



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN.-

“La Acción constitucional de Acceso a la Información Pública” contempla la potestad de los ciudadanos de acceder a la información pública como un derecho clave de la institucionalidad democrática.

El presente trabajo aborda una breve historia de la acción, sus alcances y restricciones; el trámite para acceder a la información pública; trata sobre la información secreta, reservada o confidencial; y un análisis de la acción en comparación con la regulación con legislaciones de otros países.

Por su trascendencia, el derecho de acceso a la información pública, ha sido incorporado en la legislación de varios países. En el nuestro, si bien se encontraba ya contemplado en la constitución de 1998, en el año 2004 entra en vigencia la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que consagra el Recurso Judicial de Acceso a la Información Pública. La actual Constitución que rige desde el 2008 garantiza el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, concebido como la potestad que tienen las personas para conseguir la información que emane o que se encuentra en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de derecho público y de derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades, a través de esta nueva acción constitucional.

La ley prevé un trámite ágil y sencillo para evacuar el recurso de acceso a la información, que persigue tornar eficaz un derecho constitucional que hasta hace poco había permanecido en el limbo jurídico.

Palabras Claves:

acceso, acción, confidencial, constitución, información, pública, reservada, transparencia.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria

Agradecimiento

Responsabilidad

Introducción

Capítulo I. Planteamiento Del Problema

- 1.1. Aspectos preliminares
- 1.2. Breve historia de la acción de acceso a la información pública
- 1.3. El recurso administrativo de acceso a la información pública
- 1.4. Conclusiones

Capítulo II. La Acción de Acceso a la Información Pública

- 2.1. Concepto
- 2.2. Alcances y restricciones de la acción
- 2.3. Requisitos para la presentación de la acción de acceso a la información pública
- 2.4 Trámite
- 2.5 Conclusiones

Capítulo III. Información Secreta, Reservada o Confidencial

- 3.1. Información que tiene el carácter de reservada
- 3.2. Declaratoria de reserva de la información
- 3.3. Razones por las que la información tiene el carácter de reservada
- 3.4. Conclusiones

Capítulo IV. Análisis de la Acción de Acceso a la Información Pública en Comparación con el contexto internacional

- 4.1. Recorrido por la legislación internacional en cuanto a la acción de acceso a la información pública
- 4.2. Comparación con la acción en la legislación ecuatoriana
- 4.3. Conclusiones

Capítulo V. Análisis de casos presentados en el Ecuador

AUTOR:
VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ



UNIVERSIDAD DE CUENCA

5.1. investigación sobre acciones de acceso a la información pública en nuestro país

5.2. Examen del procedimiento seguido en las acciones de acceso a la información pública

5.3. Análisis de la información obtenida en los casos explorados

Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

Bibliografía



UNIVERSIDAD DE CUENCA

UNIVERSIDAD DE CUENCA

**“LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA”**

DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TESINA PARA OBTENER EL DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHOS
CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

AUTOR: VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ

DIRECTOR DE TESINA: DR. VICENTE ANDRADE VÉLEZ

CUENCA-ECUADOR

2010



UNIVERSIDAD DE CUENCA

A mis hijos, todo lo hago por amor a Ustedes.

A mis padres, con amor y gratitud.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Agradecimiento: Al doctor Vicente Andrade Vélez.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los criterios y opiniones vertidos,
son de exclusiva responsabilidad de la autora.

Introducción.-

El acceso a la información pública es un derecho clave de la institucionalidad democrática, sin él no podría hablarse de transparencia en la gestión pública, constituyendo un impulso para el ejercicio del derecho ciudadano a la participación.

Una persona con posibilidad de acceder a la información de su interés, tendrá mayor probabilidad de desempeñar un papel protagónico en la gestión pública y en consecuencia podrá optimizar su ejecución y realizar un control social sobre los asuntos de interés general. Por ello, no solo es necesario una ciudadanía activa, sino la convicción de los funcionarios públicos de generar información y acabar con la cultura del secreto, arraigada en algunos segmentos de la administración pública.

Por su trascendencia, el derecho de acceso a la información pública, ha sido incorporado en la legislación de varios países. En el nuestro, si bien se encontraba ya contemplado en la constitución de 1998, en el año 2004 entra en vigencia la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que consagra el Recurso Judicial de Acceso a la Información Pública. Más, la actual Constitución que rige desde el 2008 garantiza el acceso a la información a los ciudadanos, a través de la “Acción de Acceso a la Información Pública”.

La importancia del tema radica en que el tener conocimiento del trámite a



UNIVERSIDAD DE CUENCA

seguirse, de los requisitos para proponerla, y de las limitaciones que observa la constitución y la ley, nos permitirá hacer efectivo el derecho constitucional de buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada y sobre todo, oportuna.

Es imprescindible partir este estudio con un análisis de las implicaciones que tiene el derecho de acceso a la información en la vida política de los estados, así como una referencia de cómo está abordado en diversos tratados internacionales.

Pondré énfasis en el análisis de los requisitos, tanto para solicitar información, como para proponer la acción en instancia judicial, por cuanto, al tratarse de una acción recientemente incorporada en la Constitución, se hace necesario puntualizar los requisitos para que proceda; así como lo atinente a las excepciones del principio de publicidad formulado en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, para descubrir que motivan dichas reservas.

He establecido como objetivo principal, establecer con claridad los requisitos para hacer uso del derecho constitucional de acceso a la información, con el fin de determinar si cumple su propósito y si otras legislaciones formulan de mejor manera el tema.

Pretendo que el presente trabajo sirva de guía en el tema, puesto que al ser una acción nueva en nuestra legislación, no contamos con suficiente bibliografía al respecto.

La metodología a utilizarse consiste en un análisis bibliográfico y comparativo.

AUTOR:
VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**“LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA”**

CAPÍTULO I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Aspectos preliminares.-

El acceso a la información pública acarrea dos preocupaciones: la primera, el interés y la efectiva participación de las personas en los asuntos del manejo del Estado, y la segunda, la información acerca de esos asuntos como condición esencial para la participación. Partiendo del hecho de que nuestro país es un estado democrático, el tema de la participación de la comunidad en los asuntos políticos y en las decisiones de los poderes públicos es fundamental, participación que requiere como condición indispensable el acceso a la información acerca de las actuaciones de las autoridades.

Numerosos pactos internacionales sobre derechos humanos, consagran el Derecho a la Información, tal derecho incluye la facultad de investigar, recibir y difundir información. Es precisamente la facultad de investigar asuntos relacionados a los poderes públicos lo que garantiza un ordenamiento jurídico de Acceso a la información pública y el derecho de petición de información.

El derecho de información ha sido una disciplina desconocida y olvidada, tanto por los legisladores como por la doctrina, habiendo sido más bien los periodistas, por razones obvias, quienes más han propugnado por la plena realización de la facultad de acceder a la información estatal; además a través de la prensa es la manera como la gente, por lo general, se entera del manejo de los asuntos del poder público. En nuestro país contamos ya con una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Con razón se ha afirmado que “un gobierno popular sin información popular o sin medios para adquirirla, no es sino el prólogo a una frase o una tragedia, o tal vez ambos. El conocimiento siempre gobernará a la ignorancia, y aquellos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que se consideran sus propios gobernantes deben armarse con el poder que se les brinda.”ⁱⁱ

Podría decirse que el derecho de acceso es la facultad que tienen las personas para obtener la información que emane o que se encuentre en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de derecho público y de derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 18, establece que toda persona en forma individual o colectiva, tiene derecho a acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. Determina también que, no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley; y que, en caso de violación de derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

A más de ello, existen disposiciones que se encuentran incorporadas en varios Convenios Internacionales de los cuales nuestro país es signatario, y donde se establece el fundamento jurídico del derecho al acceso a la información pública. Entre otras se tienen:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 19.- “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 19, numeral dos. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Costa Rica” (1969) “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Cabe resaltar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados partes la obligación de respetar los derechos y libertades que consagra, y garantizar el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos reconocidos en ella, a toda persona sujeta a su jurisdicción.

La Declaración de Chapultepec (1994), suscrita por el Ecuador, en sus numerales dos y tres de los Principios indica lo siguiente: “Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos”. “Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información”.

El derecho al acceso a la información pública es una herramienta privilegiada para combatir el embate de la corrupción y además ayuda al proceso de rendición de cuentas. Es ejercer la posibilidad de escrutinio directo de los actos de los funcionarios públicos por parte de los mandantes, de los ciudadanos.

Por otra parte, una de las dimensiones de la Justicia Constitucional tiene que ver con la existencia de una serie de mecanismos legales a los cuales quien se ve perjudicado en el ejercicio de sus derechos fundamentales, puede acudir.

Nuestra Carta Magna consagra algunas garantías constitucionales que constituyen procedimientos judiciales que tutelan una serie de derechos fundamentales, de manera amplia, como es el caso de la Acción de Protección, o específica como en relación al Habeas Data o la novedosa "Acción de Acceso a la Información Pública".



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Doctrinariamente se concibe a una garantía como una técnica prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por lo tanto, en palabras de Luigi Ferrajoli para "posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional".ⁱⁱ

De tal manera que una garantía tiene que ver con la suficiente protección que el sistema provee a un derecho. En este contexto, las acciones o recursos judiciales resultan instrumentos procesales que hacen efectiva la protección mencionada.

Entre aquellos disponibles en nuestro ordenamiento contamos con la Acción de Acceso a la Información, consagrado en la constitución y regulado por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

1.2. Breve historia de la acción de acceso a la información pública.- La introducción del derecho de acceso a la información pública en el sistema jurídico y particularmente en los textos constitucionales, contribuye a que los ciudadanos puedan evaluar de mejor manera el desempeño de los gobernantes, amplía la garantía y fundamento del derecho a la información, fortalece la democracia y otorga una herramienta concreta para la transparencia del sistema. Es por ello que, a la luz de lo expuesto, y a fin de la mayor difusión y profundización de tal derecho en el seno de nuestras sociedades, creemos pertinente presentar un panorama del derecho de acceso a la información pública en el derecho comparado, en el sistema interamericano de derechos humanos y en los regímenes jurídicos de algunos Estados parte del mismo.

1.2.1. En el ámbito de la Unión Europea.- La aprobación del Tratado de Maastricht en 1992 mostró la disonancia existente entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos europeos que, lejos de hacer suyo el proyecto comunitario, parecían por ese entonces ser muchos más quienes avizoraban



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la pérdida inminente de sus tradicionales vidas, que quienes gozaban con las perspectivas de una nueva Europa. Estos y otros datos llevaron a las instituciones comunitarias a iniciar una reflexión para ver qué podían hacer para mejorar tal situación y, al fin y al cabo, permitir a los ciudadanos conocer cómo se estaba actuando sobre el particular. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa (junio de 1992), señalaban ya en esos momentos iniciales que el Consejo estaba de acuerdo en que debían hacerse avances concretos para aumentar la transparencia en el proceso de adopción de decisiones en la Comunidad y aumentar el diálogo con los ciudadanos de Europa sobre el Tratado de Maastricht y su aplicación.

Posteriormente, se fueron aprobando diversas comunicaciones que incidían directamente en el ámbito de la información de la Unión Europea a los ciudadanos. Así, las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo (diciembre de 1992), incluyeron, entre otras, una declaración relativa a la información sobre el papel del Consejo y sobre el acceso a los trabajos del Consejo, destacándose la necesidad de incrementar la información general sobre el papel y las actividades del Consejo a través de la publicación del Informe Anual y el aumento de las actividades informativas en general.

La Comisión aprobó el criterio de una mayor transparencia en el trabajo de la Comisión, que propugnaba mejorar la difusión de la información existente referida a dicha Institución. Posteriormente, la Comisión Transparencia en la Comunidad, dirigida al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social, de junio de 1993, renueva el compromiso de dicha institución con el principio de transparencia y la información al ciudadano como mecanismos necesarios para avanzar en el proceso de integración europea.

Junto a los mecanismos, previstos inicialmente para la Comisión pero que se han ido extendiendo a otras instituciones y órganos comunitarios, la Unión Europea ha incrementado su transparencia a través del reconocimiento del derecho de acceso a los documentos de las instituciones y órganos comunitarios. El derecho de acceso después de un tenue reconocimiento en el Tratado de Maastricht ha obtenido definitivamente partida de nacimiento



UNIVERSIDAD DE CUENCA

con la aprobación del Tratado de Ámsterdam.

1.2.2. En España.- La Constitución Española de 1978, específicamente en el Artículo 105. b), remite a la regulación de la ley el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excepto en aquello que afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

La Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, atribuye a los ciudadanos el derecho al acceso a los registros y archivo de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución Española y en otras leyes específicas. Dicha ley establece que el derecho de acceso a los documentos públicos podrá ejercerse en los siguientes casos:

- cuando no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.
- cuando no contengan datos referentes a la intimidad de las personas, puesto que en este caso estos datos sólo podrán ser conocidos por los propios interesados.
- la misma limitación se aplicará a los procedimientos sancionadores y disciplinarios respecto de las personas sancionadas administrativamente.

La Administración sólo podrá denegar el acceso a los archivos públicos por resolución motivada en tres casos: por razones de interés público; por intereses de terceros más dignos de protección; cuando lo disponga una ley.

1.2.3. El derecho de acceso a la información pública en el ámbito interamericano: En 1996, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) se adoptó la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). El mismo establece una serie de compromisos a cumplir por los Estados firmantes en la lucha contra la corrupción y la transparencia de los actos de gobierno. Su contenido cubre un amplio espectro de obligaciones



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en cuanto al acceso a la información por parte de los ciudadanos: desde la obligación de reglamentar declaraciones juradas para los funcionarios públicos hasta mesurar las normas del secreto bancario, transparentar el régimen de compras del Estado y tipificar como delitos determinadas acciones de ocultamiento.

El derecho de acceso a la información pública es parte integrante e imprescindible del derecho a dar y recibir información. El derecho a la información y a la libertad de expresión es indivisible de los demás derechos, es un derecho necesario para el ejercicio y la protección de los demás. Sin libertad de expresión y sin posibilidad de acceso a la información no se puede participar en el debate nacional sobre la política económica del gobierno.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece el derecho a la libertad de expresión y sin duda alguna el derecho de acceso a la información pública es parte integrante del mismo. Esta afirmación ha sido sostenida por la comisión, así uno de sus principios establece que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos y que los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

1.2.4. En el ámbito constitucional y legal latinoamericano.-

1.2.4.1. Argentina: La Constitución Argentina (1853-1860) ya consagraba la libertad de imprenta. Con la reforma constitucional de 1994, se le otorgó jerarquía constitucional a diez Tratados de Derechos Humanos, incorporándose así el Pacto de San José de Costa Rica, el cual por su Artículo 13 consagra el derecho a dar, recibir y difundir información.

Asimismo en el Capítulo II de la Carta Magna Argentina ("*Nuevos derechos y garantías*") se estableció el derecho a ser provisto de información ambiental por las autoridades públicas.

En el orden normativo específico, a nivel nacional se ha dictado el Decreto 1172/03 por el cual se aprueban los Reglamentos Generales de Audiencias



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la Publicidad de la Gestión de Intereses en dicho ámbito. Asimismo se establecen las pautas para la elaboración participativa de normas, el acceso a la información pública y las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos. Por su parte, la Ley 25.831 (de 2004) ha establecido el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, por el cual se establecen los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas, donde se establece que para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. A su vez, y en el caso específico, el Estatuto del Periodista Profesional, Ley 12908, establece en su artículo 13 que el periodista tiene derecho al *"acceso libre a toda fuente de información de interés público"*.

1.2.4.2. Brasil: La Constitución de Brasil de 1988 establece que todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado.

1.2.4.3. Colombia: La Constitución Política de Colombia de 1991 (reformada en el año 2001) consagra en que *"Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable"*.

1.2.4.4. Costa Rica: La Constitución de Costa Rica de 1949, con la reforma del año 2001, consagra que: *"Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado"*.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.2.4.5. México: La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (publicada en el Diario Oficial con fecha 11 de junio de 2002) establece que tal ley, de orden público, tiene como finalidad 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.

1.2.4.6. Ecuador: El artículo 81 de la Constitución de 1998, garantizaba el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que está sujetos todos los funcionarios del Estado y demás entidades obligadas y estableció que no existe reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley.

En base a esa norma constitucional y a la necesidad de hacer efectivo el principio de publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado y de aquellas financiadas con recursos público o que por su naturaleza sean de interés público, el Congreso Nacional del Ecuador, el 4 de mayo del 2004 sancionó la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública, la que en su primer artículo consagra el principio de publicidad de la información pública, al establecer que el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado y que toda información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las ONG's, están sometidas al principio de publicidad, por tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en dicha Ley.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Uno de los objetivos del mentado cuerpo legal fue cumplir con lo dispuesto en la Constitución referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público, dignatarios, autoridades y funcionarios públicos y demás personas obligadas.

La actual constitución, al tratar las garantías jurisdiccionales, en su artículo 81 contempla que la Acción de acceso a la información pública tiene por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha suministrado no sea completa o fidedigna.

1.3. El recurso administrativo de acceso a la información pública.-

El denominado "Proceso administrativo de acceso a la información pública" es abordado en el Título Cuarto de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y en el Capítulo IV del Reglamento General a dicha Ley. En el artículo 11 del, se repite prácticamente lo que dice el artículo 19 de la Ley con respecto a los requisitos para pedir información a una entidad poseedora de aquellas obligadas por la Ley.

En primer lugar, la solicitud de acceso a la información debe dirigírsela al titular de la institución de la cual se solicita la información, y contendrá los requisitos establecidos en la ley, detallando en forma precisa la identificación del solicitante, la dirección domiciliaria a la cual se puede notificar con el resultado de su petición y la determinación concreta de la información que pide.

Las solicitudes relacionadas con el acceso a la información deberán ser presentadas en la dependencia que hubieren determinado las propias instituciones públicas, las que deben haber sido puestas, además en conocimiento de la Defensoría del Pueblo. Dichas peticiones serán atendidas por los funcionarios delegados por los representantes legales de las instituciones públicas y privadas.

La institución que hubiere receptado la petición de acceso a la información deberá contestar la solicitud de información en el plazo de diez días, prorrogable por cinco días más y únicamente por causas debidamente justificadas, las que deberán ser explicadas al peticionario.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el evento de que la autoridad ante quien se hubiera presentado una solicitud de acceso a la información, la negare, no la contestare dentro del indicado plazo de diez días, o lo hiciera en forma incompleta, de manera que no satisfaga el requerimiento formulado, el peticionario tendrá derecho a presentar los recursos administrativos, judiciales o las acciones constitucionales que creyere convenientes, a más de que, podrá solicitar la sanción que contempla la ley, a los funcionarios que así hubieren procedido.

Habría sido importante que se especifique en el reglamento que además de los requisitos mencionados, no se requerirá otra formalidad para atender las solicitudes de acceso, pues en la práctica se han presentado numerosos casos en los que diversas entidades exigen algunos requisitos adicionales totalmente improcedentes, como patrocinio de abogado o precisar el motivo de la solicitud.

Preocupa en cuanto a estos requisitos, que no se puntualiza de forma más específica qué significa identificarse como solicitante, qué requisitos básicos debe pedir cada entidad para procesar las solicitudes. Así mismo, no se reglamenta el tema del grado de concreción de la información. Ante estos vacíos, advertimos que en cualquier caso, no se puede exigir a los solicitantes más requisitos de identificación que no sean los estrictamente necesarios para singularizarse: nombre, número de cédula de identidad y dirección. Esto último además para precisar el lugar donde se debe remitir la información.

Es importante resaltar que el Reglamento no establece procedimiento diferenciado en cuanto al carácter público o privado de la entidad. Otras regulaciones que se introducen acerca del procedimiento de acceso, resultan importantes para permitir la implementación administrativa de este derecho.

1.4. Conclusiones.-

Todos los ciudadanos tenemos derecho a participar en la vida pública de nuestro país y uno de los factores que más incide en la calidad de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

participación ciudadana es el acceso a la información. De la calidad, cantidad y oportunidad de la información depende que los ciudadanos podamos participar en la toma de decisiones, contribuyendo así a una gestión más interactiva, transparente y democrática. La Ley garantiza que la información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información pública.

Si bien el derecho de acceso a la información ha sido garantizado décadas atrás por varios acuerdos y convenios internacionales, este derecho no ha sido una prioridad dentro de la agenda pública durante los últimos años, sin embargo, cada vez adquiere mayor importancia.

El derecho de acceso, es la potestad que tienen las personas para obtener la información que emane o que se encuentre en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de derecho público y de derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades. La Constitución ecuatoriana reconoce tal derecho y determina que no existe reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley y en caso de violación de derechos humanos. Dicha norma suprema formula algunas garantías constitucionales que constituyen procedimientos judiciales que tutelan una serie de derechos fundamentales, dentro de las cuales encontramos a la Acción de Acceso a la Información Pública, entendida como una técnica prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por lo tanto, para viabilizar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en encadenamiento con la norma constitucional.

La Constitución de 1998 garantizaba el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado y demás entidades obligadas, y estableció que no existe reserva respecto de informaciones, con las excepciones legales, en virtud de la cual, y en vista de la necesidad de hacer



UNIVERSIDAD DE CUENCA

efectivo tal principio de publicidad, el 18 de mayo del 2004 entra en vigencia la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que en su primer artículo consagra el principio de publicidad de la información pública, al establecer que el acceso a tal información es un derecho garantizado por el Estado.

El principal objetivo de la ley, es cumplir con lo dispuesto en la Constitución referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público.

La constitución vigente contempla que la Acción de acceso a la información pública tiene por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha suministrado no sea completa o fidedigna.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO II.

LA ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

2.1. Concepto.-

Para arribar a un concepto de lo que constituye la acción constitucional de acceso a la información pública, debemos partir del hecho de que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional. Acción y jurisdicción son conceptos que se corresponden y, podría afirmarse que la acción es el derecho a la jurisdicción.

La acción es considerada un poder en sentido amplio. La acción en sentido abstracto es simple actividad, en sentido concreto equivale a la acción con derecho.

La acción es el poder jurídico de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional.

Se habla de acción cuando se refiere a la actividad procesal de estado. El derecho de una persona a acceder a cierta información, es una facultad, pero no es una acción, de la cual sólo puede hablarse si lo reclama judicialmente. Por lo tanto sólo puede hablarse de acción, cuando hay proceso y corresponde a aquel a quien se le prohíbe obrar por sí mismo. Considerada la acción, como derecho autónomo, se advierte la presencia en ella de tres elementos: sujetos, objeto y causa.-

Sujeto Activo: Es el titular de la relación jurídica que se pretende amparada por una norma legal. (ACTOR).

Sujeto Pasivo: Es aquel frente al cual se pretende hacer valer esa relación jurídica (DEMANDADO).

Pero actor y demandado, son sujetos activos de la acción en su función procesal, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor admitiendo o rechazando la pretensión jurídica.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Objeto: El efecto al cual se tiende con el ejercicio de la acción. La Doctrina moderna demuestra que lo que el actor busca, en realidad, es una sentencia que declare si su pretensión es o no fundada.

Causa: Es el fundamento del ejercicio de la acción. La pretensión jurídica: viene a ser el fundamento único de la acción.

Podría definirse entonces, a la acción de acceso a la información pública como: el derecho que tiene todo ciudadano, a quien se le haya negado expresa o tácitamente, a acceder a la información pública, acción que puede ser interpuesta inclusive cuando tal negativa se sustente en el carácter de secreto, reservado o confidencial.

Si bien, el artículo 81 de la anterior Constitución Política de la República del Ecuador (1998), garantizaba el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado y demás entidades obligadas; más específicamente el artículo 23, numeral 7 de dicha Constitución establecía que, sin perjuicio de los derechos establecidos en esa Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocía y garantizaba a las personas: el derecho a recibir información adecuada y verás sobre su contenido y características; además de que se contaba ya con la figura del habeas data, por medio de la cual se asegura a las personas el derecho a acceder a la información que sobre si misma o sus bienes, conste en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito y se da la posibilidad de rectificación o eliminación de los datos si estos no fuesen verdaderos o si afectaren de manera ilegítima a los derechos de las personas. Sin embargo la Constitución precedente no contemplaba la actual “Acción de Acceso a la Información Pública”, siendo más bien la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en mayo del 2004, la que regula el llamado “Recurso de Acceso a la Información”.

Si bien, este resulta ser un mecanismo procesal de la más alta jerarquía, ha

AUTOR:
VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ



UNIVERSIDAD DE CUENCA

sido cuestionada su denominación de "Recurso" sosteniéndose que, más propiamente debería habérselo establecido en la referida ley orgánica como "Acción" puesto que faculta al peticionario a acudir al juez con una pretensión que sería el ejercicio de su derecho fundamental sobre determinada información pública, que ha sido prohibido o impedido.

La constitución vigente, ha incorporado la novedosa "Acción de Acceso a la Información Pública", en su artículo 91, en los siguientes términos:

Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

2.2. Alcances y restricciones de la acción.-

El ejercicio del derecho de acceso a información según la legislación ecuatoriana se puede ejercer en forma directa, esto es, hacer una solicitud a una entidad pública y recibir de ésta la información solicitada. Pero si el acceso es negado, quebrantando un principio constitucional, existen algunas vías para impugnar esa decisión, las que pueden ser: impugnación en sede administrativa (ante el superior jerárquico), impugnación por vía constitucional (por violación del derecho constitucional).

Acceso directo: La constitución establece en el artículo 75 que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y que en ningún caso quedará en indefensión.

El literal l) del artículo 76 dispone que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, que no habrá motivación si en la resolución no se



UNIVERSIDAD DE CUENCA

enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, y que si los actos administrativos, resoluciones o fallos no se encuentran debidamente motivados se considerarán nulos. En otras palabras, desde el punto de vista constitucional no puede simplemente negarse el acceso a información a una persona, sino que debe motivarse tal negativa.

Por su parte, la Ley de Modernización del Estado, en su artículo 28 establece que toda solicitud, pedido o reclamo a una autoridad pública deberá ser resuelta en un término no mayor a 15 días contados a partir de la fecha de su presentación. Adicionalmente señala que las solicitudes se entenderán como aceptadas si en dicho término no se ha despachado lo que se ha requerido. Pero si la contestación es negativa, el requirente podrá acceder a la vía judicial o a la vía administrativa, si considera que sus derechos han sido vulnerados.

El Reglamento General a la Ley de Modernización, por su parte, establece que los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se encuentren debidamente motivados se considerarán como actos violatorios de ley. La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los puedan conocer directamente.

La mezcla de estas normas constituye un marco básico para ejercer el derecho a acceder a la información pública, sin perjuicio de las obligaciones del petionario a la hora de ejercerlo, como es el caso de la necesidad de especificar la información que requiere, la determinación de que se entiende en concreto por información reservada, etc. Por tanto, si la administración pública, a través de uno de sus funcionarios, niega el ejercicio de este derecho a los ciudadanos, estos pueden ejercer acciones en la vía jurisdiccional o en la vía administrativa.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Vía Administrativa.- es la impugnación que puede hacer un ciudadano de cualquier acto administrativo, ante su superior jerárquico. La negativa al acceso a la información constituye un acto administrativo, que podría materializarse, ya sea en forma escrita o también verbal.

En nuestro caso, todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades del Estado son impugnables en sede administrativa o judicial. En el caso de las entidades del Ejecutivo, la impugnación en sede administrativa se hará de conformidad a las normas del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En el caso de otras entidades, de acuerdo a sus propias regulaciones.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública dispone que el interesado a acceder a la información pública, que reposa, manejan o producen las personas jurídicas de derecho público, las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades y las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular de la institución.

Dispone también, que en dicha solicitud deberá constar en forma clara la identificación del solicitante y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud, la cual deberá ser contestada en el plazo de diez días, el que puede prorrogarse por cinco días más, por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario.

La mentada ley orgánica, establece límites de la publicidad de la información, disponiendo que la solicitud de acceso a la información no implica la obligación de las entidades de la administración pública y demás entes señalados, a crear o producir información, con la que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En cuyo caso, la institución o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

entidad, deberá comunicar por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada.

Aclarándose que no se entiende como producción de información, a la recopilación o compilación de información que estuviese dispersa en los diversos departamentos o áreas de la institución requerida, para fines de proporcionar resúmenes, cifras estadísticas o índices solicitados por el peticionario.

Es importante recalcar que, la denegación de acceso a la información o la falta de contestación a la solicitud, en el plazo señalado, da derecho al requirente a formular los recursos administrativos, judiciales y constitucionales pertinentes. A más de que faculta a proceder a la imposición a los funcionarios responsables, de las sanciones establecidas en Ley.

Acceso por vía Constitucional.- Cuando el derecho de acceso a la información ha sido vulnerado, los mecanismos de acceso a la justicia permiten a los ciudadanos obtener la tutela estatal en relación a los derechos reconocidos en la Constitución, a la vez que cuentan con la posibilidad de impugnar las decisiones que contravienen estos mismos derechos.

Estos mecanismos posibilitan a los ciudadanos acceder al sistema judicial o a las diferentes instancias gubernamentales con el fin de presentar denuncias y demandas frente a actuaciones que impliquen violaciones de derechos o decisiones estatales que sean lesivas para los intereses de la sociedad.

Nuestra actual Constitución aprobada en el 2008, establece varias garantías jurisdiccionales con el fin de que los ciudadanos obtengan la tutela efectiva del Estado, introduciéndose algunos elementos importantes respecto a las diferentes acciones que pueden presentar los ciudadanos para defender sus derechos. Al ser estas garantías para todas las acciones que en general violen derechos constitucionales, es de plena aplicación al acceso a la información pública.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Al respecto, se han establecido en el artículo 86 de la Constitución las siguientes disposiciones:

- Todas las personas, grupo de personas, comunidades, pueblos o nacionalidades pueden proponer las acciones previstas en la Constitución.
- Los jueces competentes para conocer las acciones son aquellos que se encuentren en el lugar en el que se origina el acto o la omisión, o donde se producen sus efectos.
- Se prevé un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, oral en todas sus fases e instancias.
- Son hábiles para presentar acciones todos los días y horas.
- Se pueden proponer las acciones de forma oral o escrita, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida.
- No es indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
- Las notificaciones serán efectuadas por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y el órgano responsable del acto u omisión.
- Presentada la acción se convoca inmediatamente a una audiencia pública. Las pruebas se pueden ordenar en cualquier momento del proceso. El proceso termina con la sentencia del juez.
- Los fundamentos alegados por el accionante se presumen ciertos cuando la entidad pública demandada no demuestre lo contrario o no suministre información requerida.

Las acciones previstas en la Constitución, aplicables para la defensa de los derechos de participación y de acceso a la información pública, son fundamentalmente la acción de protección y la acción de acceso a la información, respectivamente.

La **acción de protección**, tiene como objeto amparar directa y eficazmente los derechos constitucionales. Esta acción puede interponerse en tres casos:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a. cuando existe vulneración de los derechos constitucionales por actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales,
- b. contra políticas públicas en los casos que impliquen la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y,
- c. en caso de violaciones de derechos que procedan de personas particulares, cuando la violación provoca un daño grave, por la prestación de servicios públicos impropios, en actuaciones por delegación o concesiones o si el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Con la aprobación de la actual Constitución dejó de existir el recurso de amparo, regulado por la Constitución de 1998. Este recurso tenía una naturaleza cautelar ya que a través de la interposición de este recurso se buscaba la adopción de medidas urgentes con el objeto de cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos que violaran derechos constitucionales o derechos establecidos en tratados internacionales.

La diferencia con la acción de protección es que esta acción tiene la naturaleza de un proceso de conocimiento a través del cual se declarará la violación del derecho constitucional y se obligará al demandante a reparar las consecuencias de los actos denunciados.

Respecto al derecho de acceso a la información, se introdujo la **acción de acceso a la información pública**. Si bien en la Constitución de 1998 ya se reconoció el derecho de las personas de acceder a la información pública y que no hubiere sido declarada como reservada, este derecho de acceso a la información se garantizaba a través del recurso de acceso a la información pública establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En la actualidad ya se establece en la Constitución un recurso para tutelar el derecho de acceso a la información. Se trata de la acción de acceso a la información pública. De acuerdo a lo establecido en el artículo 91 de la Constitución, esta acción tiene como objeto



UNIVERSIDAD DE CUENCA

garantizar el acceso a la información cuando ésta ha sido denegada expresa o tácitamente o cuando la información que se ha proporcionado no es completa o fidedigna, y puede ser interpuesta incluso cuando la negación de información ha sido fundamentada en el carácter secreto, reservado o confidencial de la información.

2.3. Requisitos para la presentación de la acción de acceso a la información pública.-

Como se ha visto, el derecho de acceso a la información, está también garantizado en instancia judicial por la acción de acceso a la información pública, contemplado en la Constitución.

Están facultados para interponer la acción de acceso a la información, toda persona a quien se le hubiere denegado en forma tácita o expresa, la concesión de información de cualquier índole a la que se refiere la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública ya sea por la negativa de la información, ya sea por habérsela conferido de manera incompleta, cuando la misma se encuentre, alterada, e incluso cuando si la negativa se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.

La acción de acceso a la información pública se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece las causales para que proceda el recurso de Acceso a la Información Pública ante la Función Judicial, siendo éstas:

- a) La autoridad ante la que se hubiere presentado la solicitud de acceso se hubiera negado a recibirla o hubiere negado el acceso físico a la información; y,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b) La información sea considerada incompleta, alterada o supuestamente falsa, e incluso si la negativa se hubiera fundamentado en el carácter reservado o confidencial de la misma.

A esto debe agregarse la negativa de la solicitud que constituiría el primer motivo que de lugar al recurso. El citado artículo se refiere no a la negativa de la solicitud, sino a que la autoridad se niega a recibirla. De esta manera, restringe la presentación del Recurso indicado. Sin embargo, el Art. 22 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su inciso segundo establece claramente que procede el Recurso judicial cuando se haya negado tácita o expresamente el acceso. Se entendería lo anterior cuando la solicitud de acceso es negada de manera expresa o no se la contesta en el plazo de diez días, más cinco de prórroga por motivos justificados que establece la referida ley.

El reglamento a dicho cuerpo legal hace alusión, además al patrocinio de un abogado, por tratarse de un trámite judicial. Igualmente, especifica que este Recurso será de competencia de los Jueces de lo Civil o los Tribunales de Instancia del domicilio del poseedor de la información.

El artículo 91 de la Constitución de la república, en tanto, permite plantear la acción de acceso a la información pública, únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando ha sido denegada expresa o tácitamente; o,
2. Cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna.

La Acción de Acceso a la Información Pública, contendrá necesariamente, como mínimo, los siguientes datos:

- a) La identificación del demandante;
- b) Fundamentos de hecho y de derecho, en lo que se fundamenta su pedido;
- c) Señalamiento de la autoridad de la entidad sujeta a esta Ley, que denegó la información; y,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

d) La pretensión jurídica.

2.4 Trámite.-

El Reglamento a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, contempla que los jueces o el tribunal, avocarán conocimiento en el término de cuarenta y ocho horas, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

El juez o tribunal en el mismo día en que se plantee la Acción de Acceso a la Información Pública, deberá convocar, por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes.

La resolución deberá ser dictada en el término máximo de dos días, contado desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no hubiere asistido a ella.

Admitido a trámite la acción, los representantes legales de las entidades o las personas naturales accionadas, están obligadas a presentar al juez de la causa, dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida.

En el evento de que se tratare de información reservada o confidencial, tal hecho deberá ser demostrado documentada y motivadamente, la forma de comprobarlo, es con la presentación del listado índice de la legal y correcta clasificación en los términos de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Si el representante legal de la entidad demandada o la persona natural accionada justifican plenamente la clasificación de reservada o confidencial, el juez o tribunal, confirmará la negativa de acceso a la información.

Si el juez o tribunal determina que la información no corresponda a la clasificada como reservada o confidencial, en los términos de la referida ley



UNIVERSIDAD DE CUENCA

orgánica, deberá entregar dicha información al recurrente, en el término de veinticuatro horas. Pudiendo, la autoridad que alegue que la información es reservada, apelar de esta resolución para ante la Corte Constitucional.

Dentro de la acción de acceso a la información, instaurado por denegación de acceso a la información pública, por denuncia o de oficio y cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez de oficio o a petición de parte, deberá dictar cualquiera de las siguientes medidas cautelares:

- a) Colocación de sellos de seguridad en la información; y,
- b) Apreensión, verificación o reproducción de la información.

Para la aplicación de tales medidas cautelares, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que de considerarse insuficiente la respuesta, a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida deberá facilitar el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario.

Así mismo, dispone que de la resolución de acceso a la información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, se podrá apelar ante la Corte Constitucional, para que confirme o revoque la resolución apelada. El recurso de apelación, puede ser interpuesto dentro de los tres días hábiles siguientes y será concedido con efecto devolutivo, salvo en el caso de recursos de apelación deducidos por acceso a la información reservada o confidencial.

Si el recurso fuere negado por el juez o Corte Constitucional, cesarán las medidas cautelares.

A más del trámite judicial, el título sexto de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública prevé sanciones a los funcionarios o empleados públicos y privados que incurrieren en actos u omisiones de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

denegación ilegítima de acceso a la información pública, entendiéndose ésta como información que ha sido negada total o parcialmente ya sea por información incompleta, alterada o falsa que proporcionaron o debieron haber proporcionado, sanciones que varían según la gravedad de la falta, y sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

Las respectivas autoridades o entes nominadores, o los prefectos, alcaldes, consejeros, concejales o miembros de juntas parroquiales, según sea el caso, impondrán las siguientes sanciones:

- a. Multa equivalente a la remuneración de un mes de sueldo o salario que se halle percibiendo a la fecha de la sanción;
- b. Suspensión de sus funciones por el tiempo de treinta días calendario, sin derecho a sueldo o remuneración por ese mismo lapso; y,
- c. Destitución del cargo, en caso de que, a pesar de la multa o suspensión impuesta, el funcionario persistiere en la negativa a la entrega de la información.

Tales sanciones se impondrán una vez concluido el respectivo recurso de acceso a la información pública.

En el evento de que los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las personas naturales poseedoras de información pública que impidan o se nieguen a cumplir con las resoluciones judiciales a este respecto, serán sancionadas con una multa de cien a quinientos dólares por cada día de incumplimiento a la resolución, que será liquidada por el juez competente y consignada en su despacho por el sancionado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

La remoción de la autoridad o del funcionario que incumpliere la resolución, no exime a quien lo reemplace del cumplimiento inmediato de tal resolución.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.5. Conclusiones.-

Se afirma que las expresiones “derecho a la información” y “derecho de acceso a la información” no son sinónimos, como parece, concibiéndose al derecho a la información como la garantía fundamental de los ciudadanos a: atraer información, a informar y ser informado, de lo que se desprende que el derecho a la información comprende tres aspectos fundamentales: el derecho a atraer u obtener información, a informar y ser informado.

El derecho a atraer información implica la posibilidad de acceder a los archivos, registros y documentos públicos; así como a la decisión de que medio se lee, se escucha o se contempla.

Por su parte, el derecho a informar, comprende las libertades de expresión y de imprenta, así como el de constituir sociedades y empresas informativas, o lo que se conoce en nuestro medio como medios de comunicación.

En tanto que el derecho a ser informado, que comprota la facultad de recibir información objetiva y oportuna, la misma que debe ser completa y de carácter universal, es decir, que la información es para toda persona y sin exclusión alguna.

El derecho de acceso a la información, como prerrogativa de las personas para acceder a datos registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas y empresas privadas que ejercen gasto público o cumplen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática.

Frente al derecho de acceso a la información pública, varias legislaciones han previsto otro tipo de garantías para hacer efectivo el derecho de acceso a la información personal, consistente en la acción de habeas data, la que es considerada como una modalidad del derecho de acceso a la información pública, aunque con diferencias bien marcadas en cuanto al objeto para el cual fueron instituidas. Se puede decir que, mientras la acción de habeas data, tiene por objeto el acceso a documentos, banco de datos e informes sobre la persona solicitante, quien para el efecto es el único legitimado activo;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la acción de acceso a la información pública tiene por objeto permitir el acceso a información considerada de orden público, pudiendo intervenir como legitimado activo, cualquier persona.

Entre las garantías constitucionales consagradas en nuestra carta magna, a favor de los ciudadanos encontramos los relacionados con la información y comunicación, el que se encuentra en el artículo 91 de la Constitución, según el cual, la acción de acceso a la información pública tiene por objeto garantizar el acceso a ella cuando a sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la proporcionada es incompleta o no sea fidedigna. Lo que precautela el derecho de acceso a la información es que se cuente con entidades o instituciones públicas y privadas transparentes, las que se verán obligadas a rendir cuentas de sus actos a la sociedad.

Debe notarse que, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de las acciones, donde el legitimado activo es el directamente afectado por un acto o consecuencia jurídica, en la aplicación del derecho de acceso a la información, se considera legitimado activo a cualquier persona, sin necesidad de que justifique un interés directo o una afectación directa a su persona; de tal manera que, quien vaya a intervenir en esta calidad no tiene necesidad de justificar derechos subjetivos, interés legítimo o razones que evidencien su comparecencia.

La acción de acceso a la información pública se puede interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida, la Constitución de la república permite plantear la acción de acceso a la información pública, en los siguientes casos:

- Cuando ha sido denegada expresa o tácitamente; o,
- Cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna.

La Acción de Acceso a la Información Pública deberá contener los requisitos previstos en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su respectivo reglamento.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Está previsto un trámite ágil, disponiendo el juez o el tribunal del término de 48 horas para avocar conocimiento, siempre que no exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas en la mentada Ley Orgánica, debiendo convocar, por una sola vez, a las partes a ser oídas en audiencia pública, a celebrarse dentro de las veinte y cuatro horas subsiguientes, y dictarse resolución, en el término máximo de dos días, contado desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no hubiere asistido a ella. Luego de lo cual, si se hubiere admitido a trámite la acción, los representantes legales de las entidades o las personas naturales accionadas, están obligadas a presentar al juez de la causa, dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida.

Se prevé la posibilidad de dictar medidas cautelares, cuando se considere que la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción.

De la resolución de acceso a la información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, se podrá apelar ante la Corte Constitucional, para que confirme o revoque la resolución apelada.

La Acción de Acceso a la Información Pública permite a los gobernados conocer de manera directa la información relacionada con el manejo de los bienes y asuntos de carácter público, con lo cual se hace posible la aplicación directa de los principios de publicidad, transparencia de la información y rendición de cuentas, a los que se hallan sometidos todos quienes, de una u otra manera, son responsables de la cosa pública.

Se deduce entonces, que el legislador ha considerado un trámite ágil y sencillo para evacuar el recurso de acceso a la información, pues, de lo que se trata es de tornar eficaz un derecho constitucional que hasta hace poco había permanecido en el limbo jurídico.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO III

INFORMACIÓN SECRETA, RESERVADA O CONFIDENCIAL.

3.1. Información que tiene el carácter de reservada.-

La información secreta, reservada o confidencial, conocida también como información sensible, es aquella cuyo contenido se refiere a cuestiones privadas y cuyo conocimiento general puede ser generador de perjuicio o discriminación. Así toda publicidad respecto de información relacionada con preferencias y comportamientos sexuales, religión, filiación política o gremial, religión, raza, etc. Encuadra exactamente en los parámetros a proteger, para evitar que la información en cuestión sea borrada y/o evitada su publicidad, salvo que existan actividades claras de la persona que determinen que las cuestiones no son “sensibles” para ella o que la misma se encargue de exponerlo públicamente.

El derecho a la intimidad, el honor, a la imagen, a la identidad, a la libre elección sexual y al resto de los derechos personalísimos que son inherentes a la esencia misma del hombre, deben preservarse y guardarse con absoluto recelo, respeto y secreto, en idénticos términos a los que todo el mundo convino sobre la existencia del secreto bancario, del secreto profesional, del secreto de confesión, etc.

La confidencialidad a la que se refieren el numeral 5 del artículo 40, el numeral 20 del artículo 66, y el artículo 362 de la Constitución alcanza a la llamada “información sensible”, esto es, a aquellos datos que hagan referencia a la vida íntima de las personas, a sus ideas políticas, religiosas o gremiales.

Una de las finalidades del habeas data es impedir que en bancos o registros de datos se recopile información que está referida a aspectos de su personalidad directamente vinculados con su intimidad, que no pueden encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados. Se trata, particularmente, de información referida a la filiación política, las creencias religiosas, la militancia gremial, el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

desempeño en el ámbito laboral o académico, etc.

Este criterio también es recogido por la legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales, en las que se tienden a preservar el derecho de intimidad y el respeto sobre la información sensible, en el convencimiento de que la misma no debe utilizarse para su almacenamiento en base de datos alguna, por no pertenecer la información más que a la propia persona.

Tanto es así que la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que los datos sensibles son cierto tipo de datos personales, cuya utilización puede dar lugar a discriminaciones ilegales o arbitrarias, fijando entre los datos que no deben ser recogidos expresamente los referidos a raza, origen, etnia, color, vida sexual, opinión política, religión, filosofía y otras creencias, así como ser miembro de asociaciones o uniones sindicales.

Por otra parte, existen distintos tipos de información, y esta puede estar referida a personas naturales o jurídicas, dentro de ellas a la nación. Cierta información debe mantenerse en secreto en virtud de que su conocimiento general puede implicar un perjuicio mayor, inminente e irreparable de tal entidad que haga necesario mantenerlas en secreto. Nos referimos a las cuestiones de defensa interior o exterior, seguridad general, diplomacia, judiciales o policiales en proceso de investigación delictual, y que están sujetas a una serie de restricciones para el conocimiento general por cuanto son inherentes a la trascendencia de las instituciones que así lo requieren.

El principio general de los actos de gobierno se encuentra lógicamente restringido en los casos en que existe un interés que determina la necesidad de la reserva de determinada información, que incluso puede llegar a tener la entidad de "secreto de Estado". Se trata de información, a la que también se la puede llamar "sensible", pero ya no referida a las personas en sí, sino a los requerimientos del propio Estado como persona colectiva, sujeto de derecho público y de derecho internacional. Pudiendo tratarse de cuestiones que conciernan a las relaciones internacionales entre Estados o que estén vinculadas a la seguridad interior y se hacen relación a hipótesis de conflictos actuales o potenciales.

AUTOR:
VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Recordemos que la esencia de un Estado representativo es que las autoridades que conforman la administración pública aporten a los administrados, que le otorgan el mandato a través de su elección, en forma constante e irrestricta, toda la información acerca de sus actos, decisiones y fundamentos, constituyendo la misma una obligación para el funcionario y un derecho para los ciudadanos.

Cualquier restricción o menoscabo en la información implicará un incumplimiento de la autoridad y traerá una desigualdad legal de naturaleza constitucional, por cuanto una de las partes que integran el contrato social, en este caso la autoridad, por su mera condición de tal y por la fuerza de su cargo, deja de aportar una de sus obligaciones. Situación de grave peligro institucional padecería el Estado que no informe a sus administrados sobre sus actos para que estos tengan un completo conocimiento de la actividad de los funcionarios; la libertad, la propiedad y la seguridad son las primeras víctimas, pudiendo convertirse en el primer peldaño de una escalada de prohibiciones que pueden determinar la fulminación y conculcación de todos los derechos y garantías, sólo con posibilidad de vigencia efectiva en un Estado que respeta y hace cumplir la ley a gobernantes y gobernados.

Se afirma que la verdadera diferencia que a simple vista determina generalmente la suerte de una nación y nos informa objetivamente si estamos ante una nación con futuro, está referida al caudal de información de la gestión, la forma de acceso a la misma y las ínfimas restricciones que se imponen a los administrados.

Los secretos no concuerdan con la conducción de las cosas públicas, con los intereses de los administrados y con ninguno de los derechos constitucionales.

La importancia de la información es tal que su restricción en términos generales implicará una restricción de un derecho y un incumplimiento que sólo puede ser vencido por una causal de salvedad especial y con carga de la prueba para el funcionario, debiendo los administrados ser actores necesarios en toda reclamación dirigida a la obtención del cumplimiento de la presente



UNIVERSIDAD DE CUENCA

obligación democrática.

La nación que logre una facilidad para la información colectiva de su gestión tendrá necesariamente mejores funcionarios y superior gestión, ya que no se verían favorecidos y protegidos la ocultación de información, y tanto administradores como administrados solo aceptarán restricciones o secretos en la información del Estado cuando necesidades de defensa nacional y de seguridad interior así lo sugieran.

Realizando una asimilación, se sostiene que, así como las personas tenemos derecho a la reserva sobre la denominada “información sensible”, los Estados, en los casos expresamente señalados y con carácter restrictivo, tienen derecho al “secreto de Estado”.

Es necesario aclarar que la sola incorporación de información en una base de datos no implica que ella sea de aquellas que atañen a la seguridad exterior o interior del Estado, incluyendo las fuerzas armadas, policiales y de seguridad, así como también del Servicio de Inteligencia del Estado, en modo alguno, por su sola inserción en los mismos, implica la necesidad de considerarlos secretos, y que por ello impida su acceso.

Si bien se reconoce el derecho al “secreto de Estado”, se deben fijar límites a efectos de que no se transforme en un derecho absoluto. Su procedencia está condicionada a las siguientes características para su validez: debe ser limitado en el tiempo, circunstancial, necesario, fundado y restringido a persona o personas determinadas. En consecuencia, la pérdida o el exceso en alguna de dichas características implicará un abuso y tornará expedita la acción de acceso a la información, prevista en la constitución.

Al respecto, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado, y como se ha visto, el mismo está consagrado en la Constitución ecuatoriana.

Dicha norma determina que toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública.

No obstante, la amplitud de la norma, formula excepciones, así el artículo seis hace alusión a la Información Confidencial, entendida como aquella, la información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y que comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en la constitución, como es el derecho de las personas a guardar reserva sobre sus convicciones, sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político, datos referentes a su salud y vida sexual; está reconocido y garantizado también el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Amás de ello, el título tercero de la ley hace alusión a la información reservada y confidencial, y dispone que no procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos:

1. Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Ministerio de Coordinación de Seguridad, por razones de defensa nacional, de conformidad con la Constitución de la República y que son:

1.1. Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado;

1.2. Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contrainteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;

1.3. La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.4. Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y,

2. Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

3.2. Declaratoria de reserva de la información.-

Como se ha visto, el acceso a la información pública, a pesar de ser un derecho constitucional carecía de una tutela para hacerlo efectivo, entonces para suplir esa deficiencia, se incorporó al ordenamiento jurídico ecuatoriano la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Registro Oficial No. 337 de fecha 18 de Mayo de 2004, la que entre otras disposiciones, excluía el derecho de las personas de acceder a la información pública únicamente en dos casos: 1.- Al tratarse de información reservada, esto es aquellos documentos calificados como tal por el Consejo de Seguridad Nacional por razones de defensa nacional; y, 2.- Al tratarse de información confidencial, aquella relacionada a los derechos personalísimos y fundamentales de las personas y enumerados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente en esa época.

No obstante la concepción de liberalidad del derecho de acceso a la información pública que revela la mentada ley orgánica, el entonces Presidente Constitucional Lucio Gutiérrez, expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, promulgada en el Registro Oficial No. 507 de fecha 19 de Enero de 2005, el mismo que ha sido catalogado por el jurista doctor Gerardo Aguirre como un asalto al derecho de acceso a la información, puesto que, en forma general e imprecisa disponía que no se podrá acceder a la información pública, al tratarse de información comercial financiera, bancaria, de propiedad intelectual, auditorías y exámenes especiales, información relacionada al cumplimiento de los deberes del Estado, las que pudieren causar grave daño a la economía del Estado o a las entidades del Sector Público e información tributaria.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Prácticamente el reglamento citado, tornaba en letra muerta a la Ley Orgánica de Transparencia, en razón de que casi todo lo excluía del derecho de acceder a la información pública. Y como sabemos, un reglamento bajo ningún parámetro legal pueden crear, modificar o extinguir derechos.

Posteriormente y con acierto, mediante Decreto Ejecutivo No. 133, publicado en el Registro Oficial No. 33 de 7 de Junio de 2005, reformó el Reglamento a la dicha ley, sustituyendo los artículos 4 y 9 por los siguientes:

“Art. 4.- Principio de Publicidad.- Por el principio de publicidad, se considera pública toda la información que crearen, que obtuvieren por cualquier medio, que posean, que emanen y que se encuentre en poder de todos los organismos, entidades e instituciones del sector público y privado que tengan participación del Estado en los términos establecidos en los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. La información requerida puede estar contenida en documentos escritos, grabaciones, información digitalizada, fotografías y cualquier otro medio de reproducción.”

“Art. 9.- Excepciones.- De conformidad con la Constitución y la Ley, no procede el derecho de acceso a la información pública sobre documentos calificados motivadamente como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional y aquella información clasificada como tal por las leyes vigentes, tal como lo dispone la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

El texto de los artículos transcritos, le dan vida nuevamente a las disposiciones de la ley orgánica, corrigiendo la violación constitucional del Reglamento dictado por el ex - presidente Gutiérrez, al haber censurado cierta información pública. Con la reforma expuesta, el principio de publicidad de la información pública no se limita a determinadas entidades del sector público, sino por el contrario se considera pública la información que se encuentre en poder de todos los organismos, entidades e instituciones del sector público y privado que tengan participación del Estado, así como se excluye únicamente del principio de publicidad de la información pública a la calificada como reservada por el Consejo de Seguridad Nacional y a la confidencial, en los términos antes



UNIVERSIDAD DE CUENCA

expuestos, eliminándose las demás prohibiciones impuestas por el presidente, Gutiérrez.

Finalmente mediante Decreto Ejecutivo No. 360, publicado en el Registro Oficial No. 80 de 11 de Agosto de 2005, se reformó el artículo 9 del Reglamento a la ley de transparencia, añadiendo un inciso final cuyo texto dice: “La elaboración, manejo, custodia y seguridad de la información calificada como reservada por el Consejo de Seguridad Nacional, se sujetará a las regulaciones emitidas por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas sobre la materia.”. Esta nueva reforma, por un lado ratifica a más de la información confidencial, a la reservada como únicas excepciones a la publicidad de la información pública, y por otro lado regulariza tal exclusión, expresando que la declaratoria de información reservada, se efectuará de acuerdo a las regulaciones emitidas por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, reformas que indudablemente disminuyen considerablemente la discrecionalidad del funcionario público, para a su arbitrio, conveniencia o libre criterio calificar como reservada a una información pública.

Se sostiene que las reformas comentadas, le restituyen el espíritu y naturaleza a la ley de acceso a la información, esto es la libertad de acceso a la información pública. Con acierto James Madison expresó: “Un gobierno popular, sin información, o sin los medios para adquirirla, es un prólogo a una farsa o una tragedia o quizás ambas”.

El acceso a la información pública es un derecho fundamental y universal, que nos permitirá fortalecer la democracia participativa en los diferentes Estados, a través del control y fiscalización oportuna a la gestión pública.

Según manda la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la información clasificada previamente como reservada, permanecerá con tal carácter hasta un período de quince años desde su clasificación. La desclasificación se producirá cuando se extingan las causas que dieron lugar a su clasificación. Permite dicha ley una ampliación del período de reserva sobre cierta documentación, esta operará si es que permanecen y se justifican las causas que dieron origen a su clasificación.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En los casos de reserva por motivos de seguridad nacional, el Ministerio de Coordinación de Seguridad y los titulares de las instituciones públicas, serán responsables de clasificar y desclasificar la información de conformidad con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Dispone además dicha ley, que la clasificación de reserva no podrá efectuarse posteriormente a la solicitud de información.

A más de ello, establece responsabilidad civil, administrativa y/o penal según los casos, a las personas que por su función haya hecho pública la información reservada, antes del vencimiento del plazo de la reserva o de manera distinta a la prevista en la Ley.

Las instituciones públicas tienen la obligación de elaborar semestralmente por temas, un índice de los expedientes clasificados como reservados. Más, en ningún caso el índice será considerado como información reservada. Dicho índice de información reservada debe detallar, tanto la fecha de resolución, como el período de vigencia de la clasificación.

Establece además, que la información reservada en temas de seguridad nacional, solo podrá ser desclasificada por el Ministerio de Coordinación de Seguridad; y que la información clasificada como reservada por los titulares de las entidades e instituciones del sector público, podrá ser desclasificada en cualquier momento por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, en sesión reservada.

3.3. Razones por las que la información tiene el carácter de reservada.-

Como se ha visto, frente a la obligación de las autoridades de suministrar información pública y expedir copias de los documentos que se encuentran bajo su custodia, existen casos excepcionales, en que legítimamente, pueden negar el acceso a determinada información, si ella debe mantenerse en secreto en virtud de disposición legal expresa, ya que naturalmente, si se diera a la luz pública cierta información relacionada con la intimidad de las personas, la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

defensa nacional, la salud y la seguridad pública, se afectarían intereses de “mayor rango” que el de la publicidad.

Es indiscutible que la publicidad de la actuación de los órganos públicos, no puede ser un principio absoluto porque existen razones de seguridad nacional, de alta conveniencia pública o social, que vuelven necesario mitigar el rigor de la regla, es así como se ha instituido la reserva en materias relacionadas con la defensa nacional, con la seguridad del Estado, con el manejo de las relaciones exteriores, etc.

Se sostiene que la reserva a la información acerca de determinados asuntos, sólo debe imponerse por razones plenamente justificadas, como son: la protección de intereses de valor superior al de la publicidad, como es el derecho a la intimidad, la seguridad pública, la defensa nacional, etc., los que en caso de suministrarse la información, se ofendería un interés jurídicamente protegido más importante que el de la publicidad. De tal manera que sólo la constitución o la Ley pueden establecer reserva.

El secreto que debe observarse en ciertos asuntos es para favorecer a la comunidad en general, por ello se defiende que la calificación de un asunto como secreto, es una cuestión jurídica, no una cuestión de hecho y mucho menos puede ser una cuestión política, de tal manera que la excepción al principio de publicidad, la reserva, no debe ser utilizada para proteger al partido gobernante o a los funcionarios del gobierno, menos aún para encubrir oscuros manejos de conductas penales.

Doctrinariamente, se define a la información reservada como aquella que se encuentra temporalmente fuera del acceso público debido a que su difusión puede poner en riesgo la vida, seguridad y salud de las personas; así como la seguridad, estabilidad, gobernabilidad y democracia de la entidad federativa o sus municipios.

En tanto que se considera información confidencial a la información en poder de las entidades públicas protegidas por el derecho fundamental a la privacidad.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.4. Conclusiones.-

No obstante el principio general de publicidad recogido por nuestra legislación, existe información de carácter personal confidencial, que requiere una protección legal, ya que su conocimiento general podría generar perjuicios o discriminación al ciudadano, tal es el caso de información respecto de filiación política o gremial, religión, raza, etc., cuya divulgación afectaría otro derecho, el derecho a la intimidad de la persona, consagrado también en la Constitución ecuatoriana. Tal derecho a la intimidad, el honor, a la imagen, a la identidad, a la libre elección sexual y al resto de los derechos personalísimos que son inherentes a la esencia misma del hombre, deben preservarse y guardarse con absoluto recelo, respeto y secreto. Este razonamiento es también acogido por la legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales, con el propósito de precautelar el derecho del ser humano a la intimidad.

A más de ello, existe otro tipo de información que también debe mantenerse en secreto en virtud de que su conocimiento general, también podría implicar un perjuicio mayor, inminente e irreparable de tal entidad que haga necesario mantenerlas en secreto, y corresponde a los asuntos de defensa interior o exterior, seguridad general, diplomacia, judiciales o policiales en proceso de investigación delictual.

Se dice que, así como las personas tenemos derecho a la reserva sobre la información confidencial, las naciones, en los casos expresamente señalados y con carácter restrictivo, tienen derecho al secreto de Estado. Derecho que debe contener límites, con el fin de que no se transfigure en un derecho absoluto, por lo que debe tener algunas características para su validez, tales como, la limitación en el tiempo y a las circunstancias, contar con una adecuada fundamentación y restricción a persona o personas determinadas.

En base a tales principios, observamos que nuestra legislación contempla, en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a Información Pública, la existencia de información pública personal que no está sujeta al principio de publicidad. Al respecto consideramos que la disposición aludida no



UNIVERSIDAD DE CUENCA

se encuentra correctamente redactada, puesto que si se trata de información personal, ya no puede hablarse de información pública.

Observamos que la ley orgánica puntualiza los documentos que constituyen la excepción al principio general de publicidad, tales como aquellos calificados como reservados por razones de defensa nacional, como son los planes de defensa nacional o de operaciones especiales de bases e instalaciones militares, ante posibles amenazas contra el Estado; información en el ámbito de la inteligencia; información sobre la ubicación del material bélico; los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional, entre otras; así como las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes, lo que ratifica la protección al principio de publicidad contemplado en la Constitución, para que prevalezca la democracia participativa, a través del control y fiscalización oportuna de la gestión pública.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN COMPARACIÓN CON EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

4.1. Recorrido por la legislación internacional en cuanto a la acción de acceso a la información pública.-

4.1.1. Chile cuenta con la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, la que regula el principio de transparencia de la función pública en el marco del reconocimiento constitucional del principio de transparencia, en virtud del cual se consagra a nivel de derecho interno, el derecho fundamental de acceso a la información, se establece que la información debe ser pública, señala las excepciones que justifican su reserva, identifica los procedimientos de acceso a la información y las sanciones aplicables en el caso de su denegación injustificada. Asimismo, crea el Consejo para la Transparencia, como un órgano autónomo, especializado y dotado de capacidad sancionatoria, para la fiscalización de la observancia de la ley.

Dicha ley regula el principio de transparencia, señalando que este consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, y facilita el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establece la ley.

Esa legislación obliga a todos los órganos de la Administración del Estado y a las empresas del Estado, con excepción la Contraloría General de la República, Banco Central de Chile, Ministerio Público, Tribunal Constitucional y Justicia Electoral. Reconociendo una serie de principios rectores de la transparencia que resultan importantes de tener en consideración pues constituyen para el Consejo de la Transparencia y las Cortes de Apelaciones, la principal fuente de interpretación de tales normas al momento de resolver los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

requerimientos por denegación de información. Entre ellos consideramos destacables los siguientes:

- Principio de apertura o transparencia: toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas en la ley. Por tanto, se invierte la carga de la prueba en favor del requirente de información, correspondiendo al órgano que deniegue su acceso acreditar la causal legal de secreto o reserva en que se funda.
- Principio de máxima divulgación: los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.
- Principio de la divisibilidad: si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida y a su vez contiene información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá en reserva sólo aquella parte que se considera reservada pero no al acto en su totalidad.
- Principio de facilitación: los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.
- Principio de la oportunidad: los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.
- Principio del control: las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.

Establece cómo únicas excepciones a la información que pueda afectar los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

económico, así como la seguridad de la Nación y el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales, los intereses económicos o comerciales del país y cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley los haya declarado reservados o secretos.

Así mismo contempla el Consejo para la Transparencia que tiene como objetivo promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información; y, dentro de sus funciones la de resolver los reclamos por denegación de acceso a la información, por lo que está dotada de potestades normativas y resolutivas, todas las cuales deben destinarse a la protección del derecho de acceso a la información.

Señala el procedimiento para requerir información ante los órganos de la Administración del Estado y normas para el amparo del derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, teniendo facultades para ordenar se otorgue la información: fijando un plazo prudencial para su entrega y, de estimarlo pertinente, señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario por incurrir en alguna de las infracciones establecidas por la ley y aplicar sus sanciones o, en su defecto declarar el carácter secreto o reservado de la información.

Prevé la posibilidad del reclamo de ilegalidad contra la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones, solicitando se revoque o modifique su resolución, que no procede recurso alguno en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones y que de acogerse el reclamo de ilegalidad por la denegación del acceso a la información, fije un plazo prudencial para su entrega, pudiendo señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario por incurrir en alguna de las infracciones establecidas por la ley.

4.1.2. La constitución mexicana, determina que para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

i. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

ii. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

iii. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

iv. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

v. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

vi. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

vii. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

En base a ello, en los Estados Unidos Mexicanos se cuenta con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la que tiene como finalidad 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; y, como algunos de sus objetivos: proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos; transparentar la gestión pública mediante la difusión de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

información que generan los sujetos obligados; garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados; favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados; mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos, y contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho.

Dicha ley contempla la existencia del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, siendo una de sus funciones la de resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades; y dentro de sus atribuciones, la de conocer resolver los recursos de revisión interpuestos por los solicitantes, así como establecer y revisar los criterios de clasificación, desclasificación y custodia de la información reservada y confidencial.

Prevé un procedimiento de acceso a la información ante el mentado instituto de acceso a la información pública, según el cual, el solicitante a quien se le haya notificado, mediante resolución de un Comité sobre la negativa de acceso a la información, o la inexistencia de los documentos solicitados, puede interponer, por sí mismo o a través de su representante, el recurso de revisión ante el Instituto o ante la unidad de enlace que haya conocido el asunto, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación. Debiendo dicha Unidad de enlace remitir el asunto al Instituto al día siguiente de haberlo recibido. Tal recurso también procede cuando la dependencia o entidad no entregue al solicitante los datos personales solicitados, o lo haga en un formato incomprensible; cuando la dependencia o entidad se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales; cuando el solicitante no esté conforme con el tiempo, el costo o la modalidad de entrega, o; cuando el solicitante considere que la información entregada es incompleta o no corresponda a la información requerida en su solicitud.

4.1.3. En Guatemala, la Ley de Acceso a la Información Pública tiene por objeto: garantizar a toda persona interesada, sin discriminación alguna, el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

derecho a solicitar y a tener acceso a la información pública en posesión de las autoridades y sujetos obligados por la ley; garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos; garantizar la transparencia de la administración pública y de los sujetos obligados y el derecho de toda persona a tener acceso libre a la información pública; establecer como obligatorio el principio de máxima publicidad y transparencia en la administración pública y para los sujetos obligados en la presente ley; establecer, a manera de excepción y de manera limitativa, los supuestos en que se restrinja el acceso a la información pública; favorecer por el Estado la rendición de cuentas a los gobernados, de manera que puedan auditar el desempeño de la administración pública; y, garantizar que toda persona tenga acceso a los actos de la administración pública.

Establece las normas y los procedimientos para garantizar a toda persona, natural o jurídica, el acceso a la información o actos de la administración pública que se encuentre en los archivos, fichas, registros, base, banco o cualquier otra forma de almacenamiento de datos que se encuentren en los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas y descentralizadas y las entidades privadas que perciban, inviertan o administren fondos públicos; y se basa en los principios de Máxima publicidad; Transparencia en el manejo y ejecución de los recursos públicos y actos de la administración pública; Gratuidad en el acceso a la información pública; y Sencillez y celeridad de procedimiento.

Formula que toda persona tiene derecho a tener acceso a la información pública en posesión de los sujetos obligados y que contra la negativa de entregar o coerción de datos personales, procederá la interposición del recurso de revisión.

Establece el procedimiento de acceso a la información pública, en el que, una vez presentada y admitida la solicitud, se debe emitir resolución dentro de los diez días siguientes, ya sea entregando la información solicitada; notificando la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

negativa de la información; notificando la negativa de la información total o parcialmente, cuando se tratara de la considerada como reservada o confidencial; o, expresando la inexistencia.

Contempla el recurso de revisión, como medio de defensa jurídica, que tiene por objeto garantizar que en los actos y resoluciones de los sujetos obligados, se respeten las garantías de legalidad y seguridad jurídica, correspondiendo a la máxima autoridad de cada sujeto obligado la resolución de los recursos de revisión interpuestos contra actos o resoluciones de los sujetos obligados, en materia de acceso a la información pública y hábeas data. El recurso de revisión procederá cuando: El sujeto obligado no entregue al solicitante los datos personales solicitados, o lo haga en un formato incomprensible; El sujeto obligado se niegue a efectuar modificaciones, correcciones o supresiones a los datos personales; El solicitante considere que la información entregada es incompleta o no corresponda a la información requerida en la solicitud; En caso de falta de respuesta en los términos de la ley; y, Por vencimiento del plazo establecido para la entrega de la información solicitada.

Las resoluciones de la máxima autoridad podrán: confirmar la decisión de la Unidad de Información; revocar o modificar las decisiones de la Unidad de Información y ordenar a la dependencia o entidad que permita al particular el acceso a la información solicitada, la entrega de la misma o las modificaciones, correcciones o supresiones a los datos personales sensibles solicitados. Las resoluciones, deben constar por escrito, establecer el plazo para su cumplimiento y los procedimientos para asegurar la ejecución.

Agotado el procedimiento de revisión se tendrá por concluida la fase administrativa pudiendo el interesado interponer la acción de amparo respectiva a efecto hacer prevalecer su derecho constitucional, sin perjuicio de las acciones legales de otra índole.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

4.2. Comparación con la acción en la legislación ecuatoriana.-

4.2.1. Como se ha podido observar, si bien todas las legislaciones revisadas contemplan el derecho de acceso a la información pública en sus constituciones, sólo la constitución ecuatoriana se admite expresamente la “acción de acceso a la información pública”, que garantiza el derecho de las personas a acceder, en instancia judicial, a la información pública cuando esta haya sido negada expresa o tácitamente, cuando se considere que la proporcionada no es completa o fidedigna, o incluso, cuando la negativa se ha sustentado en el carácter de secreto, reservado o confidencial de la información.

4.2.2. Por otra parte, cabe resaltar que en Chile se cuenta con el Consejo de Transparencia, dentro de cuyas funciones está la de resolver los reclamos que se presenten por denegación de acceso a la información, el que está dotado de potestades normativas y resolutivas, destinadas a la protección del derecho de acceso a la información.

En tanto que en México observamos la existencia del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, el que, tiene como una de sus funciones la de resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades; y dentro de sus atribuciones, la de conocer resolver los recursos de revisión interpuestos por los solicitantes, así como establecer y revisar los criterios de clasificación, desclasificación y custodia de la información reservada y confidencial.

En nuestro país, si bien la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, asigna a la Defensoría del Pueblo, la promoción y vigilancia de dicha ley y le confiere, dentro de sus atribuciones la de ser el órgano promotor del ejercicio y cumplimiento del derecho de acceso a la información pública; vigilar el cumplimiento de la Ley por parte de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público o privado y demás entes obligados; y, fundamentalmente la promoción o patrocinio a solicitud de cualquier persona natural o jurídica o por iniciativa propia, de acciones judiciales de acceso a la información pública, cuando ésta ha sido denegada,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

no está prevista la existencia de un instituto o consejo encargado de resolver los reclamos que se presenten por denegación de acceso a la información, como en los dos países comentados, debiendo recurrirse necesariamente a la instancia judicial.

4.2.3. Existe coincidencia en los casos analizados en cuanto al principio general de publicidad de la información, formulándose cómo únicas excepciones a aquella que pueda afectar los derechos de las personas, especialmente si se trata de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico; así como la seguridad de la Nación y el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales, los intereses económicos o comerciales del país y cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley los haya declarado reservados o secretos.

4.2.4. Finalmente, cabe resaltar que el libre acceso a la información pública, como derecho fundamental está reconocido en todas las legislaciones, ya que resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos, fomenta una participación ciudadana activa y efectiva, y además habilita una nueva relación más fluida y cercana entre el Estado y la ciudadanía fortaleciendo la democracia.

Según estudios internacionales, más de 70 países cuentan con leyes que regulan el derecho de acceso a la información pública, estas son importantes porque establecen reglas para solicitar y proveer información y además funcionan como guías a los ciudadanos para elaborar y presentar los pedidos. Sin olvidar la importancia para los funcionarios ya que brindan criterios para la entrega de la información.

Últimamente, muchos países se han sumado a la larga lista de Estados con leyes de acceso. Suecia y Finlandia fueron algunos de los primeros en regular el derecho. En América son muchos los países que avanzaron en la emisión de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

leyes, entre las que encontramos a México, Chile, Guatemala, Ecuador, entre otros.

4.3. Conclusiones

El derecho de acceso a la información pública y su vertiente de transparencia ha llegado a América Latina bajo el atractivo de disminuir la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas, al tener éstas la posibilidad de utilizar las leyes de acceso y transparencia como herramientas para nutrir de mejores contenidos la toma cotidiana de decisiones que realizan día con día. El derecho a saber es crucial para la vida política antes y después del voto. Contar con información pública ayuda a tomar mejores decisiones, controlar la gestión pública y participar más y mejor en los asuntos públicos.

En nuestro país, con acierto se ha incorporado en la última constitución (2008), la novedosa “acción de acceso a la información pública”, que garantiza el derecho de las personas a acceder, en instancia judicial, a la información pública, cuando esta haya sido negada expresa o tácitamente, cuando se considere que la proporcionada no es completa o fidedigna, o incluso, cuando la negativa se ha sustentado en el carácter de secreto, reservado o confidencial de la información.

En otras legislaciones se cuenta con institutos de transparencia, con facultad de resolver los reclamos que se presenten por denegación de acceso a la información, los que están dotados de potestades normativas y resolutivas, destinadas a la protección del derecho de acceso a la información, institutos que no existen en nuestro medio, en el que se debe recurrir a la instancia judicial para hacer efectivo el derecho constitucional de acceso a la información pública.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En lo que tiene que ver con el principio general de publicidad de la información, y la formulación de excepciones puntuales, observamos que todas las legislaciones buscan precautelar derechos de las personas, en lo que tiene que ver con la seguridad, salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico; así como la seguridad de la Nación y el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales, los intereses económicos o comerciales.



CAPITULO V

ANÁLISIS DE CASOS PRESENTADOS EN EL ECUADOR.

5.1. Investigación sobre acciones de acceso a la información pública en nuestro país.-

5.1.1. De los pocos casos de recursos de acceso a la información pública, uno que ha sido motivo de críticas, corresponde al comentado por el doctor Ramiro Ávila Santamaría, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y que se refiere al acceso a la información sobre las fumigaciones realizadas por el gobierno de Colombia, dentro del denominado Plan Colombia, que han tenido impacto en el medio ambiente y en la salud y vida de las poblaciones que habitan en territorio ecuatoriano en la zona de frontera.

Como antecedente se cita que la normatividad legal vigente entre los dos países, que tiene carácter vinculante, establece obligaciones a los dos estados y sus habitantes, en el relato del caso se sostiene que existe información y evidencia sobre la alta probabilidad de impacto grave e irreparable de las fumigaciones en territorio colombiano, sobre la población y el ambiente en territorio ecuatoriano.

El Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, ha defendido la tesis de que las fumigaciones no han causado daños y que esta información la tienen gracias a las reuniones de las Comisiones de técnicos colombianos y ecuatorianos.

El gobierno ecuatoriano y el colombiano, por su parte, designaron a varias personas como miembros de las Comisiones Técnicas para tratar sobre el impacto de las fumigaciones.

Ha surgido varias interrogantes, como son las de conocer quiénes conformaron las comisiones, qué información tiene el Comité Técnico ecuatoriano, qué información ha proporcionado el Comité Técnico colombiano, cuándo se van a producir las siguientes fumigaciones para prevenir daños.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Partiendo de la consideración de la existencia de esta información, la que debería ser pública, se intentó aplicar la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, solicitándose primeramente, al Ministro de Relaciones Exteriores información sobre: la identidad y la especialidad de los miembros de la Comisión Técnico Científica ecuatoriana y colombiana; las actas de las cuatro reuniones que han tenido las comisiones; los estudios presentados por la Comisión Colombiana; y, los documentos en que se ha basado la Cancillería para negar la demanda a Colombia de no fumar en una franja de diez kilómetros.

Transcurrido el término de diez días que establece la ley, La Cancillería no justificó ampliación del plazo, por lo que después de haber pasado más de quince días, se consideró que existía una negativa tácita a la petición de información pública. Ante lo cual, se presentó un recurso de acceso a la información pública. Argumentándose que la información era pública y por tanto pertenece a los ciudadanos, que no era reservada por no estar contemplada en las excepciones contempladas en la ley y que tampoco era información confidencial por no afectar derechos personalísimos.

La pretensión del actor fue que se entregue la información solicitada mediante trámite administrativo y que se sancione a los funcionarios públicos que incumplieron con lo prescrito en la ley.

El Juez de lo Civil avocó conocimiento y convocó a audiencia al Canciller; y, a la segunda convocatoria, se realizó la audiencia pública, a la que no compareció el Canciller, ni el Procurador del Estado. El peticionario se ratificó en sus argumentos y solicitó la entrega de la información y la sanción al Canciller.

Antes de emitirse la sentencia, ha comparecido el Canciller y presentado información relacionada a las fumigaciones y a la Comisión de Colombia y Ecuador, a más de que reconoció que cumplía parcialmente con la entrega de la información solicitada, argumentando que no poseía toda la información requerida, que la Comisión la coordina el Ministro de Ambiente, que no existen actas de las tres primeras reuniones y que no existen documentos para afirmar

AUTOR:
VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que no se puede fumigar en una franja de 10 kilómetros por estar prohibido por el principio de no injerencia en los asuntos de Colombia.

En la sentencia de primera instancia, el juez de lo Civil reconoce que el derecho a la información pública está garantizado por el recurso de acceso a la información “cuyo objeto principal es el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información”; cita normas de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública; y enuncia que el derecho está garantizado por instrumentos internacionales.

La sentencia determina además, que el derecho al acceso a la información solicitada existe, más aún cuando no se ha justificado que la información requerida es de aquella reservada y/o confidencial.

Al analizar la información solicitada con la información entregada por el Ministro de Relaciones Exteriores, el juez establece que falta: la especialidad de los miembros de la Comisión; algunas actas de las reuniones; los estudios presentados por la Comisión Colombiana; y documentos que sustenten la posición del Ecuador frente a la demanda de no fumigar en la franja de 10 kilómetros.

Considerando que la información entregada es parcial, a pesar de ser pública, el Juez le ordena al Ministro que en veinticuatro horas entregue la información que, habiendo sido solicitada, no ha sido entregada.

Más se apela a tal sentencia y el Tribunal Constitucional, en sentencia, desecha el recurso con el argumento de que la comisión estará coordinada por el Ministerio del Ambiente, lo que lleva a la conclusión de que la información requerida no está centralizada en el Ministerio de Relaciones Exteriores y, por tanto, se requiere de la que posean otros entes estatales; y de ser el caso de la misma Comisión Inter-institucional. Por estas consideraciones y, al no haberse cumplido con los requisitos en la solicitud en la forma como señala la Ley de Acceso a la Información en lo relacionado a la legitimación pasiva se resuelve revocar lo resuelto.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

5.1.2. Otro caso de recurso de acceso a la información pública es el presentado en el juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil del Pichincha, en el que el señor Alejandro Ponce Villacís, interpone un recurso de acceso a la información pública, fundamentando su petición en el hecho de que el 28 de febrero del 2008, presentó al Alcalde de la ciudad de Quito, una petición para que se le informe si el camino que conecta a Nayón con Cumbayá, es un camino privado o público; y que, ha transcurrido más de un mes desde que realizó la petición, sin que haya recibido respuesta.

Como fundamento de derecho, formula que la falta de respuesta a la petición es atentatoria contra normas constitucionales y legales, replicando el artículo 81 de la Constitución (anterior), que garantizaba el derecho a acceder a las fuentes de información, y que mandaba que no hay reserva en cuanto a información que se encuentre en archivos públicos. A más de ello sostiene que la información solicitada no puede considerarse como secreta ni que afecta a la seguridad nacional, que por lo tanto, no existen razones que justifiquen su denegación, por lo que la misma debió haber sido entregada íntegramente por escrito, conforme dispone la ley orgánica. En virtud de lo expuesto, y dado que ha transcurrido más de un mes desde la presentación de la solicitud, sin que haya habido una respuesta, presenta el recurso, pidiendo se dé el trámite previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Transparencia.

La pretensión jurídica consiste en que se le informe si el camino que conecta a Nayón con Cumbayá, es un camino privado o si es un camino público.

El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito contesta la demanda formulando las siguientes consideraciones:

- Que la petición presentada por el solicitante, incumple con los requisitos preestablecidos en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Transparencia, referente a la solicitud y requisitos, en el sentido de que en la misma debía constar en forma clara los temas motivo de la solicitud, presupuesto que, a decir del demandado, el peticionario no ha dado cumplimiento.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Expresa que el petitorio del accionante fue recibido en la Alcaldía el 28 de Febrero y puesto en conocimiento del señor Alcalde, quien dispuso al señor secretario de ordenamiento territorial, dar atención y respuesta, e informe al señor Alcalde el mismo día; y que, posteriormente fue remitido al arquitecto Vallejo con fecha 19 de marzo del 2008, quien ha puesto el tema en conocimiento del Consejo Metropolitano de Quito.

Alega que la información requerida no es posible contestarla, por cuanto no existe un pronunciamiento municipal definitivo que determine si el referido camino es público o privado y que existen diversos antecedentes, informes, documentos y petitorios administrativos que están siendo objeto de estudio y revisión, por lo que posteriormente se resolverá en sede administrativa el asunto.

- Invoca que no existe denegación de información, sino que la información requerida no ha sido definida administrativamente, por estar pendiente de resolución, por lo que no la puede proporcionar.
- Remite y entrega como prueba un expediente con varios documentos constantes en el trámite.

El señor Juez de lo Civil, considerando:

Primero: que el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el estado.

Segundo: que el recurso procede: a) cuando la autoridad ante la que se hubiere presentado la solicitud de acceso, se hubiera negado a recibirla o hubiere negado el acceso físico a la información; y, b) cuando la información sea considerada incompleta, alterada o supuestamente falsa, e inclusive si la negativa se hubiere fundado en el carácter de reservado o confidencial de la misma.

Tercero: que según la demanda, el recurrente requiere que el Municipio le informe si el camino que conecta a Nayón con Cumbayá, es un camino público o privado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Cuarto: Que la parte accionada impugnó y rechazó la petición del accionante, afirmando que en ese momento no podía contestar el pedido formulado, hasta que se defina si es público o privado, sin embargo, presenta la documentación que contaba en ese momento, hasta donde puede informar con responsabilidad.

En virtud de esas consideraciones resuelve aceptar parcialmente el recurso, en todo lo que tiene relación con la documentación presentada y rechazar lo demás, hasta que la autoridad competente establezca en el trámite administrativo si el camino es público o privado, dejando en libertad para que, una vez resuelto por el Municipio, solicite directamente la información requerida.

5.2. Examen del procedimiento seguido en las acciones de acceso a la información pública.

5.2.1. En el primer caso relatado, que corresponde al propuesto contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, podemos observar que la no entrega de la información, dentro del plazo perentorio de 10 días que prevé la Ley Orgánica de Transparencia, legitimó al accionante para interponer el recurso de acceso a la información, pues se habría producido una denegatoria tácita, ya que no se prorrogó el mismo por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario, como permite el artículo 9 de la ley.

Se dio el trámite previsto en la ley, procediendo el juez a avocar conocimiento en el término legal, al considerar que no existe causa alguna que justifique su inhibición, sin embargo, del relato del trámite se desprende que existió una segunda convocatoria, cuando el artículo 22 dispone la realización de la convocatoria a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las 24 horas siguientes, por una sola vez.

Por otra parte la Cancillería, al haber entregado parcialmente la información reconoció que existía legitimación pasiva, es decir que el demandado, el Ministro de Relaciones Exteriores, tenía información y que debía entregarla.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Cuando en la sentencia del Tribunal se sugiere, que no tenía información y que no debía entregarla.

Según la ley, la institución requerida no tiene la obligación de crear o producir información, con la que no disponga o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En cuyo caso, la institución o entidad obligada, debió comunicar por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada.

5.2.2. En el segundo caso, en contra del Municipio de Quito, se observa que efectivamente se da el presupuesto legal de la denegatoria tácita de acceso a la información, al haber transcurrido el plazo legal desde la presentación de la solicitud ante la institución requerida, sin que ésta haya sido contestada, lo que sería viable incluso en el supuesto contemplado en el artículo 91 de la actual constitución, según el cual procede la acción cuando el acceso a la información ha sido denegada expresa o tácitamente.

En el segundo considerando de la sentencia, el juez sostiene que, la Administración, demostrando sensibilidad al interés del recurrente, en acto de buena fe, ha presentado la documentación con la que al momento cuenta, es decir hasta cuando se pudo informar con seriedad y responsabilidad. De lo expuesto, se deduce que el Municipio ya disponía de esa documentación provisional, que debió ser puesta en conocimiento del requirente, dentro del plazo legal. A más de ello, tenía la obligación de contestar el pedimento, explicando la imposibilidad de suministrar la información solicitada, por no disponer de ella. Así mismo, a pesar de que los funcionarios de la entidad Administrativa incurrieron en omisiones de denegación de acceso a la información pública, en la sentencia no se hace mención a sanción alguna, a pesar de que esa fue una de las pretensiones jurídicas del accionante.

5.3. Análisis de la información obtenida en los casos explorados.-



UNIVERSIDAD DE CUENCA

5.3.1. Conforme se relató en el primer caso, la sentencia del juez fue apelada ante el Tribunal Constitucional, quien desechó el recurso, con la explicación de que la comisión estaba coordinada por el Ministerio del Ambiente, y que por tanto, la información requerida no estaba bajo la custodia del Ministerio de Relaciones Exteriores, consecuentemente al creerse que no se han cumplido con todos los requisitos en la solicitud, en la forma como señala la Ley de Acceso a la Información en lo relacionado a la legitimación pasiva se resolvió revocar lo resuelto.

Por tanto, ahí no llegó a obtenerse la información solicitada, sin embargo lo requerido: la identidad y la especialidad de los miembros de la Comisión Técnico Científica ecuatoriana y colombiana; las actas de las cuatro reuniones que han tenido las comisiones; los estudios presentados por la Comisión Colombiana; y, los documentos en que se ha basado la Cancillería para negar la demanda a Colombia de no fumigar en una franja de diez kilómetros; no se enmarca en lo que prevén los artículos seis y nueve de la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública, pues no se trata de información confidencial, derivada de los derechos personalísimos y fundamentales de los ciudadanos; ni de documentos calificados de manera motivada como reservados por el Ministerio de Coordinación de Seguridad, por razones de defensa nacional, que constituyen los únicos casos de excepción, por lo que lo requerido estaría sujeto al principio de publicidad consagrado en el primer artículo de la Ley.

5.3.2. Igualmente, en el segundo caso analizado, lo que se solicitó fue información respecto a “si el camino que conecta a Nayón con Cumbayá, es un camino privado o es un camino público”, obviamente está sujeto al mismo principio de publicidad. En este caso, la entidad requerida pudo haber argumentado el límite respecto al acceso a la información, consagrado en el artículo 20 de la ley, según el cual, la solicitud de acceso a la información no implica la obligación de las entidades de la administración pública de crear o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

producir información, con la que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido.

Teniendo la obligación la entidad, de comunicar por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

Como lo afirmó Boris Cornejo, en el foro sobre Transparencia y acceso a la información pública en el Ecuador, *una sociedad no puede ser definida como una sociedad democrática, abierta, que estimula la participación, que vela por lo derechos de la gente si no garantiza al mismo tiempo que los ciudadanos conozcan qué es lo que pasa, cómo se toman las decisiones, cómo se apropian y se usan los recursos, cómo se rinde cuentas, en definitiva, sobre el devenir de los hechos sociales, económicos, políticos, culturales que suceden en su país.*¹

De ahí que todos los ciudadanos tenemos derecho a participar en la vida pública de nuestro país, siendo fundamental para ese propósito, el acceso oportuno a la información, es por ello que la ley garantiza que la información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas y que el Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información pública.

Nuestra constitución contempla el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, concebido como la potestad que tienen las personas para conseguir la información que emane o que se encuentra en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de derecho público y de derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades.

¹ Memorias de Foro Transparencia e información pública en el Ecuador, Retos y Análisis cinco años después de haber sido aprobada la ley. www.ceda.org.ec



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Como antecedente de la acción constitucional de acceso a la información pública en nuestro país, se debe anotar que la Constitución Política de la república del Ecuador de 1998 garantizaba ya el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas de los funcionarios del Estado. Con el fin de hacer efectivo tal principio, en mayo del 2004 entra en vigencia la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que regula el recurso judicial de acceso a la información pública.

La actual constitución, dentro de las garantías jurisdiccionales, contempla a la Acción de acceso a la información pública, cuya finalidad es el garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha suministrado no sea completa o fidedigna.

Las frases derecho a la información y derecho de acceso a la información no significan lo mismo, siendo la primera la garantía fundamental de los ciudadanos a: atraer información, a informar y ser informado, de lo que se desprende que el derecho a la información comprende tres aspectos fundamentales: el derecho a atraer u obtener información, a informar y ser informado.

El derecho a atraer información implica la facultad de acceder a los archivos, registros y documentos públicos; así como a la decisión de qué medio se lee o escucha, en tanto que el derecho a informar, entiende las libertades de expresión y de imprenta, así como el de formar empresas informativas o medios de comunicación.

El derecho a ser informado, a su vez, comprota la potestad de recibir información objetiva y oportuna, este derecho de acceso a la información pública se encuentra protegido por una serie de garantías cuyo objetivo es hacer efectivo el derecho de acceso a la información personal, de ahí que se cuenta con acciones como la del habeas data, que tiene por finalidad el acceso a documentos, banco de datos e informes sobre la persona solicitante,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

quien para el efecto, es el único legitimado activo. A más de ello está prevista la acción de acceso a la información pública, que tiene por objeto permitir el acceso a información considerada de orden público, pudiendo intervenir como legitimado activo, cualquier persona, incluso sin que haya necesidad de que justifique un interés directo o una afectación directa a su persona.

La acción de acceso a la información pública busca garantizar el acceso a ella, cuando ha sido negada expresa o tácitamente o cuando se considera que la proporcionada no es completa ni fidedigna, se la puede interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida.

La ley y su reglamento señalan un trámite expedito, en el que el juez o el tribunal disponen de un término de 48 horas para avocar conocimiento y convocar a las partes a ser oídas en audiencia pública, a celebrarse dentro de las veinte y cuatro horas subsiguientes; y se debe dictar resolución, en el término máximo de dos días, contados desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no hubiere asistido a ella. En el evento de que se hubiere admitido a trámite la acción, el accionado está obligado a presentar al juez de la causa, dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida.

Siendo apelable ante la Corte Constitucional la resolución de acceso a la información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, para que ésta confirme o revoque la resolución apelada.

En base a lo expuesto, podemos concluir que el legislador ha considerado un trámite ágil y sencillo para evacuar el recurso de acceso a la información, pues, de lo que se trata es de tornar eficaz un derecho constitucional que hasta hace poco había permanecido en el limbo jurídico.

No obstante el principio general de publicidad reconocido en todas las legislaciones, existe información de carácter personal confidencial, que requiere de protección especial, nos referimos a los datos sobre la filiación



UNIVERSIDAD DE CUENCA

política o gremial, religión, raza, etc., cuya circulación afectaría al derecho a la intimidad del ser humano. Tal derecho a la intimidad, honor, imagen, su identidad, a la libre elección sexual y al resto de los derechos personalísimos que son inherentes a la esencia misma del hombre, deben mantenerse con absoluto recelo, respeto y secreto. A más de ello, existe otro tipo de información que también tiene que mantenerse en secreto en virtud de que su conocimiento general, también podría implicar un perjuicio mayor, inminente e irreparable de tal entidad que haga necesario mantenerlas en secreto, y corresponde a los asuntos de defensa interior o exterior, seguridad general, diplomacia, judiciales o policiales en proceso de investigación delictual.

Así como las personas tenemos derecho a la reserva sobre la información confidencial, las naciones, en los casos expresamente señalados y con carácter restrictivo, tienen derecho al secreto de Estado. Derecho que debe contener límites, con el fin de que no se transfigure en un derecho absoluto, por lo que debe cumplir con algunas características para su validez, tales como, la limitación en el tiempo y a las circunstancias, contar con una adecuada fundamentación y restricción a persona o personas determinadas.

El derecho de acceso a la información pública y el ideal de transparentar la cosa pública, se ha generalizado en el mundo con la idea de disminuir los índices de corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Siguiendo esta corriente, nuestro país con acierto ha incorporado en la carta magna, la “acción de acceso a la información pública”, que garantiza el derecho de las personas a acceder, en instancia judicial, a la información pública, cuando esta haya sido negada expresa o tácitamente, cuando la persona considere que la proporcionada no es completa o fidedigna, o inclusive, cuando la negativa se haya respaldado en el carácter de secreto, reservado o confidencial de la información.

Haciendo un recorrido sobre legislaciones de otros países como México, Guatemala y Chile, se puede destacar que en otras legislaciones se cuenta con institutos de transparencia con facultades para resolver los reclamos que se



UNIVERSIDAD DE CUENCA

presenten por denegación de acceso a la información, los que están dotados de potestades normativas y resolutivas, destinadas a la protección del derecho de acceso a la información, los que no están previstos en nuestro medio, en el que se debe recurrir a la instancia judicial para hacer efectivo el derecho constitucional de acceso a la información pública, cuando ha precedido una negativa expresa o tácita.

Actualmente, una gran cantidad de países cuentan con leyes que regulan el derecho de acceso a la información pública, que formulan reglas tanto para solicitar como para proveer información. A más de que representan una guía para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho, ya sea ante la entidad poseedora de la información o ante las autoridades a las que pueden recurrir.

Según información presentada por Daniel Barragán en el Foro de “Transparencia y acceso a la información pública en Ecuador” co-organizado por Coalición Acceso y la Defensoría del Pueblo del Ecuador, el 17 de mayo del 2009, ha existido un muy bajo acceso a la justicia, en caso de solicitudes de información sin respuesta, lo que demuestra que, a pesar de haber transcurrido más de seis años de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Transparencia, el derecho de acceso a la información no es suficientemente conocido por los ciudadanos, por lo que se debería promocionar de mejor manera la ley.

Por otra parte, a partir de la promulgación de la ley orgánica de transparencia se han producido varios cambios institucionales y normativos que influyen en el marco de la transparencia y el acceso a la información pública. La nueva Constitución de Montecristi precisamente refuerza la garantía del derecho de acceso a la información, e introduce un nuevo actor: la Función de Transparencia y Control Social. Paralelamente, al retomarse la planificación del Estado, se incorpora al acceso a la información como política de planificación y desarrollo.

Estos factores, entre otros más, motivan la necesidad de revisar la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública en términos de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

una nueva realidad jurídica, social y política que permita promover reformas a la Ley, de forma que se adapte a los nuevos requerimientos institucionales, pero también a las demandas ciudadanas.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Bibliografía.

Abarca Galeas Luis Humberto, "Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social y sus Instituciones Tutelares". Marzo, 2009.

Bonillo Soria Paúl, "Acceso a la información pública, Guía para la acción ciudadana", FES-ILDIS-COALICIÓN ACCESO, Ecuador, 2005.

Carbonell Miguel, "La libertad de expresión en la Constitución mexicana", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, México, 2004.

Constitución de la República del Ecuador.

Cueva Carrión Luis, "Acción Constitucional Ordinaria de Protección", Ediciones Cueva Carrión, Ecuador 2009.

Gómez Jaramillo Juan Carlos, "El Acceso Público a la Información Estatal y el Derecho de Petición de Informaciones", Bogotá, 1984.

Huerta Guerrero Luis Alberto, "Libertad de expresión y acceso a la información pública", Comisión Andina de Juristas, Perú 2002.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Manuel Sánchez Zurati. Phd, "Derecho constitucional ecuatoriano en el siglo XXI", Editorial Jurídica del Ecuador. Tomo 1, Ecuador, 2009.

Merino Dirani Valeria, "El derecho de acceso a la información en Ecuador", Ecuador 2004.

Pierini Alicia - Lorences Valentín - Tornabene María José, "Habeas Data", Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1999.

Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Revista del Tribunal Constitucional. Año 1. N° 3. III Trimestre, Ecuador, 2004.

Rodríguez Villafañe Miguel Julio, “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Mastergraf, Tomo II, Uruguay, 2004.

Sentencias y Casos prácticos, emitidos en el Ecuador.

PAGINAS WEB:

www.asambleanacional.gov.ec

www.constitucion.org.ec

www.ciprodeh.org

www.transparencia.espol.edu.ec

www.hoy.com.ec

www.derechoecuador.com

www.impo.com.uy

www.juridicas.unam.mx

<http://www.imaginar.org>

<http://www.derechoecuador.com>

<http://hoy.com.ec>

<http://comaga.org.ec>

<http://www.accessinitiative.org>

<http://www.funcionpublica.gob>

www.article19.org

www.cchen.cl

AUTOR:
VERÓNICA VÁZQUEZ LÓPEZ



UNIVERSIDAD DE CUENCA

www.inach.cl

<http://www.quetzalnet.com>

<http://organismosinternacionales.suite101.net>

ⁱ Citado por Diego Marcelo Sánchez Montenegro en su artículo sobre el Derecho de acceso a la Información Pública y su vinculación con las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación.

ⁱⁱ Citado por el doctor Marco Navas Alvear, en su artículo “El Recurso Constitucional de Acceso a la Información Pública”, en la revista judicial Derecho Ecuador.