

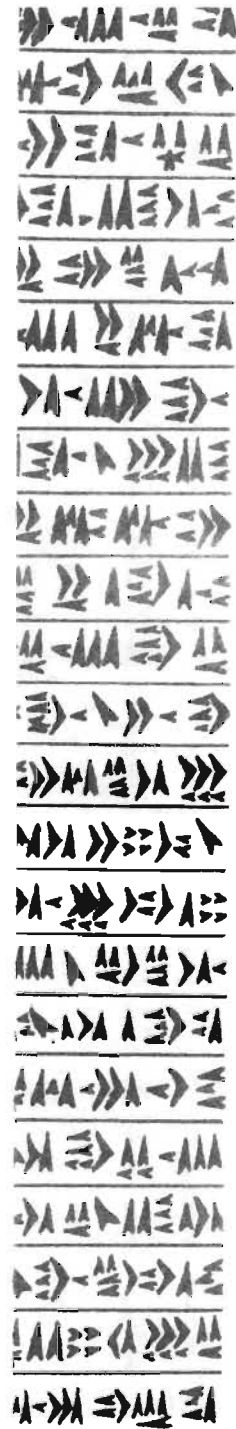
DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LOS ARCHIVOS

CIRO ANGARITA

Profesor de la Universidad de Los Andes
Ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Es personalmente grato vincularme a este seminario, que tiene como elemento vertebral consideraciones sobre archivos e información en el ámbito de una cultura de la información, y lo hago desde una perspectiva predominantemente jurídica y particularmente constitucional.

Como me voy a referir en alguna medida al derecho a la información, obviamente haré consideraciones relacionadas con otros derechos y tendré la oportunidad de analizar algún caso específico que muestre cómo se inserta en la vida cotidiana del colombiano medio este derecho, y



qué responsabilidad concreta y qué papel concreto juegan los archivos en este contexto.

El derecho a la información en la Constitución de 1991 aparece concebido en los siguientes términos en el artículo 20: *«Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura»*. En este contexto al titular de ese derecho se lo dota de la posibilidad de acceder a medios masivos de comunicación; y esos medios tienen, por voluntad del constituyente de 1991, la característica de ser libres pero con responsabilidad social, responsabilidad tal que a veces es olvidada. Una norma que es como la cola del soneto, cortante y directa, es aquella que dice en términos claros: no habrá censura.

Este texto contrasta ampliamente con el artículo 423 de la Constitución de 1886, que decía «prensa libre en tiempos de paz», centrado especialmente sobre la prensa responsable, con arreglo a las leyes cuando atente contra la honra de las personas, el orden social o la tranquilidad pública. Pero había un inciso bastante significativo: *«Ninguna empresa de periódicos podrá, sin permiso del gobierno, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras»*.

El texto vigente fue el producto de las amplias deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, conoció diversos proyectos en materia de derecho a la información, y el proyecto matriz, por así decirlo, el proyecto del gobierno, se acerca bastante a lo que fue el proyecto final, que dice: *«Toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos y opiniones y a informarse sin trabas, en las fuentes accesibles. Las autoridades deben, de conformidad con lo establecido en la ley, colocar a disposición de los ciudadanos la información que recojan y los informes que elaboren; deben ponerlos a disposición de los ciudadanos. Las materias sometidas temporalmente a reserva serán definidas por la ley»*.

Luego seguía lo relacionado con la libertad de los medios de comunicación y la prohibición a la censura. En materia de censura es clara y tajante la diferencia entre el proyecto del gobierno y el texto constitucional vigente, el artículo 20. En efecto, el proyecto del gobierno prohibía la censura. Peor, tenía un inciso en el cual se decía que, sin embargo, cuando se hubiera de-

clarado un estado de excepción, en los casos y las conformidades que establezca la ley, el gobierno podría prohibir la divulgación de informaciones que previsiblemente pudieran generar un peligro grave. Esto no lo aceptó el constituyente que dió, por el contrario, una línea más decidida en la prohibición tajante a las formas de censura.

Del desarrollo de estos tópicos ha tenido que ocuparse en algún detalle la Corte Constitucional, cuando ha tenido que considerar toda la serie de decretos que desarrollan, que plasman los diversos estados de excepción que hemos tenido en 1992.

En adelante, cuando uno repara en la estructura de este derecho a la información, no se puede asociar con los principios, los valores y el conjunto global de normas que integran esta Constitución, que por virtud del artículo 95, debe ser objeto de una gran divulgación pedagógica, y ser apropiada por todos los colombianos. Y hay motivos para que los colombianos nos apropiemos de esta constitución y la defendamos como la expresión de la voluntad de tener una nueva forma de Estado, con unos protagonistas bien claros. Esos protagonistas están identificados en este libreto como en una telenovela, y en el preámbulo se anuncia que el principal protagonista es el pueblo de Colombia. Este pueblo ejerce y encarna lo que se denomina el máximo poder o poder soberano. Es el que a través de la Asamblea Nacional Constituyente ha plasmado en esta Constitución su voluntad en lo referente a normas fundamentales del nuevo Estado. Quiso crear un marco jurídico, no de cualquier clase, sino muy definido, muy claro, muy comprometido y muy comprometedor para las autoridades, porque esta norma «normarum» es la norma de normas y el marco jurídico, que además de jurídico debe ser democrático y que no puede ser democrático de cualquier naturaleza, sino apuntando a la construcción cotidiana de la democracia participativa, -no representativa, como la de 1886-, lo que traslada una serie de responsabilidades al sujeto ciudadano, porque tiene que ser fundamentalmente participativo, lo que hace que no pueda entrar en los procesos sociales en calidad menguada sino fundamentalmente protagónica.

Es un ciudadano activo aquel que entiende el sentido claro del quehacer histórico, lo asume como protagonista directo, no traslada sus responsabilidades, se compromete directamente con ese quehacer histórico y utiliza los instrumentos y formas propias de la democracia participativa de la manera en que están descritas ampliamente en esta Constitución, para realizarla en sus diversas facetas.

Es un ciudadano que aspira a que el poder que da la información esté equitativa y ampliamente repartido, y no monopolizado o concentrado, porque en la medida en que ese poder esté concentrado le serán negados los beneficios de la democracia participativa. Y se participa para crear un orden social justo y también para crear y consolidar un Estado de Derecho, no un simple Estado que garantice seguridad, sino uno que garantice los beneficios del desarrollo social equitativo y que esté comprometido como el que más con la justicia social. Un Estado que tiende a hacer iguales a los débiles en la medida de lo posible, prestándoles y promoviendo las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, porque es un Estado Social de Derecho el que nos dimos los colombianos con la Constitución del 7 de julio de 1991, que tiene como fin esencial el darle efectividad material a esos derechos.

Es en el contexto de la efectividad material de los derechos donde se entiende esa posesión valiosa y ampliamente probada de un instrumento jurídico tan eficaz como la tutela. En ese amplio marco jurídico, con esas expectativas, con esa voluntad clara del constituyente, el ciudadano ejerce ese derecho fundamental del artículo 20. La libertad de expresión y el derecho a la información lo ejerce como una manifestación que da razón de ser y sentido a la democracia. Aquí la información aparece con un carácter bastante instrumental, para hacer posible la democracia participativa.

¿Y qué decir cuando próximamente en el Congreso se discutan y aprueben todas las normas pendientes para hacer posible y eficaz una veeduría cívica por parte de los ciudadanos colombianos?. Es una forma que requiere amplio acceso, amplia realidad y efectividad del derecho a la información. Por la naturaleza del derecho a la información es que, incluso desde antes de la Constitución de 1991, la jurisprudencia colombiana lo ha venido reconociendo como un derecho político dirigido a permitir formas nuevas de defensa de las comunidades contra el despotismo, la arbitrariedad, la corrupción, los abusos y la desviación de poder. Además, como derecho, refuerza la vigencia de la democracia, asegura su actualización y mejora la condición de los ciudadanos. Esto lo crea la jurisprudencia frente a las autoridades, pues permite que los ciudadanos no sólo las elijan sino que también las controlen, con base en la necesaria información sobre su gestión. Debido a esa esencia del derecho a la información, que es capital, la construcción de un Estado como Estado de Derecho se entiende por que la reserva de la información o de los documentos es sólo una excepción y no puede operar sino cuando esté

consagrada por la ley o por la Constitución. Un funcionario arbitrariamente no puede decir que un documento es reservado, porque hay una norma que así lo consagra. En este mismo contexto, esa libertad de expresión y de información es la que permite construir un Estado sobre bases libres y democráticas, porque promueve la discusión permanente de ideas y la confrontación de opiniones, matriz fundamental de la democracia. Sin la libertad de expresión y de información, que consagra el artículo 20, no es posible conquistar otras libertades.

El derecho a la información es un substrato fundamental de la participación política y la libre circulación de información y sin este derecho no hay formación de opinión pública, y es poco lo que podría hacerse para construir una real democracia participativa, de acuerdo con el modelo que se ha plasmado en el artículo 1, en el preámbulo y en otras normas de la Constitución. El derecho a la información resulta fundamental y, como veremos más adelante, la Corte Constitucional ha destacado que existe dentro de la gran matriz del derecho a la información un subsector, que bien puede rotularse como derecho fundamental a la información vital.

Hay derecho a la información en la Constitución del 86, y hay derecho a la información en la Constitución del 91, por lo que es conveniente destacar qué ha cambiado fundamentalmente en las dos constituciones. Si se repara con cuidado de expertos historiadores en el derecho a la información en la Constitución de 1886, parece haberse nutrido y exhibe algo propio de toda la concepción que tenía Miguel Antonio Caro acerca de los colombianos: los colombianos ángeles. No, la Constitución del 86 es precisamente la cancelación dramática de esa visión angelical del colombiano, que según Víctor Hugo, se plasmó en la Constitución de 1886.

Don Miguel Antonio Caro, con base en una peculiarísima realidad, concebía a estos colombianos como seres dignos de ser dirigidos con autoritarismo máximo, que si querían la libertad debían ganársela probándola éticamente; en todo caso, seres en los cuales habría que desconfiar en grado sumo y cuya actuación de sujetos protagónicos debiera siempre mirarse con reserva, con cuidado, a ver si de verdad se lo merecen. Temor y recelo es la posición del constituyente de 1886 frente al derecho a la información. Hay derecho a la información en la Constitución de 1886 y también lo hay en la del 91. ¿Qué cambia?. El contexto, porque de este recelo se pasa a una amplia confianza en el sujeto ciudadano colombiano y hay muestras de ella en buena parte de todas sus consecuencias visibles e imprevisibles.

Del recelo, del temor, se da paso a un amplio reconocimiento de que el sujeto habrá de proceder de buena fe, y en esa perspectiva el constituyente de 1991 es consciente de algo fundamental: si se quiere un orden justo, social y económicamente justo, con democracia participativa, para su construcción hay que tener un derecho a la información bastante amplio.

Estas libertades de derechos en la Constitución de 1991 no tienen un carácter absoluto. Así como hay un artículo 20, hay un artículo 15, que no puede olvidarse consagró la siguiente norma: «*Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas*».

De un lado tenemos el derecho a la información y del otro lado y en el mismo texto, el derecho a la intimidad. De 1992 a esta época son numerosas las ocasiones de tensión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad. Algunos de esos casos han llegado a la crónica más espectacular, como lo que sucedió con la muerte del famoso cantante vallenato, que dió lugar a tutelas y a condenas a periódicos, como El Heraldo de Barranquilla, por la publicación cotidiana de la conducta sexual -no paradigmática- observada por este cantante. En esos conflictos vivísimos se puede ver claramente cuáles son los espacios para el derecho a la información y cuáles son también los espacios que debe reconocérsele a la intimidad.

La Corte Constitucional en esta materia ha sido particularmente clara. Si hay un conflicto entre derecho a la información -alegado por el periódico El Heraldo de Barranquilla en el caso del cantante-, y el derecho a la intimidad, ese conflicto adquiere, como adquieren en la práctica muchos de esos conflictos, el carácter de insuperables y de irreconciliables.

¿De quién es la razón?. ¿De cuál derecho?. ¿Estarían ustedes en favor de la intimidad más que de la información?. ¿Prevalece el derecho a la información, que toca más de cerca el interés general o la dignidad del ser humano?. Si la dignidad es un derecho, ¿Con qué se construye esa dignidad?. ¿En qué consiste esa dignidad?. La pregunta ahora es: ¿Por qué luchamos por esa dignidad? Y la respuesta es: porque la intimidad está vinculada a la dignidad. ¿Cuál es ese lazo?. Uno a veces lo pierde y vale la pena que los recordemos aquí, colectivamente.

La Corte Constitucional no ha vacilado en repetir la prevalencia: «en un eventual conflicto insuperable entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, en donde no pueda ser posible un equilibrio o coexistencia, la intimidad deberá prevalecer».

Quienes trabajan en bibliotecas todos los días están familiarizados con las políticas de circulación de información en las entidades. En las grandes bibliotecas, como por ejemplo la del Congreso de los Estados Unidos, o los grandes archivos, como el archivo del Departamento de Estado de los Estados Unidos, el acceso a ella es bastante restringido. Hasta hace unos pocos meses están comenzando a aparecer las opiniones que tenían los diplomáticos norteamericanos sobre los hechos del 9 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia. Ha sido necesario que historiadores y periodistas se trasladen a esos archivos para poder consultar los documentos, que se han convertido en elementos fundamentales para la construcción de nuestra historia nacional. Allí la circulación de la información ha tenido límites, que no puede decirse de todos los casos que respondan a principios de intimidad. Responden a políticas institucionales, a políticas de relaciones internacionales, que de todas maneras limitan el acceso a esos documentos.

La Constitución ha sido vista por algunos como una carta excesivamente generosa en derechos y poco clara en deberes, lo cual es apenas una apreciación sin mucho fundamento, entre otras razones porque si se abre el artículo 95, hay toda una gama de deberes de la persona y del ciudadano, en particular el deber que más directamente nos concierne, el de obrar conforme al principio de solidaridad social, que tiene que ver con la vida y la muerte de los seres humanos. Pero hay algo más, una pequeña subparte, un bellissimo acápite o subacápite sobre el deber especial de mantener los archivos, y sobre cómo se vulnera el derecho fundamental a la información mínima vital. Para entender el esquema de esta sentencia, es necesario citar un caso particular.

Una señora interpuso una tutela el 28 de abril de 1994 contra un médico, fijense que en 1994 y ¿Por qué contra ese médico?. Aquí viene una historia de telenovela. Cuenta que el 11 de septiembre de 1987, en la clínica de maternidad Rafael Calvo Nuñez en Cartagena, le practicaron una cesárea y le extrajeron la matriz. Afirma que en la misma cirugía le preguntó al Doctor X por su criatura -y allí es donde comienza el drama-, este primero le dijo que estaba viva, pero luego le informó que estaba muerta. Y aquí están las palabras textuales de ella en la misma sala de cirugía: «*le pregunté al doctor*

por mi bebé y me dijo: «está vivo». Más tarde le pregunté nuevamente y me dijo: «está muerto». Ante mi insistencia por ver a mi hijo el doctor le dijo a la enfermera y al otro que estaba con él que buscara una caja y lo enterraran. Yo seguía insistiendo que quería ver a mi hijo pero el doctor no me dijo nada». Después fue trasladada al hospital universitario. Allí fue visitada por el mismo médico, siempre con evasivas, y ella llegó al convencimiento de que su niño estaba vivo.

Durante tres años solicitó a la clínica de maternidad le informara sobre la verdad de lo acontecido -y allí es donde entran los archivos- de conformidad con los libros de control en donde se hicieron las respectivas anotaciones. La señora dice: *“Lo grave del asunto consiste en que me dijeron que el niño varón había muerto, pero no mostraron el informe del facultativo. Tengo la impresión, por datos que he obtenido, que está vivo y que fue entregado a alguna persona, pues no existe ni constancia de defunción ni nada que demuestre el fallecimiento del mencionado niño».*

Se interpuso la tutela al médico. El médico no dió alguna explicación, y aquí vino a ponerse de presente que en esa misma clínica era costumbre informar a los pacientes de lo sucedido respecto al deceso de un paciente, y que había un procedimiento que, en el caso de ella, no se llevó. Bueno, no voy a detenerme, pero ese es el origen de la petición, y la señora insistió en saber toda la verdad acerca de su hijo.

¿Qué derecho consideró vulnerado?. La señora lo que pide es que se le respete, en una tutela prácticamente elaborada por ella, el derecho a ser informada sobre la verdad de lo acontecido, de conformidad con los libros de control en que se hicieron las respectivas anotaciones; el derecho a que le devuelvan el hijo y el derecho a que se haga justicia.

La Corte inicialmente verifica si en esa clínica ha habido o no una irregularidad. Es allí donde se plantea que es una necesidad para los seres humanos tener certeza sobre la vida y la muerte de los seres, y allí no existía. Por el contrario, había actuaciones irregulares de los funcionarios de la entidad de salud, y esas actuaciones violaron los derechos fundamentales de esta persona. Entre esos derechos el primero que violaron fue el de petición, al no responderle la que ella venía haciendo por años y años. Luego la Corte se pregunta si la violación en que incurrió esta clínica puede darse en el marco del artículo 15 de la Constitución, sobre la intimidad, pero también sobre lealtad, y dice que no se ha violado en el caso de la señora la lealtad, pero que tampoco se ha violado el derecho de acceso a los documentos públicos.

Pero si se ha violado, y aquí es donde viene a exponer toda la teoría de la que quería hablarles, el derecho a la información vital en circunstancias excepcionales. La Corte lo dice en la forma más clara, voy a leerlo finalmente, para concluir la exposición: *«si hay un derecho consustancial llamado derecho de información mínima vital, es consustancial a ese derecho el deber de mantener un archivo de la información que produce la institución, de tal manera que permita a los pacientes acceder a todas las circunstancias relacionadas con la intervención médica»*. Dice pacientes, pero podría extenderse a otras entidades, ya que su conocimiento es condición necesaria para la efectividad de otros derechos fundamentales.

La historia clínica, si bien representa parte importante de la memoria de las condiciones del tratamiento seguido a una persona, no constituye toda la documentación existente en las entidades de salud respecto a una persona, y aquí viene la Corte y se pronuncia sobre lo que son los archivos: *«los archivos son el reflejo documentado de la actividad práctica, jurídica, o administrativa de una persona o institución»*.

Por archivos públicos se entiende los producidos por una entidad pública o privada encargada de la prestación de un servicio público en el desarrollo de sus actividades o competencias, los cuales se organizan y conservan según el orden natural de dicha entidad. Dice con razón la Corte, que el archivo refleja la institución que lo ha producido históricamente. Agrega la Corte que los archivos han sido parte esencial de la civilización y entra en los recuentos históricos: Aristóteles los consideraba indispensables para un Estado modelo; a Napoleón se le atribuye la máxima según la cual un buen archivista es más necesario que un general de artillería. Las sociedades que no disponen de archivos son sociedades sin memoria. Sin ellos, en la práctica, no existiría organización estatal.

La Corte dice: *«un archivo no es la simple recolección o recopilación de documentos. El archivo es un conjunto orgánico de documentos unidos por un vínculo originario o de procedencia, que sirven para recuperar con agilidad y en tiempo oportuno toda la información almacenada por una oficina o institución en el curso de su actividad»*. La vulneración o amenaza del derecho a conocer una información personal puede presentarse finalmente, por la deficiente organización, conservación o custodia de los archivos de una entidad. En este caso se trató de una entidad de salud, pero eso es circunstancial, porque donde dice salud puede leerse cualquier otra entidad.

