- a) **La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público, pero no de su existencia (Sentencia C-274, 2013; Sentencia T-216, 2004):** es posible que haya documentos de una relevancia superlativa los cuales sean susceptibles de mantener en secreto; sin embargo, no es posible omitir la existencia de los mismos. La Corte, al respecto, ha dicho:

Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.).

- b) **La reserva legal solo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales, pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta⁵:** es aplicable la reserva cuando la divulgación de la información pueda violentar derechos fundamentales o bienes constitucionales. Esta reserva deberá ser motivada para erradicar cualquier falta de justificación.
- c) **La reserva legal no puede cobijar información que por decisión constitucional deba ser pública:** la reserva, claramente, no podrá ser

.....
5 Un claro ejemplo de reserva podría ser el no conocimiento de los nombres de las víctimas de la violencia que soportaron tratos degradantes, en aras de no interferir con el derecho al buen nombre.

solicitada o establecida cuando se trate de temas⁶ que constitucionalmente son públicos.

- d) **La reserva debe ser temporal (Sentencia C-038, 1996). Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término, debe levantarse:** la reserva no tiene vocación de permanencia y, en este entendido, es inconstitucional extender la reserva más allá del plazo establecido, debido a que se genera una desproporción violentando el derecho a acceder a la información.
- e) **Durante el período amparado por la reserva, la información debe ser adecuadamente custodiada de forma tal que resulte posible su posterior publicidad (Sentencia C-370 de 2006):** el hecho de que cierta información sea de carácter reservado no quiere decir que nunca se podrá conocer de la misma; por ello, es deber de la entidad procurar la conservación de la información para que, cuando la reserva termine, el usuario pueda hacer un efectivo uso de su derecho de acceso a la información pública.
- f) **La reserva cobija a los funcionarios públicos, pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla (Sentencia C-038, 1996):** los funcionarios públicos no podrán dar información de asuntos reservados. Los periodistas no podrán ser censurados por conseguir información reservada.
- g) **Posibilidad de establecer límites (reservas) siempre y cuando se busque proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos⁷:** en este sentido la Corte ha determinado que:

Las limitaciones del derecho de acceso a la información pública serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente

.....
6 El contenido de las leyes de la República, el trámite legislativo, los nombres de los servidores públicos de elección popular, entre otros.

7 Seguridad nacional, orden público, salud pública, entre otros.

protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público (ONU, OSCE & OEA, 2004).

Casos de vacío legal y primacía del derecho de acceso a la información

El derecho al libre acceso a la información ha sido desarrollado hace muy poco en comparación con otros derechos de este talante, por esta razón, en algunos países no se ha desarrollado de manera efectiva o, simplemente, no está regulado efectivamente. Por ello, y para evacuar ese eventual vacío legal, es dable propender por la prevalencia del derecho a la información sobre legislaciones restrictivas. Esta exigencia se estableció buscando que los Estados desarrollen con celeridad normas garantistas de estos derechos, incentivando así la publicidad de la información. Es por esto que la Asamblea General de la OEA ha recomendado, en la citada Ley Modelo, que la legislación contemple expresamente que “[e]n caso de cualquier inconsistencia, esta Ley prevalecerá sobre cualquier otra ley” (Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, 2010). Esta prevalencia vía presunción de publicidad posibilita un franco acceso a la información, pero el interés real en aras de proteger el libre acceso a la información está solamente en el desarrollo normativo de los Estados.

El principio de máxima publicidad y el derecho comparado

El principio de máxima publicidad ha sido desarrollado en los últimos años de una manera prominente gracias al interés de los países en ponerse al día con este pilar del Estado social de derecho y por la lucha incansable contra la corrupción. Las leyes que se han desarrollado en todas las latitudes responden al interés del establecimiento de mecanismos de acceso a la información estatal, con los cuales el Estado se compromete a recibir solicitudes de información, fijar plazos para el conocimiento de la información y demás formalidades en pos del reconocimiento del derecho al libre acceso a la información.

El *boom* de la promulgación de leyes de acceso a la información hace eco de una tendencia global de los Estados democráticos encausados a definir medios de control estatal. Es notable que los países han adelantado desarrollos legales y

jurisprudenciales que mejoran la manera de proceder cuando se solicita información al Estado.

Analizando más de cerca lo relativo al derecho a la información en nuestro continente, se puede inferir que después de sistemáticas transgresiones del derecho consolidadas en lo que conocemos como “corrupción”, es importante la “avalancha” de democratización de este derecho desde finales del siglo XX e inicios del siglo XXI. Un ejemplo importante en la región y en el mundo es el gestado por México que, a pesar de tener un pasado difícil en términos de corrupción y continuismo de partidos hegemónicos en el poder, logró impulsar cambios que consolidaron normatividad garantista del acceso a la información.

En 2002, se estableció prematuramente la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México, la cual establece en su artículo 2° que: “[t]oda la información gubernamental a que se refiere esta ley es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala”. Como lo menciona Darbshire (2006): “Los elementos esenciales de la ley radican en que todos pueden solicitar información sin tener la obligación de demostrar un interés específico, cumpliendo así con el principio de libertad de información independientemente de las fronteras”.

Este avance reviste una importancia neurálgica debido al interés directo del establecimiento de la publicidad como un elemento constitutivo del Estado y de su gestión frente a los particulares. En la misma normatividad se establecen algunos requisitos como el consignado en el artículo 45 en lo concerniente a la motivación, es decir, la sustentación de motivos que el Estado deberá establecer cuando se niegue el acceso a la información, protegiendo la atención de las solicitudes de información.

Esta Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, adicionalmente, establece qué efectos genera la no respuesta oportuna de la entidad. A fin de cuentas, la ley constituye un buen medio para la consecución del fin de “proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal”.

Por otro lado, la jurisprudencia ha sido maleable a la hora de establecer vías para la garantía del derecho de acceso a la información. Es pertinente mencionar el caso de Costa Rica, donde personas cercanas al periodismo y ciudadanos

concedores apoyaron la labor de la Cámara Constitucional de la Corte Suprema para revolucionar las disposiciones relativas a presentar peticiones y al derecho a información administrativa, exigiendo al gobierno un alto nivel de transparencia en su proceder.

La Corte costarricense ha sido progresista en sus fallos asimilando al derecho a la información pública como:

El derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones (Sentencia 03074, 2002).

El establecimiento de avances dentro del Derecho en la búsqueda del acceso a la información del Estado aumenta cada vez más, y el enfoque que han heredado estas normatividades es bastante positivo para el disfrute y la protección de este derecho y de los que, eventualmente, puedan ser protegidos mediante el acceso a la información.

Otro caso de importancia es el acaecido en Chile, donde se ha previsto el principio de publicidad de la información, el cual consiste en:

Respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley (Ley 20285 sobre acceso a la información pública, 2008).

En este sistema, la carga de la prueba corresponde a quien alega, sobre todo en casos de reserva.

Por su parte, Guatemala posee el principio debidamente ratificado en su cuerpo normativo, denominando a dicha norma Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala. Con su normatividad, este país centroamericano buscó la garantía de los principios de publicidad y de transparencia como elemento perentorio para la administración de justicia. Este ordenamiento acepta lo que ellos

denominan una “afirmativa ficta”, que es la posibilidad (discrecional) de dar la información diez días después de la fecha límite sin costo alguno. Si eventualmente nunca respondió, incluso después de esta prórroga, el funcionario caería en una causal de responsabilidad penal.

Principios de segundo orden de la Ley de Transparencia

El principio rector de la Ley 1712 del 2014 es claramente el principio de máxima publicidad universal; sin embargo, la ley mencionada posee un catálogo de principios adicionales que desarrollan el principio rector. Estos principios adicionales o de segundo orden están consignados en el artículo 3° de la Ley 1712 del 2014. Entre ellos encontramos:

1. Principio de transparencia
2. Principio de buena fe
3. Principio de facilitación
 - 3.1. Principio de gratuidad
 - 3.2. Principio de celeridad
 - 3.3. Principio de eficacia
4. Principio de calidad de la información
5. Principio de no discriminación
6. Principio de divulgación proactiva
7. Principio de la responsabilidad de la información

El anterior esquema solo muestra los múltiples principios que se desprenden del principio de máxima publicidad universal y, por supuesto, de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional. A continuación, definiré cada principio, sus particularidades y su importancia para la garantía del derecho al libre acceso a la información.

1. Principio de transparencia

El principio de transparencia es hermano del principio de máxima publicidad. Se orienta a establecer y evaluar la actuación del Estado en búsqueda de posibles inconsistencias. *Grosso modo*, el principio se enfoca en dilucidar la actuación del poder público para que se pueda realizar una correcta veeduría, sin fueros,

mantos ni omisiones. Este principio tiene dos facetas: (1) activa: exponer información y (2) pasiva: solicitudes de exposición de información. En palabras de Godoy (2008): “Una situación tanto pasiva como activa: dejar ver y mostrar”.

La democracia se fundamenta en la confianza del pueblo hacia algunos dirigentes y esa confianza depositada necesita transparencia para un correcto funcionamiento de las instituciones estatales y sus representantes. El principio de transparencia es un requisito necesario para la realización de los procedimientos administrativos, puesto que si este no se manifiesta se corre el riesgo de caer en actuaciones corruptas, que nada tienen que ver con el carácter democrático que se ideó inicialmente.

En esta línea, García Macho (2011) ha afirmado:

El ciudadano necesita información para que su participación en la toma de decisiones sea efectiva, y su impulso depende de que la idea de democracia no se entienda sólo en sentido formal (...), sino entendida como una concepción abierta a una participación efectiva en los procesos de decisión política y administrativa.

Así pues, es imperiosa la necesidad de la transparencia como principio fundamental de la publicidad de la información, buscando la garantía de los derechos fundamentales y del Estado social de derecho. En este entendido, la transparencia en el marco de las instituciones estatales posibilita la creación de una conciencia informada del ciudadano, quien podrá ser partícipe de la toma de decisiones en los asuntos que le conciernan.

Dentro de las leyes colombianas podemos encontrar un desarrollo normativo en cuanto al principio de transparencia. El ámbito de aplicación de este principio suele darse dentro del marco de la contratación estatal, la cual está regulada por la Ley 80 de 1993. En la mencionada ley está establecido el artículo 24⁸ relativo al principio de transparencia, en el cual se tocan temas como el proceso de escogencia del contratista, la licitación y las demás modalidades de selección.

Se puede predicar que la reglamentación del procedimiento de selección o escogencia objetiva es un vivo ejemplo de los efectos del principio de transparencia, dado que la norma busca filtrar intereses corruptos de asignación de contratos y, por otro lado, establece un proceso idóneo fundado no solo en la transparencia,

.....
8 Modificado por la Ley 1150 de 2007.

sino también en otros principios administrativos como la imparcialidad, la contradicción, la publicidad y la moralidad, siempre en pos del interés público.

En sus jurisprudencias, la Corte Constitucional se ha puesto en la tarea de asimilar el principio de transparencia como una medida contra la corrupción. La Corte ha argüido lo siguiente:

La prevención de la corrupción es consecuencia natural de los postulados constitucionales que propugnan por la transparencia en el ejercicio de la función pública como condición necesaria para el debido funcionamiento del sistema democrático. Así, la justificación misma del Estado social de derecho pasa, entre otros aspectos, por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y debida utilización de los recursos públicos. Por lo tanto, las actuaciones venales, la concesión de ventajas indebidas dentro de los procedimientos estatales, el ocultamiento de información a los ciudadanos y la restricción de los legítimos espacios de participación ciudadana en la administración, entre otras conductas, son incompatibles con las previsiones constitucionales que propugnan por la protección del interés general como base misma del Estado. Así, ante la grave afectación que los actos de corrupción irrogan a bienes jurídicos intrínsecamente valiosos en tanto están estrechamente relacionados con principios y valores constitucionales, toda actuación que tenga por objeto la prevención del fenómeno es, no sólo acorde a la Carta, sino también una vía adecuada y necesaria para la realización de las finalidades del aparato estatal (Sentencia C- 306, 2012).

2. Principio de buena fe

El principio de buena fe es un postulado que no solo atañe al derecho al libre acceso a la información, sino que enmarca claramente todo el ideario del derecho en general. Debido a que este texto no tiene la pretensión de ahondar en temas tan amplios, me limitaré a acercar la concepción general de este principio a la Ley de Transparencia.

La buena fe, en el ámbito del acceso a la información, intenta establecer los parámetros de conducta para conseguir el fin de la norma. En otras palabras, la buena fe establece cuál es la interpretación de medios adecuada para la satisfacción del derecho de acceso a la información. Toda acción que posibilite el conocimiento de la información siguiendo las pautas establecidas en la norma fue obrada con buena fe; toda acción que promueva una cultura de transparencia, diligencia, profesionalidad y lealtad institucional está obrando de buena fe. Sin

embargo, si las acciones del funcionario buscan sabotear, bloquear, omitir, dañar, entorpecer y perjudicar el conocimiento de la información solicitada, claramente, este funcionario obró de mala fe y tendrá que hacerse responsable de sus acciones u omisiones.

En este sentido, la Corte Interamericana sostuvo que para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho es necesario que la legislación y la gestión estatales se rijan por los principios de buena fe y de máxima divulgación: “El principio de buena fe, a su vez, es un desarrollo de lo establecido por el artículo 30 de la Convención Americana sobre el propósito de las restricciones a los derechos y libertades reconocidos por la Convención Americana” (OEA, 2011).

Igualmente, el principio de buena fe genera una carga sobre todo para el funcionario estatal de obrar conforme a derecho cuando se realicen solicitudes de información, tratando de satisfacer el proceso de acceso a la información para evitar violar dicho derecho. Siempre que haya conflictos normativos a la hora de establecer el conocimiento de la información, el funcionario deberá inclinarse hacia la efectividad del derecho a la información.

En el artículo 83 Superior de la Constitución Política de Colombia está establecido taxativamente el requisito de buena fe, ya sea en caso de particulares o de autoridades públicas. En la Ley 57 de 1887 (artículo 769) está establecida adicionalmente la presunción de buena fe. En el ámbito jurisprudencial también existe desarrollo realizado sobre este principio.

La Corte Constitucional dispuso:

La exigencia de una justificación objetiva y razonable para establecer una diferenciación comporta la necesidad de que los medios empleados sean adecuados, proporcionales y oportunos. Un medio como la facultad discrecional de la administración puede ser adecuado y proporcional con relación al fin del buen servicio buscado, pero por su ejercicio inoportuno ser inconstitucional, al contrariar intereses legítimos de una persona mientras se encuentra en determinadas circunstancias. La oportunidad en el uso de un medio está condicionada a las circunstancias del caso concreto (Sentencia T-422, 1992).

Con todo esto, es evidente la labor que debe hacer el Estado en la capacitación de sus funcionarios para que puedan, con sus acciones, garantizar el libre acceso a la información a los ciudadanos. Otros países de la zona como México, El Salvador y Nicaragua buscan alternativas para que las personas puedan acceder

a la información sin problema alguno. Gracias a esto, gestionan cuerpos de personal dedicados exclusivamente a auxiliar, orientar y tramitar formulaciones de información siguiendo las pautas internas de trámite en las entidades del Estado. Esta acción promueve el acceso a conocer de primera mano las gestiones estatales y, por medio de ese conocimiento, hacer un control más certero.

3. Principio de facilitación

El principio de facilitación es uno de los menos profundizados dentro de la protección del derecho a la información. La razón de su no abordaje por la doctrina y por la jurisprudencia radica en que no elucubra —en teoría— mayor complejidad a la hora de exponer la intencionalidad del mismo.

La Real Academia Española (2014) define el verbo rector de este principio (facilitar) como: “Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Con esto, se puede afirmar que el principio de facilitación involucra varias acciones (medios) que posibiliten la garantía de la franca accesibilidad a la información estatal.

Si hacemos una revisión detallada de texto establecido en la norma, se puede decir que es totalmente abstracto lo que se afirma en dicho inciso, puesto que solo solicita a los sujetos obligados a actuar, pero no se establecen maneras o caminos para hacerlo. Es claro que estamos ante un principio que tiene una vocación de indeterminación, la cual está enfocada a llenar los vacíos normativos que pueden existir en el mundo de las normas deónticas. Sin embargo, este principio se queda corto a la hora de llenar lagunas normativas, puesto que es susceptible de ser englobado dentro de otros principios como el de buena fe o el de transparencia.

Dejando esta salvedad atrás, y en aras de llenar de contenido este principio, desarrollaré algunos “principios menores” que son susceptibles de ser englobados dentro del principio de facilitación y que, a criterio del autor, no constituyen “principios” sino “pautas” para la facilitación de la información y para la garantía del derecho de acceso a la información. Los principios menores que definiré son: principio de gratuidad, principio de celeridad y principio de eficacia.

3.1. Principio de gratuidad

El principio de gratuidad involucra la exclusión de cualquier pago surgido en virtud de la manifestación del derecho de acceso a la información. Ha sido abordado por la Corte Constitucional asimilándolo como regla general, pero con algunas excepciones, así:

El principio de gratuidad en la administración de justicia no cuenta con expreso reconocimiento constitucional, la condición de principio Superior surge tácitamente, de los valores fundantes del Estado como la dignidad humana, la justicia, la convivencia, la paz y el orden justo (C.P. arts. 1° y 2°), así como también, de los objetivos que persigue la labor de impartir justicia, de la realización plena del derecho a la igualdad material, y de la obligación impuesta al Estado de garantizar el derecho de toda persona para acceder a la justicia (C.P. arts. 13, 228 229). Sobre esa base, del carácter supra legal del principio de gratuidad, surge como regla general, el derecho constitucional de toda persona de acceder sin costo alguno a la administración de justicia; siendo reconocido tal derecho, como garantía de que el acceso a la justicia no se vea menoscabado por barreras económicas que resulten imposibles de remover, en especial, por las personas que hacen parte de los sectores económicamente más débiles de la sociedad (Sentencia C-368, 2011).

Las excepciones relativas al principio de gratuidad nacen del hecho de que este no posee un carácter absoluto y el establecimiento de un pago no afecta el acceso a la administración, siempre y cuando el fin de ese pago sea constitucionalmente legítimo. Si eventualmente existiese un arancel a la hora de solicitar información, este pago deberá estar fundamentado constitucional y legalmente.

3.2. Principio de celeridad

Principio de origen procesal enfocado en la solución pronta y clara de las solicitudes y actuaciones, está determinado en el artículo 4° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁹ y propone un desarrollo del proceso sin dilaciones, pero siguiendo las etapas procesales legalmente establecidas (artículo 29 Superior) y sin dejar de lado la garantía sustancial de los derechos (artículo 228 Superior).

El principio de celeridad debe tomar en consideración, inicialmente, la oportunidad de la administración para conocer las peticiones formuladas, la procedencia y motivación y, en segundo lugar, la solución pronta de las solicitudes,

.....
⁹ Modificada por la Ley 1285 de 2009, art. 1.

buscando así la descongestión y la garantía del derecho de acceso a la información. En este sentido, la Corte Constitucional, con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, ha mencionado que:

En estrecha relación con el principio constitucional de celeridad que preside la función judicial, y que exige que ella se adelante “sin dilaciones injustificadas” (C.P. art. 29), se encuentra el asunto de la libertad de configuración del legislador en materia de establecimiento de términos procesales (Sentencia C-371, 2011).

En síntesis, el Estado se debe responsabilizar por la satisfacción de las exigencias de información establecidas por los ciudadanos y deberá poner a disposición los canales idóneos para lograr un pleno acceso; pero siempre tratando de no incrementar el tiempo en resolver una solicitud y, por el contrario, minimizar los períodos de tiempo manteniendo la calidad.

3.3. Principio de eficacia

La eficacia como principio es un pilar del Estado social de derecho, debido a que propone una organización administrativa diseñada para la consecución de objetivos y metas ligadas al crecimiento del Estado y de su fortaleza. La eficacia puede buscarse en cualquier ámbito estatal tratando de generar cambios significativos que mejoren las calidades de los ciudadanos. La Corte Constitucional habla de eficacia en términos de “impedir” el estatismo de las autoridades frente a situaciones¹⁰ que afecten los derechos de los ciudadanos. Es claro denotar que la eficacia no es un “principio fin”, sino un “principio medio”, por cual el Estado trata de mejorar las situaciones en aras de garantizar los derechos fundamentales.

Ahora, contrastando el principio de eficacia con el concepto de derecho de acceso a la información, es dable establecer que el Estado debe proveer los medios idóneos para difundir la información y que, de una u otra manera, pueda materializarse el derecho de acceso a la misma. Por ello, la eficacia debe ir más allá incentivando medios para acceder a la información estatal, como se da en países como México, donde es posible solicitar información de cualquier entidad pública mediante medios electrónicos.

.....
¹⁰ Estados de Cosas Inconstitucionales, entre otros. Véanse: Sentencia T-068 de 2010 y Sentencia T-388 de 2013.

4. Principio de calidad de la información

La calidad de la información enmarca un principio poco explorado por la doctrina y la jurisprudencia. La Ley 1712 de 2014 trae a colación el principio de calidad de la información estableciéndolo así:

Principio de la calidad de la información. Toda la información de interés público que sea producida, gestionada y difundida por el sujeto obligado, deberá ser oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad.

Como podemos ver, es un principio que establece variadas acciones y diferentes requisitos buscando la “calidad de información”. Todos estos requisitos los desarrollaremos a continuación:

- a) La información deberá ser producida, gestionada y difundida por el sujeto obligado

La solicitud de información a una entidad en específico debe realizarse estableciendo tres etapas para evacuar una solicitud. Después de interpuesta la solicitud, la entidad solicitada tendrá que establecer de manera clara si, efectivamente, es la indicada para responder dicha solicitud; si esto sucede, la entidad responsable deberá establecer los medios para proveer la información solicitada. Si la información no existe, la entidad competente tendrá que establecer los medios para conseguir la información. Si la información existe, la entidad deberá sistematizarla y corroborarla en pos de realizar una buena gestión. Por último, esta información corroborada será difundida al solicitante para que pueda gozar de su derecho de acceder a la información estatal.

- b) La información deberá ser oportuna

Fundamentada en la celeridad procesal, la entidad solicitada deberá contestar dentro del término establecido legalmente las solicitudes de información, documentos y consultas¹¹. Si no cumple con los términos determinados normativamente, es dable intentar una acción de tutela buscando la garantía del derecho a peticionar o, en algunos casos, puede

11 Véase: Ley 1755 de 2015.

operar las figuras de los silencios administrativos¹². En efecto, como se mencionó, en la mayoría de los países de la zona poseen la figura del silencio administrativo negativo¹³, lo cual quiere decir que, cuando la Administración no responde en el término indicado, se entiende que se ha denegado el acceso a la información solicitada.

c) La información deberá ser objetiva

La respuesta difundida por la entidad solicitada no podrá contener valoraciones de tinte subjetivo las cuales puedan generar ambigüedades en la información. Las respuestas de las entidades deberán enmarcarse en un lenguaje claro, conciso, fundamentado y certero.

d) La información deberá ser veraz

La respuesta difundida por la entidad solicitada deberá contener información cierta, susceptible de comprobación. La divulgación de información falsa vulnera sobremanera los derechos fundamentales del solicitante.

e) La información deberá ser completa

La respuesta de la solicitud presentada deberá establecer todos los ítems solicitados. La no consignación de toda la información sin establecimiento de reserva genera una violación clara al derecho de acceso libre a la información.

f) La información deberá ser reutilizable, procesable y estar en formatos accesibles a los interesados

La información divulgada, al tener todos los requisitos atrás mencionados, podrá ser utilizada por terceros. La entidad deberá otorgar formatos donde se ponga de manifiesto la información.

5. Principio de no discriminación

La discriminación es un fenómeno social y cultural que afecta de manera directa los derechos fundamentales y, esencialmente, la dignidad humana. La discriminación tiene orígenes históricos y, por lo general, se centra en vulnerar derechos de grupos históricamente excluidos. Después del establecimiento en

.....
12 Silencio Administrativo Positivo (art. 84, Cpaca) y Silencio Administrativo Negativo (art. 83, Cpaca)

13 En Colombia, el Silencio Administrativo Negativo es regla general.

Colombia del Estado social y democrático de derecho con la Constitución de 1991, se han realizado cambios en el entendido de la no existencia de criterios válidos de diferenciación entre seres humanos.

Sin embargo, aún se pueden notar muestras de discriminación por diversas razones (sexo, género, raza, discapacidad, entre otras), por ello, la Ley 1712 de 2014, no omitió este principio, tratando de proteger de manera especial a personas que por ciertas condiciones pueden llegar a ser discriminadas. Con todo esto, los seres humanos gozan del derecho a la igualdad¹⁴ y, en virtud de este, podrán acceder a solicitar información sin ser sujeto de discriminaciones.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre hechos constitutivos de discriminación a los cuales ha respondido diciendo:

La Constitución Política dispone a la igualdad como patrón fundamental del Estado y la sociedad. Al contrario, la Carta rechaza cualquier trato excluyente o diferenciador que no tenga estricta justificación en sus postulados. Pues bien, tales mandatos han sido inspirados por obligaciones y pautas normativas definidas internacionalmente que sirven de referencia para comprender su definición y alcance (Sentencia T-1090, 2005).

6. Principio de divulgación proactiva

Este principio es uno de los menos desarrollados normativa y jurisprudencialmente. No obstante, este nuevo concepto desarrolla un mejor modelo de acceso a la información al ponerla a disposición sin la necesidad de solicitarla.

El principio de divulgación proactiva es un postulado que busca dar a conocer la información de la entidad estatal antes de que sea solicitada. La divulgación proactiva o publicación afirmativa garantiza la inmediatez de la información y el ahorro de costos, estableciendo un acceso inmediato e ilimitado a la información pública. Además, intenta establecer un marco de transparencia anticipado, ideado con el ánimo de que las personas confíen en la información del Estado.

La divulgación de información sin necesidad de haberla solicitado demuestra la lucha contra la corrupción y se acerca a los pilares fundamentales del Estado social de derecho. Este principio coadyuva a la lucha contra la corrupción y acerca a la gente al terreno de la veeduría estatal.

.....
¹⁴ Véase: Sentencia T-247 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto).

La divulgación de la información no es la única alternativa frente a la lucha contra la corrupción. En nuestro país, con la creación de la Secretaría de Transparencia, se ha avanzado estableciendo estrategias anticorrupción:

Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción. El objetivo central de dicho documento Conpes es fortalecer las herramientas y mecanismos para la prevención, investigación y sanción de la corrupción, de manera que se puedan obtener resultados que reduzcan efectivamente la incidencia negativa de este fenómeno en la sociedad colombiana y se obtengan mayores niveles de transparencia e integridad en el sector público y mayor corresponsabilidad del sector privado y la sociedad civil en la lucha contra la corrupción (Secretaría de Transparencia, 2014).

7. Principio de la responsabilidad de la información

La responsabilidad de la información está establecida en la Ley 1712 de 2014 como un principio del cual poco se ha desarrollado en la normatividad y jurisprudencia nacional, puesto que no involucra demasiados elementos semánticamente. Según la Corte, este principio es impreciso gramaticalmente y, por ello, deberá entenderse como “el deber de responsabilidad sobre el uso de información pública” (Sentencia C-274, 2013). En otras palabras, cada persona es responsable de las acciones que pueda hacer con la información solicitada. En el orden nacional no hay ninguna fuente doctrinaria que haya intentado definir este tipo de principio, por esta razón es complicado determinar cuál es el sentido del legislador al establecer principios como este.

Otros elementos destacados de la Ley de Transparencia

La ley regula aspectos como la determinación de los sujetos obligados de protección del derecho a la información pública, la información que está exceptuada de dicha publicidad y protegida y, por tanto, las autoridades que vigilan el control de su aplicación y de la construcción de una política pública. Revisemos cada uno de estos temas.

En primer lugar, es muy importante determinar quiénes están obligados a la publicidad de la información, tanto en sus aspectos reactivos como proactivos, para entender la centralidad que van a tener los gobiernos locales para la garantía del derecho y de la transparencia misma. Bajo la citada ley, se aclaran

buena parte de las discusiones sobre la pertinencia de la publicidad de los datos, imponiendo la presunción de publicidad de los mismos cuando esta información está en poder de los denominados sujetos obligados señalados en el artículo 5°:

- 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) <Literal condicionalmente exequible> 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.

Como se observa, el espectro es amplio, permitiendo la protección de los intereses de los asociados, principalmente de aquellos que tenían un aspecto ambiguo bajo la legislación anterior. Se resalta la inclusión de los partidos o movimientos políticos como sujetos obligados, ubicándolos en el marco de las instituciones que deben generar confianza, a través de actos de transparencia.

La ley regula los datos que se consideran como información mínima que, obligatoriamente, debe ser puesta de forma permanente en conocimiento de la sociedad. Esto se regula en el artículo 9° de la citada norma, y su desarrollo genérico se observará cuando revisemos las obligaciones que se desprenden del texto, en especial, para los mandatarios locales.

La norma en cuestión también regula los datos que son susceptibles de ser protegidos, o que corresponden a la excepción que debe aplicar a los sujetos obligados a la hora de cumplir con el mandato de la máxima publicidad, establecidos

•La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto•

en los artículos 18 y 19, y se pueden dividir en dos grandes grupos: la información exceptuada que puede afectar o dañar a personas naturales o jurídicas y la información exceptuada por daño a intereses públicos.

Las funciones de vigilancia para el cumplimiento de estos estándares están a cargo del Ministerio Público, tanto de la Procuraduría y de la Defensoría como de las Personerías en el nivel territorial. En particular, las dos primeras cuentan con sistemas de seguimiento y la Procuraduría, además, tiene diferentes actuaciones preventivas para fomentar el cumplimiento de la ley y para promover la capacitación de los funcionarios y ciudadanos, por medio del Grupo de Transparencia y del Derecho de Acceso de la Información Pública Nacional¹⁵.

Se destaca también la obligatoriedad de construir una política que permita no solo el desarrollo de una cultura de transparencia, sino también de mecanismos institucionales para la publicación, la recolección, la protección y el mantenimiento de datos relevantes como parte de la memoria institucional y colectiva de la nación.

Sobre la construcción de la política pública, el artículo 32 de la Ley 1712 de 2014 establece:

El diseño, promoción e implementación de la política pública de acceso a la información pública, estará a cargo de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), el Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Archivo General de la Nación y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

La estrategia Gobierno en Línea es probablemente la acción más ambiciosa del Estado colombiano por incorporar los elementos de la transparencia e instrumentalizar el concepto de gobierno abierto (González Zabala & Sánchez Torres, 2013).

Esta estrategia significa que el Gobierno (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2016):

- Prestará los mejores servicios en línea al ciudadano
- Logrará la excelencia en la gestión

.....
 15 El Grupo de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional tiene una página web (<http://www.procuraduria.gov.co/portal/grupo-transparencia.page>) en la que se puede consultar la información relacionada con su labor.

- Empoderará y generará confianza en los ciudadanos
- Impulsará y facilitará las acciones requeridas para avanzar en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), facilitando el goce efectivo de derechos a través del uso de TIC

La estrategia, además, implica varias líneas de acción:

- TIC para el Gobierno Abierto: busca construir un Estado más transparente y colaborativo, donde los ciudadanos participan activamente en la toma de decisiones gracias a las TIC.
- TIC para servicios: busca crear los mejores trámites y servicios en línea para responder a las necesidades más apremiantes de los ciudadanos.
- TIC para la gestión: busca darle un uso estratégico a la tecnología para hacer más eficaz la gestión administrativa.
- Seguridad y privacidad de la información: busca guardar los datos de los ciudadanos como un tesoro, garantizando la seguridad de la información (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2016).

Aunque no es nuestro interés realizar un análisis de dicha política, merece una mención debido a su importancia en la implementación de los conceptos de transparencia y gobierno abierto. Es una política ambiciosa que sobre todo se enfoca en temas de infraestructura, pero que tiene vacíos específicos en la mirada de las tecnologías de la información y la comunicación como medios de inclusión social. Esto implica una mirada no tan clara de la misma como política pública fundada en derechos y no solamente en desarrollos administrativos y de la disponibilidad del servicio. Al respecto, señala Sánchez en las conclusiones de su trabajo de revisión de la misma:

Al analizar las iniciativas en relación con los usuarios, se encontró que éstas se orientan a la población en general, y sólo cuatro iniciativas se enfocan explícitamente en trabajar con población en condición de vulnerabilidad, de manera específica, con minorías étnicas, personas con discapacidad y nivel socioeconómico bajo. También se detectó que otros tipos de población vulnerable, tales como los desplazados, reinsertados, desmovilizados, LGTB, y mujeres y hombres cabezas de familia, sólo son considerados, explícitamente, por la iniciativa Ciudadano Digital.

En síntesis, se pueden apreciar los esfuerzos que el Gobierno colombiano ha adelantado en el impulso a la SI, generando las condiciones necesarias para comenzar su implementación y desarrollo. De igual manera, ha estimulado la creación de nuevas dinámicas en aspectos claves para el país, como la educación, el gobierno, la com-

petitividad y la cultura. Así mismo, ha comenzado a enfocarse en poblaciones vulnerables, con el fin de ir subsanando las brechas de oportunidad existentes (González Zabala & Sánchez Torres, 2013, p. 142).

Por otra parte, la estrategia ha tenido un importante énfasis en los territorios más vulnerables, pero no parece lógico, desde una lectura fundada en los principios de descentralización y participación local, que todos los aspectos de una cultura de la transparencia y con ella, la defensa y promoción del derecho de acceso a la información pública, sean del orden nacional. Es por ello que este documento pretende más adelante realzar el papel de los territorios y comprender que es indispensable la construcción de un conjunto de obligaciones locales para alcanzar la eficacia de los principios que defiende este marco normativo.

Hemos hasta aquí establecido el marco conceptual y la comprensión legal del buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto. A continuación, revisaremos el marco teórico sobre el cual se elabora el discurso de las obligaciones internacionales de protección de los derechos, en donde se encuentran el derecho de acceso a la información pública y los derechos relacionados con este como: el derecho de petición, la participación política, la libertad de prensa e información y la igualdad. De esta forma, comprenderemos los retos que implican estas obligaciones internacionales frente a los gobiernos locales, para construir una propuesta de marco referencial de obligaciones locales que permitan mejorar los índices de transparencia y la protección específica de estos derechos implicados, así como contribuir a un modelo de democracia local más participativa e incluyente.

El ámbito internacional de los derechos y la democracia frente a la construcción de un modelo de protección local de derechos

El objetivo de este apartado es establecer los lineamientos de las obligaciones internacionales de protección de los derechos para comprender el papel de los gobiernos locales con estos compromisos, integrando las normas internacionales y las normas nacionales que los cobijan. Revisaremos cómo la descentralización como mandato constitucional impacta la aplicación de los derechos e implica la inclusión del municipio como unidad central de la administración del territorio. Esto quiere decir que para fomentar una cultura de la transparencia y la defensa del derecho de acceso a la información pública se hace indispensable el desarrollo

expreso de una estrategia local que impulse, desde allí, las transformaciones hacia la ciudadanía social y, con esta, la inclusión de la tecnología como mecanismo para el fortalecimiento de la democracia.

Los Estados contemporáneos han venido adoptando durante la segunda mitad del siglo XX un lenguaje cada vez más unificado con respecto a los derechos y la democracia. Aunque polémicos en algunos aspectos¹⁶, se han convertido en eje de la legitimidad de esos mismos Estados¹⁷, tomando relevancia internacional su aceptación y cumplimiento. En este sentido, se han generado diversos sistemas de protección planetaria de derechos cuyo eje aparece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los diferentes tratados, protocolos y declaraciones sobre la materia. Incluso algunos autores han hablado de la creación de un verdadero canon constitucional de los derechos y la democracia, el cual no podría ser afectado por ningún Estado al elaborar no solo su normativa ordinaria, sino incluso su propia constitución.

Los acuerdos internacionales que constituyen este canon tienen en su fundación un carácter exclusivamente político y meramente declarativo (Villán Durán, 2006, p. 63 y ss.), pero paulatinamente se han incorporado como obligaciones *ius cogens* o a través de tratados que imponen verdaderas obligaciones a los Estados. En este sentido, tanto el Sistema Universal, adscrito a las Naciones Unidas, como el Sistema Interamericano de la OEA, han influenciado de manera importante la definición de políticas de los Estados latinoamericanos y, particularmente, del nuestro.

Para el caso que nos ocupa, como ya vimos, existen importantes avances sobre la incorporación de los conceptos de transparencia, información y gobierno abierto en dichos instrumentos y en las normas locales. Este desarrollo es de tanta importancia que algunos autores hablan de una cuarta generación de derechos relacionada con estas ideas. Esta generación puede concretarse en: i) acceso a las tecnologías que permitan el intercambio libre de ideas; ii) el derecho a acceder a las infraestructuras sin importar el Estado en el que se vivía; iii) el derecho a tener los conocimientos para usar internet y adaptar el ciber espacio a necesidades

.....
16 Al respecto, la discusión entre comunitaristas y liberales refleja en buena medida estos conflictos. Cortés Rodas (1999).

17 Sin duda, los derechos son la piedra angular de los Estados contemporáneos, de hecho, toda la doctrina del Estado constitucional que alienta los debates en los últimos 15 años así lo refleja. Véanse: Ferrajoli (2006), Häberle (1997) y Alexy (2003).

•La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto•

particulares; iv) derecho igualitario entre hombres y mujeres, adultos y niños, espacios rurales y urbanos; v) el derecho a acceder y crear contenidos culturales y lingüísticamente diversos; vi) derecho a la protección de datos; vii) derecho a no estar bajo vigilancia; viii) derecho a contar con un ciberespacio descentralizado, colaborativo e interoperable; con una arquitectura abierta, transparente y accesible (Del Río Sánchez, 2008).

Por ello, se puede afirmar que no se trata solamente de un marco normativo internacional, sino, en realidad, de una política impulsada por organismos internacionales tanto del sistema internacional como las Naciones Unidas, y por organismos multilaterales económicos, como parte de la agenda de globalización que desea integrar los mercados latinoamericanos (OCDE, 2015, p. 43).

Estos ámbitos internacionales y el contexto nacional (Constitución de 1991, maduración institucional frente al tema, asunción del DIH, etc.) definen cada vez con más claridad las obligaciones del Estado colombiano frente los derechos¹⁸ y, en especial, ante el derecho a la información pública y sus anejos.

Ahora bien, de forma general la doctrina señala que se tienen dos tipos de obligaciones respecto al comportamiento frente a los derechos: respeto y garantía. Estas comportan obligaciones que requieren de acciones u omisiones en uno u otro sentido de los Estados, toda vez que son estos los que se obligan a su cumplimiento en los tratados internacionales y, además, construyen su legitimidad constitucional desde este mismo discurso.

En este marco conceptual, Colombia ha suscrito un sinnúmero de tratados de derechos humanos, en los que no solo se ha obligado al Estado a su cumplimiento, pacto *sunt servanda*, sino que, adicionalmente, hacen parte de nuestro orden constitucional en virtud del artículo 93 de la Constitución Nacional¹⁹.

Así las cosas, es de enorme relevancia desarrollar estas obligaciones y diseñar una estrategia que permita llevar a la práctica los mandatos inscritos tanto en el orden internacional como en el constitucional y legal. Evitando que el buen gobierno y la transparencia se conviertan en un discurso de conveniencia internacional o de simple relegitimación espuria del orden democrático, y no en una

.....
18 En este sentido, por ejemplo, la Corte Interamericana señala que la obligación de respeto de los derechos humanos es superior al Estado mismo, con lo cual no puede ser limitada por vía legal. CIDH, caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988.

19 Entre otros, los artículos 1°, 11 y 28 de la Constitución Nacional. En especial, el artículo 1° como fórmula política del Estado colombiano define los parámetros de actuación para todos sus asociados y, de allí, se desprende la centralidad del principio de la dignidad humana y, por consiguiente, de los derechos que se derivan de esta.

estrategia de ampliación de la participación ciudadana y protección de los intereses ciudadanos.

Se busca, entonces, clarificar y detallar las obligaciones derivadas del orden internacional a un plano regional y local, en el entendido de que el manejo directo de muchos de los temas de derechos humanos se ubica en este nivel. De tal manera, nuestro esfuerzo se concentrará en la determinación de competencias a este horizonte para buscar el desarrollo de políticas públicas locales de los derechos a la información pública y, por esta vía, el debido proceso, la participación política, la libertad informativa, entre otros. Como se observa, los objetivos son transversales a la política de descentralización de los derechos en general, que desea volver más ágiles y operativos estos espacios regionales y que comprende el papel fundamental de lo local como eje real de realización de la transparencia y el buen gobierno.

La defensa de los derechos y la transparencia como obligaciones de los mandatarios locales

De forma equivocada en algunas ocasiones se considera que la defensa de los derechos solo hace parte de las obligaciones del gobierno central o, de forma especial, de las autoridades judiciales y de control. La verdad es que, desde el marco constitucional hasta llegar a la normatividad disciplinaria y penal, todos los funcionarios del Estado están obligados a la defensa y promoción de los derechos²⁰.

Las formas y posibilidades de esta obligación general se traducen en diferentes actividades que dependen del grado de responsabilidad, su reciprocidad con la democracia y el grado de relación con la regulación, realización, promoción y defensa de los derechos de los colombianos.

La transparencia y el acceso a la información pública no son la excepción; por el contrario, como hemos sostenido, es el municipio el centro de las transformaciones directas tendientes a la profundización de la democracia y la construcción de un contexto en las administraciones, dispuesto a impulsar los fines del artículo 2º de la Constitución.

.....
20 Esta es la denominada teoría del doble carácter de los derechos fundamentales, pues estos se consideran límites y objetivos esenciales del Estado (Häberle, 1997, p. 163).

El nivel del derecho internacional y su relación con la descentralización

Algunos consideran que la potestad del Gobierno nacional, y en especial del Presidente de la República respecto a ser el Jefe de Estado, representa la obligación indelegable de establecer vínculos con los otros países y las organizaciones internacionales. En este mismo sentido, sería únicamente el Gobierno nacional el que estaría obligado al cumplimiento de los compromisos adquiridos en esta instancia, quedando las instancias locales fuera de la esfera de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales y de las obligaciones adquiridas, por ejemplo, en los documentos de lucha contra la corrupción, impulsadas por las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos.

Las razones para controvertir esta argumentación son varias y tienen distintos orígenes (políticos, legales, constitucionales), pero trataremos de centrar estos argumentos en dos, principalmente:

- Los tratados internacionales hacen parte del sistema jurídico, bien sea porque son ratificados por trámite de ley ordinaria en el Congreso o porque, en el caso especial de los tratados internacionales de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario (DIH), muchas de sus cláusulas son consideradas *ius cogens* (derecho imperativo internacional) y por tanto, de forma automática y en virtud del bloque de constitucionalidad, se integran a la constitución material²¹.
- El argumento competencial no es admisible, puesto que la Constitución de 1991 no divide el poder: siempre es del pueblo. La soberanía popular (Greppi, 2006, p. 25) solo crea competencias y, dentro de estas competencias, se adjudica al Ejecutivo nacional la representación exterior, pero no dice que de forma exclusiva se encargue del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mismo Estado. Es decir, que los ejecutivos locales y regionales están obligados a materializar dichos compromisos.

Así las cosas, los compromisos escritos en los tratados internacionales no son expresiones vacías de la vida internacional, sino que, en los sistemas jurídicos

.....
21 La constitución material es un concepto acuñado por el constitucionalismo contemporáneo y utilizado por nuestra Corte Constitucional para señalar que el articulado constitucional (constitución formal), no es suficiente para interpretar y entender los mandatos del constituyente, de esta forma, los valores y principios que originan y estructuran cada parte de la constitución juegan un papel tan o más importante que las normas escritas, puesto que señalan las condiciones de aplicabilidad de la constitucionalidad de todas las normas del sistema jurídico.

actuales, comportan obligaciones y funciones delegadas a otros funcionarios. De esta forma, se entrelazan esquemas de política pública en diversos niveles del Estado.

Un ejemplo de esta situación lo comportan los denominados Objetivos del Milenio, ahora Objetivos de Desarrollo Sostenible (ONU, 2015), ya comentados, que, aunque su base son los tratados internacionales sobre las diversas materias a los que hacen referencia, ya el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha advertido sobre la necesidad de materializarlos en los niveles locales, dado que son estos, especialmente los municipios, los que tienen las competencias locales para los programas de saneamiento básico, educación básica y salud.

De forma particular, para el caso de nuestro estudio, el Objetivo 9 (industria, innovación e infraestructura) plantea como meta: “Aumentar de forma significativa el acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones y esforzarse por facilitar el acceso universal y asequible a Internet en los países menos adelantados a más tardar en 2020”; de forma complementaria el Objetivo 16 (paz, justicia e instituciones sólidas) tiene como metas:

Reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas; crear instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles y garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales (ONU, 2015).

Como se observa, estas metas, aunque fueron suscritas por el Gobierno nacional, tienen su espacio de materialización competencial y actual en los municipios. Esto no implica que el Gobierno nacional no promueva desde su rol el impulso de estas tareas, pero comprendiendo la independencia y el poder de configuración y dirección de las políticas públicas de los entes locales.

El compromiso de protección y promoción de los derechos va mucho más allá de las acciones u omisiones de órganos del Estado; este mismo se hace responsable de las acciones de particulares frente a cuatro supuestos (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos & Defensoría del Pueblo, 2004, p. 55):

1° Cuando el particular obró bajo la instigación de servidores públicos.

2° Cuando el particular obró con el consentimiento expreso o tácito de personas que tenían con el Estado un nexo estatutario o contractual.

•La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto•

3° Cuando el particular obró gracias a la manifiesta tolerancia de agentes estatales.

4° Cuando el particular obró por haber incumplido el Estado su deber de garantía²².

Como se observa, esta responsabilidad con los derechos se profundiza en dos niveles: desde el nivel nacional hasta lo local y desde el Estado hacia las personas naturales o jurídicas.

El nivel constitucional frente a las autoridades locales: derechos descentralizados y profundización de la democracia local

Una de las doctrinas más importantes del constitucionalismo contemporáneo y recogidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la que hace referencia al papel de los derechos en los sistemas jurídico-políticos²³. Esta doctrina afirma que los derechos tienen un doble papel: por una parte, conforman límites al poder del Estado, es decir, recogen la doctrina tradicional sobre los derechos como barreras de protección de las personas frente al poder estatal; pero acompañada de esta función, se presenta una segunda cara: la de convertirse en fines de la existencia del mismo Estado. Esta función legitimadora tiene efectos jurídicos claros y uno de ellos es la responsabilidad de todos los funcionarios de proteger, promover y prevenir la violación de estos.

En este sentido, por ejemplo, se interpretan los siguientes artículos de la Constitución Nacional:

- **Artículo 2°, párrafo segundo:**

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares.

.....
22 Con arreglo a la doctrina el Estado incumple su obligación de garantizar los derechos humanos: a. Cuando no garantiza el pleno y libre ejercicio de esos derechos sin discriminación alguna; b. Cuando no previene sus violaciones; c. Cuando no investiga y sanciona dichas violaciones; d. Cuando obstaculiza la labor de la justicia o fomenta la impunidad; e. Cuando desconoce el derecho de las víctimas a una reparación (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos & Defensoría del Pueblo, 2004, pp. 68-83).

23 Al respecto, sentencia T-590 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero) y sentencia C-228 de 2002 (MP Manuel José Cepeda).

- **Artículo 5º:** “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.
- **Artículo 6º:** “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Como se observa en esta primera lectura de la Constitución, los derechos son orientadores de las acciones de los Alcaldes y Gobernadores e implican una esfera obligatoria de consulta para la ejecución de sus actos de gobierno.

Como dijimos, esto es una consecuencia del tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho (González Moreno, 2002), que lejos de ser, apenas, un cambio retórico comporta una profunda transformación en la comprensión y el desarrollo del proyecto estatal. Ante este cambio, no es cierto, como se afirma en ocasiones, que las cláusulas contenidas en la Constitución no son obligatorias; como la Corte lo ha reiterado, en la era del denominado Estado constitucional todos los contenidos formales o materiales²⁴ de la Constitución tienen efecto normativo directo, esto significa que, a diferencia del régimen de la Constitución de 1886, el ordenamiento constitucional actual obliga a realizar dos acciones:

1. Interpretación sistemática e integral de sus contenidos, ya sean valores no escritos o escritos, u otras expresiones dentro de ella.
2. Reconocer las consecuencias jurídicas que necesariamente se desprenden de su articulado; esto es el cambio de una constitución de papel a una constitución integradora y activa.

Estas acciones obligan a que todas las normas del sistema jurídico colombiano obedezcan los preceptos constitucionales. Como se observa, no es de poca monta esta realidad y, por tanto, tiene inexcusables consecuencias en la vida regional y local, puesto que implica que todos los funcionarios, sin recabar en el nivel de los mismos, deben acatar los artículos citados.

Así las cosas, si la Constitución no requiere, en materia de derechos y acciones relacionadas con estos, el desarrollo legal para su vigencia, significa que no

.....
24 Sobre el tema, en especial la interpretación sobre los derechos fundamentales, sentencia T-615 de 1992 (MP José Gregorio Hernández).

se necesita norma adicional para que se cumpla con sus mandatos. Sin embargo, y como dijimos, las demás normas se supeditan a la jerarquía constitucional, con lo cual el legislador ha expedido leyes que desarrollan algunos de los artículos constitucionales citados y han señalado las responsabilidades a las cuales están sujetos aquellos funcionarios que se aparten de lo prescrito por la Constitución. Frente al acceso a la información pública, el caso es aún más contundente, puesto no solo posee una base constitucional, sino también una de orden legal como hemos visto.