

# EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Dr. Ricardo Noboa Bejarano

## I.- ANTECEDENTES.

Durante la Asamblea Constituyente de 1997-1998 la discusión en torno al acceso a la información pública y al derecho a mantener la reserva de la fuente por parte de los comunicadores sociales concitó breves discusiones y su aprobación fue objeto de un rápido debate. Los medios de comunicación estaban más preocupados de los conflictos entre la Asamblea y el Congreso Nacional, de los intentos de este último por disminuirla y confinarla así como de las elecciones presidenciales de mayo de 1998. En suma, de las realidades políticas de la época. Sin embargo, se logró incorporar a la Carta Política las disposiciones que hoy constan en el artículo 81 dentro de la Sección Décima titulada "De la comunicación", la cual se encuentra dentro de la bien lograda primera parte correspondiente a los "derechos, garantías y deberes" de los ciudadanos.

Las mencionadas normas precautelan básicamente:

- El derecho de los ciudadanos a acceder a fuentes de información con la única limitación de aquellos asuntos relativos a la defensa nacional u otros que han merecido la expresa reserva de ley;
- A conocer la información y difundirla verazmente y sin censura previa;
- El derecho de los periodistas a mantener en reserva la fuente de su información;
- La cláusula de conciencia, que merecerá una precisión más adelante;
- La obligación de los medios de comunicación a participar en procesos educativos y de difusión de valores; y,
- La proscripción de la publicidad violenta, racista o de cualquier manera intolerante.

En un solo artículo la Constitución legisló sobre el tema.

Obviamente fue insuficiente. A pesar de que el artículo 18 impide que pueda alegarse la “falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución”, y que el mencionado art. 81 garantiza el “acceso a la información” a diferencia de la Constitución de 1978 que garantizaba “el derecho a ser informado”, los medios de comunicación y los comunicadores consideraron –y con razón– que era necesario desarrollar adecuadamente la garantía y dictar la ley correspondiente. En buena medida, la necesidad se daba no solamente por la falta de ley, sino por la falta de colaboración de la función pública ecuatoriana, acostumbrada –con las excepciones de rigor– al retardo, la negligencia, la complicidad y en algunos casos, a la corrupción.

La crisis bancaria del año 1999 fue el detonante que motivó a los comunicadores a considerar que, al contar el público con información veraz y oportuna, muchos males y problemas se pueden evitar, lo cual en el caso de la crisis financiera resultaba a todas luces evidente y doloroso. Si durante los años previos a la crisis (1996-1998) la Superintendencia de Bancos hubiese ido proporcionando la necesaria información al país, permitiéndose así el análisis de alternativas inteligentes y oportunas, tal vez se hubiese evitado la crisis o, probablemente se habrían atenuado sus efectos. La famosa “información reservada” mantuvo en secreto muchos años la real situación de instituciones que terminaron descalabrándose y pulverizando los ahorros de los ciudadanos.

Ello entonces motivó a los comunicadores a preparar un proyecto de Ley de Acceso a la Información que fue aprobado con el nombre de “LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA” por el Congreso Nacional el 4 de mayo del año 2004 y publicado en el Registro Oficial el 18 de los mismos mes y año.

## II.- LA LEY.

### 2.1 PRINCIPIOS GENERALES

¿Son la Contraloría General del Estado, la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso Nacional, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Fiscal,

instituciones suficientes para investigar y difundir al público aquellos asuntos de honda trascendencia nacional que necesitan ser conocidos y evaluados por la sociedad? Parecería que sí, o al menos por su número, poder e importancia, deberían serlo. Sin embargo, el control político que los partidos han venido ejerciendo sobre estas instituciones les ha ido quitando credibilidad, la cual ha ido poco a poco siendo transferida a los medios de comunicación, a los cuales la ciudadanía los observa con mas confianza y respeto. De ahí que el art. 2 literal c) de la Ley enuncia con total claridad uno de los objetivos principales de la misma: el “verdadero” control social. No son las indicadas instituciones sino la ciudadanía la que ejerce, a través de la “fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos” un “verdadero” control social. Podríamos interpretar entonces que el control oficial que ejercen tales instituciones es engañoso, mentiroso y acomodaticio.

El “control social” entonces se materializa a través del acceso y difusión de información que permite al pueblo analizar y establecer censuras públicas a la manera en que actúa la burocracia o incluso, y lo que es muy importante, opinar y así participar en la toma de decisiones sobre asuntos que les afectan y en torno a los cuales la mayoría de ocasiones no tienen ninguna posibilidad de emitir criterios.

Ahora bien, para ejercer tal “control social” se necesita que “todas” las personas tengan acceso a “toda” la información que emane o esté en poder de un conjunto de instituciones y personas jurídicas que ejercen la administración pública, sea porque la constitución y/o la ley les ha asignado tal privilegio y deber, sea porque el Estado se las ha delegado o concesionado, sea porque el Estado es socio o accionista de las mismas, sea porque se financian con recursos públicos, sea porque poseen información pública.

La ley que analizamos, en sus artículos 1 y 3 señala con detalle quienes están obligados a permitir el acceso a la información existente en sus archivos, y particulariza de este modo:

- Los organismos y entidades del sector público (funciones del estado, tribunales electorales, organismos de control, municipios, consejos provinciales);

- Personas jurídicas con participación accionaria del estado (las empresas eléctricas y de telecomunicaciones, por ejemplo);
- Las organizaciones no gubernamentales, corporaciones y fundaciones con finalidades públicas (por ejemplo Fundación Natura o Fundación Malecón 2000);
- los concesionarios de servicios públicos (por ejemplo las sociedades anónimas que ganan en una licitación el mantenimiento de una carretera; las empresas de telefonía celular);
- Las personas jurídicas privadas que reciban recursos públicos (como la Universidad Católica de Guayaquil, por ejemplo);
- Las personas jurídicas privadas que cuenten con información pública (como el Archivo Histórico del Guayas, la Junta Cívica, por ejemplo).

Es decir que la amplitud del ámbito de aplicación de la ley y de la obligación que tienen sus destinatarios abarca muchas y muy variadas instituciones, que tal vez todavía no han comprendido la grave responsabilidad que implica tener y conservar sus archivos y atender las demandas de la ciudadanía, caso de ser exigida tal información.

¿Por qué esta amplitud? Porque la información pública “pertenece a los ciudadanos y ciudadanas”, según reza el art. 4 lit. a). Es “patrimonio” de la gente, siendo las instituciones simplemente “depositarias” o “meros tenedores” sin acceso a dominio de tales documentos. Por ende el primer principio de aplicación de la ley es la propiedad pública de la información. El segundo, de indispensable reconocimiento aunque no necesariamente de general aplicación es la gratuidad. El acceso a la información es gratuito, a no ser los gastos que se necesiten desembolsar para hacerlo efectivo. La apertura, publicidad y transparencia son otros principios reconocidos por el art. 4, así como la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia.

## 2.2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

La “cláusula de conciencia”, como la reconoce la Constitución de la República está recogida en el mismo artículo 81 que sirve de base para este análisis. El principio se materializa en el art. 188, al reconocer la posibilidad de un servicio sustitutorio cuando una persona, invocando razones de conciencia, se niega a hacer el servicio militar obligatorio. En

nuestro derecho positivo, además de la ley que regula el servicio militar, solo la Ley de la Juventud la contempla, al reconocer a los jóvenes el derecho a la objeción de conciencia.

Pero, ¿en qué consiste la objeción o cláusula de conciencia? El Diccionario Jurídico Espasa la define como “la negativa del individuo a sujetarse a un comportamiento jurídicamente exigible tanto legal como contractual .....en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de análoga naturaleza”. La Constitución Española, al igual que la nuestra, solo contempla el caso del servicio militar, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha enriquecido la jurisprudencia y resuelto varios casos en merito a la objeción de conciencia. Así, se han tratado casos como la objeción de conciencia al aborto cuando este se recomienda por razones médicas y terapéuticas; la objeción de conciencia de los testigos de Jehová por razones religiosas a recibir determinado tratamiento médico consistente en transfusiones de sangre; la objeción de conciencia de los huelguistas de hambre a recibir tratamiento alimenticio por vía intravenosa; la objeción de conciencia de quienes profesan la religión judía a laborar en sábado; la objeción de conciencia a prestar juramento al no profesar religión alguna; entre otras. Sin embargo, parece criterio generalizado el no atribuirle a la objeción de conciencia la característica de derecho fundamental, sino solamente la de derecho “constitucional”, es decir no inherente a la naturaleza humana sino existente solo si lo reconocen la constitución y las leyes. Es por ello que resulta muy difícil reconocer tal derecho cuando pugna con el ordenamiento general, como por ejemplo, el pretender descansar en Sábado y no en Domingo cuando las leyes generales o contractuales establecen lo contrario.

Pero, ¿a qué viene toda esta explicación? Evidentemente no solo al hecho de que el art. 81 que sirve de fundamento a la expedición de la ley de acceso a la información garantiza en su inciso segundo la “cláusula de conciencia”, sino a la lamentable omisión del legislador a incluir, en la ley supradicha, las excepciones relativas a la objeción de conciencia.

En efecto, la ley obliga al titular de una institución –su representante legal- a dar acceso y revelar al peticionario la información que se le solicite salvo el caso de información reservada y confidencial, la cual en su gran mayoría tiene que ver con la defensa nacional (artículos 17 y 18 de

la Ley). Si el titular no lo hace, se hace acreedor a severas sanciones que van desde multas y destituciones de su cargo hasta responsabilidades civiles y penales. Es decir, se hace acreedor a drásticas sanciones, lo que es correcto, pues se trata de salvaguardar y evitar la burla a claras disposiciones constitucionales y legales. Pero bien podría darse el caso del representante legal de una institución que, invocando exactamente el mismo artículo 81 de la Constitución que le sirve al solicitante, pueda excepcionarse de proporcionarle la información invocando una objeción de conciencia. Así, por ejemplo, el rector de una Universidad podría rechazar un pedido al conocer que el solicitante tiene motivaciones políticas o religiosas en contra de la institución, las cuales son difíciles de poner en evidencia. Consideramos, entonces, que la ley ha debido contener la posibilidad, evidentemente motivada, de que una persona, por razones de conciencia, se niegue a proporcionar cierta información cuya revelación puede causarle grave daño, no a las personas sino a las instituciones a las cuales tiene la obligación de proteger.

### **2.3. DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA, SU DIFUSIÓN Y DE LA INFORMACIÓN RESERVADA.**

El Internet es la vía que la ley ha escogido para exigir a las instituciones la divulgación de la información básica. A través de un portal de información deben difundir su estructura interna, el directorio y su distributivo de personal, el presupuesto con sus ingresos y gastos, los procesos contractuales, los créditos internos y externos y varios otros datos que le permitan al ciudadano tener una radiografía precisa de la institución y el modo en que la están conduciendo. Son responsables civiles, penales y administrativos de la custodia debida de la información pública quienes “administren, manejen, archiven o conserven” la misma, por sus acciones u omisiones en la ocultación, alteración, pérdida y/o desmembración de documentación e información pública.

La ley concede al Defensor del Pueblo un enorme protagonismo en el acceso a la información. El es el promotor del ejercicio del derecho, pues puede patrocinar a pedido de cualquier persona acciones judiciales de acceso a la información cuando esta haya sido negada, estando obligadas las instituciones a presentarle anualmente sus informes sobre las solicitudes de acceso que hayan despachado.

La única información a la cual no existe acceso es aquella que la ley considera reservada, la cual primordialmente está relacionada con la defensa nacional. Sin embargo, en el reglamento expedido por el Presidente Lucio Gutiérrez se desarrolla el principio establecido en la ley y se determina que constituye información reservada aquella que leyes especiales así lo consideran. Por ejemplo, la relativa a propiedad intelectual, la protegida por el sigilo bancario, la que afecte a la seguridad personal o familiar del requerido. El art. 9 del Reglamento a la Ley limita entonces el ámbito del acceso y, en buena medida, esteriliza el intento de la norma positiva de dar al ciudadano el mayor acceso a los documentos públicos.

#### 2.4. DEL RECURSO DE ACCESO.

La ley reconoce al interesado una instancia judicial para el caso de que se haya negado el acceso a la información. Este recurso puede ejercerse “sin perjuicio de la acción de amparo constitucional”, según reza el art. 22 de la ley que comentamos. Al equipararse el recurso de acceso con el de amparo, ¿se esta reconociendo que el recurso de acceso es una acción de tutela y por ende que el acceso a la información es un derecho fundamental?

Nuestra Constitución ubica a “la comunicación” dentro del capítulo 4 del Título III. Es decir, la ubica como un “derecho económico, social y cultural”, equivalente a los derechos políticos (capítulo 3) y a los derechos civiles (capítulo 2). Todos ellos dentro de el amplio parágrafo relativo a los “derechos, garantías y deberes”. No tiene, nuestra constitución de 1998 a diferencia de las anteriores, un capítulo relativo a los “derechos fundamentales”. Hoy, estos se identifican con los “derechos civiles”, y cuando se trata de garantizar el respeto a “los derechos” –a todos, sin excepción- la Constitución establece los recursos de habeas corpus, habeas data y amparo a fin de proteger “cualquier derecho consagrado en la constitución o en un tratado o convenio internacional vigente” (art. 95. Const.).

Pero, ¿el derecho de los ciudadanos a “acceder a fuentes de información” tendrá la misma equivalencia y trascendencia que la inviolabilidad de la vida, la libertad o el debido proceso? Parecería que

no, pero para ayudarnos a discernir el dilema, recurramos a José Vicente Barreto Rodríguez, quien en su obra "Acción de Tutela: Teoría y Practica", nos dice: "Al criterio de que la categoría *derechos constitucionales fundamentales* no es taxativa, constitucionalmente hablando, puesto que hay derechos que si bien no entran en las clasificaciones de la carta, mantienen su carácter de fundamentales y por tanto deben ser protegidos por la tutela; la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha agregado la noción de *conexidad*. Para Vargas Castellanos esta situación se presenta cuando, 'por la violación de un derecho contemplado como NO fundamental, que implique la violación de un derecho fundamental, es procedente la tutela. Si el derecho no fundamental es *conexo* con uno fundamental, en un caso concreto puede tenerse también como fun-damental y, por lo tanto, es exigible protección por tutela. Así, por ejemplo el derecho a la seguridad social no es fundamental, pero hay casos en que su violación implica vulneración del derecho a la vida, como sería la situación de un anciano indigente. El derecho a la seguridad social no es fundamental pero en este caso es conexo con el de su-pervivencia y, por tal razón, mediante la tutela se podrá obligar al Estado a proporcionarle los medios para que no muera de hambre o de frío'....A causa de la evolución y ensanchamiento de los derechos (continua Barreto) que los Estados deben garantizar a la persona humana, la doctrina ha intentado la siguiente clasificación desde la perspectiva histórica de la aparición de tales derechos:

**1.- Derechos de primera generación:**

También denominados libertades públicas; consisten en aquellas garantías que consultan lo mas mínimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de esta y se niegan posibilidades propias del ser....

**2.- Derechos de Segunda generación:**

También conocidos como derechos asistenciales; su principal característica consiste en no ser simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga u obligación al Estado, frente al cual el individuo es situado en el marco social en la condición de acreedor de ciertos bienes que debe dispensarle el aparato político....

Los derechos económicos, sociales y culturales o de Segunda generación, responden a propósitos sociales de diferenciación. Los primeros

igualan a los hombres en aquello que es necesario y los segundos los diferencian en aquello que es indispensable para la protección de los derechos de libertad, igualdad y demás conexos.” (Hasta aquí la cita)

Siendo el derecho a acceder a la información pública un derecho social y cultural, como evidentemente lo es, es sin duda un derecho constitucional de Segunda generación y *conexo* con los de primera generación, es decir con aquellos conocidos como fundamentales por el derecho constitucional tradicional.

Por ende, como a través del acceso a la información, la sociedad puede llegar a proteger derechos vitales para su bienestar, su recuperación económica, su salud, su educación, exigiéndole cuentas a quienes han defraudado su confianza, el legislador ecuatoriano ha considerado acertadamente que el acceso debe ser protegido con la acción de tutela, y por ello ha establecido un procedimiento parecido al que la constitución determina para el amparo, al que ha denominado “recurso de acceso a la información”. Este es, en definitiva, una acción de amparo que permite al solicitante acudir al juez cuando se deniega el acceso a la información. Con leves diferencias, el art. 22 de la Ley da forma al recurso, le da un trámite sumario y somete la resolución final del juez a la competencia del Tribunal Constitucional. Siendo así, porque el legislador ha permitido el recurso “sin perjuicio de la acción de amparo constitucional”? (art. 22 de la Ley). Realmente no entendemos esta disposición, pues las palabras “sin perjuicio” nos llevan a concluir que el interesado podría intentar las dos acciones simultáneamente, lo que divide la continencia de la causa y se presta a confusas situaciones, pues un juez podría denegar lo que otro concede. Bien entonces por la existencia del recurso, mal por la duplicación de la instancia.

### 3.- CONCLUSIÓN.

La ley constituye sin duda un avance hacia la transparencia y la consolidación de las libertades en el Ecuador. Ante las serias dificultades que son crónicas a la democracia ecuatoriana; ante la evidente vigencia de una democracia formal, muy alejada de las características que identifican a la democracia norteamericana o las europeas, donde la rendición de cuentas es moneda corriente y exigida por los pueblos casi diariamente; la ley

concede a los ciudadanos una muy importante herramienta para ejercer el control y exigir la mencionada rendición de cuentas. La prensa ecuatoriana, que presiono durante bastante tiempo para que se expida la ley, tiene el deber de ejercer su función contralora, vigilando se cumplan sus disposiciones, que las instituciones sometidas a su control abran su portal de internet incluyendo toda la información que la ley exige actualizándola permanentemente. Asimismo, la prensa nacional tiene un deber correlativo: ser objetiva y veraz al momento de difundirla. Si bien es verdad que un Estado puede ser “conmovido por lo que la prensa diga pero puede morir por lo que la prensa calle”, como decía Luis de Bonald, frase que identifica a un importante y tradicional matutino de la ciudad, no es menos cierto que hoy en día muchos periodistas abusan del concepto de Bonald, y a fin de “evitar que el estado muera”, matan la honra de las personas, la seriedad de muchas familias y la veracidad de ciertas informaciones. Lo que la prensa ha conseguido con la expedición de la ley no puede dilapidarlo mediante su abusiva aplicación e interpretación. Que el patrimonio obtenido sirva para mejorar la calidad de nuestra débil democracia, transparentar las acciones de los responsables del manejo de recursos públicos e informar mejor a nuestra población, y que no constituya jamás una herramienta de chantaje en manos de ciertos desaprensivos que muchas veces buscan protegerse en leyes nobles como la comentada para satisfacer fines protervos. Y alforjas ávidas de ensanchamiento.