

EL RECURSO JUDICIAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

PRIMERA PARTE

Por Marco Navas Alvear

Profesor de la Facultad de Jurisprudencia
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y
del Instituto de Ciencias Internacionales
de la Universidad Central del Ecuador.
Representante de la Asociación Iberoamericana
de Derecho de la Información y Comunicación (AIDIC).

Introducción

La *Justicia Constitucional* es una dimensión fundamental de la administración de Justicia en las sociedades modernas porque permite efectivizar los postulados constitucionales.

El hecho de que los gobernantes mantengan sus actuaciones subordinadas a los límites que la Constitución y demás leyes les fijan tiene que ver con el valor supremo del ordenamiento legal de subordinar el poder al servicio de la dignidad de las personas. La Constitución y su manejo son claves de esta tarea democrática al establecer:

- Las instituciones y reglas políticas (entre ellas, toda Carta Fundamental se refiere inclusive a su formación y a su modificación, aquí se prevén procedimientos y rituales complejos para que no sea posible modificar con tanta facilidad estas “grandes reglas”, lo que otorga estabilidad al orden social).
- Los valores supremos, así como los *derechos fundamentales*, más específicos de los ciudadanos y ciudadanas, en sentido individual y colectivo.

Una Constitución requiere de un sistema de control de su cumplimiento que se remonta al “judicial review” de la democracia norte-americana en donde todas las normas que se produzcan en un determinado Estado deben estar conformes a la superior de aquel (la constitucional).

A principios del Siglo anterior, a partir de los aportes que sistematizó el jurista austríaco Hans Kelsen, quedó clara la importancia del tema de la supremacía de la Constitución como principio necesario de un orden jurídico democrático. Este principio consiste en implementar un criterio sistémico sobre el orden jurídico, mediante el cual debe existir coherencia y subordinación entre todas las normas desde la más general y suprema hasta las más mínimas y particulares. Es decir, desde los actos más específicos de tipo administrativo, hacia actos más generales y enlazar esto con las normas legales y luego con los principios y enunciados

constitucionales que deben inspirar a todas las actuaciones de los funcionarios públicos y la interpretación de las normas contenidas en esta suerte de “cadena de normas”.

El tema de la Justicia Constitucional o Jurisdicción Constitucional que hace parte de la denominada *Teoría de la Constitución*, da cuenta de la necesidad de un mecanismo de garantía jurisdiccional para tutelar la Supremacía de la Norma Fundamental. A más de aquella dimensión de esta Justicia o Jurisdicción Constitucional que busca garantizar a las personas la posibilidad de exigir ante un juez sus derechos fundamentales, debemos mencionar la denominada, según Julio César Trujillo, “Jurisdicción Constitucional Orgánica”¹, que sería la parte de esa particular Jurisdicción que tiene por misión resolver las controversias entre los detentadores del poder, aspecto crucial para la democracia.

Para el tema motivo de estas reflexiones, importa destacar que la Justicia Constitucional organiza un conjunto de garantías que permite exigir ante unas instancias determinadas, el cumplimiento de las normas supremas y de los grandes valores detrás de estas. La exigibilidad viene dada por el grado de justiciabilidad que exista, es decir, por la efectividad formal y real que estas garantías tengan.

No cabe duda de que una efectiva Justicia Constitucional tiene que ver con mantener la democracia no solo en sentido formal sino sustancial. La dimensión sustancial es aquella que supera la concepción sobre la democracia nada más como "the rule of the many" es decir la voluntad de la mayoría canalizada a través de procedimientos formales y se relaciona con una serie de valores de vida de la sociedad, valores no negociables, que se expresan en los derechos fundamentales presentes en la Constitución y otros instrumentos.²

¹ Cfr. *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito 1992. P. 113

² Nuestra Constitución reconoce como fuentes de los derechos fundamentales, a más de los establecidos en ella misma, a los instrumentos internacionales de derechos humanos, de diverso tipo (Art. 17) e incluso a aquellos derechos que no estando tipificados en un instrumento “deriven de la naturaleza de la persona” (art. 19). Esta pluralidad de fuentes constituirían una suerte de “bloque de constitucionalidad” en donde se contienen y desarrollan los distintos derechos fundamentales.

Recordemos que en el Ecuador el control de la constitucionalidad se concentra en un Tribunal Constitucional como máxima autoridad en esta materia. Así, a partir de la Carta política de 1998, la estructura y funciones de este órgano fueron fortalecidas (Arts. 275 – 279 CPE). Sin embargo, el modelo nacional requiere en primera instancia de la intervención de jueces que no son jueces específicos de materia constitucional, sino jueces especializados en materia civil o Tribunales de Instancia. Hay que recordar además, que en el Art. 274 se incluye la posibilidad de un control difuso, como obligación de “cualquier juez o tribunal” en las causas que conozcan.

Derechos Fundamentales y Garantías

En cuanto a la relación entre *derechos fundamentales* y *garantías*, resulta interesante considerar la distinción que ensaya Ferrajoli, entre de las garantías en primarias y secundarias. Dice este autor: “Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente las lesiones de los derechos, es decir las violaciones a las garantías primarias.” Este jurista italiano critica la tesis positivista tradicional (Kelseniana) de negar la existencia, como derechos, de los derechos fundamentales (que el llama garantías primarias) por la inexistencia de mecanismos de justiciabilidad (garantías secundarias). El sostiene la tesis de una suerte de gradación de garantías, en la que, por si mismos los derechos fundamentales constituyen una garantía (primaria) que tiene relación con una garantía de segundo grado (secundaria) que entra a operar en el caso de que las primeras no se cumplan.

Ambos tipos de garantías sobre los derechos fundamentales son necesarias. La ausencia de mecanismos de reclamo de las violaciones, equivaldría no a una inexistencia sino a una inobservancia de los derechos establecidos por lo que se trata de una “laguna que debe ser colmada por la legislación”³.

De lo expuesto, se evidencia la necesidad de que un sistema jurídico, vale decir un modelo de sistema basado en el Estado Social de Derecho, modelo que Ferrajoli, denomina “garantista”, cuente con garantías efectivas y suficientes. Garantías que estén bien desarrolladas. De allí la necesidad de leyes que desarrollen los derechos fundamentales, como ha sucedido (aunque no de la mejor manera) en el caso del Derecho de Acceso a la Información Pública. También la necesidad de una visión de conjunto de los derechos y las garantías y de jueces que conozcan suficientemente de esta materia, cuya lógica es distinta a la civil patrimonialista y que se sintonicen con este paradigma.

³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 42 y 43.

Garantías y recursos

Una garantía se concibe como una técnica prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por lo tanto para “posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”⁴ Así, una garantía tiene que ver, en los dos sentidos ya enunciados, con la suficiente protección que el sistema provee a un derecho. Por su parte, las acciones o recursos judiciales resultan instrumentos procesales que hacen efectiva la protección mencionada.

En el contexto anotado, el *Recurso de Acceso a la Información* instituido por la *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP)*⁵, constituye una garantía a ese derecho fundamental.

El derecho protegido

El antecedente más remoto del *Derecho de Acceso a la Información Pública* lo encontramos en Suecia a través de una regulación que permitía acceder a los documentos del gobierno, establecida ya en 1766. Dos siglos más tarde se expediría en los Estados Unidos Norteamérica la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Act o FOIA) como resultado, en gran parte, de las presiones de grupos pacifistas y activistas de los derechos civiles (derechos humanos) en su lucha por una efectiva democracia y en contra de los secretos de estado. Actualmente y desde los últimos veinte años, cerca de 53 países en el mundo tienen leyes sobre acceso o libertad de información y treinta más están en proceso de promulgarlas.⁶

El derecho de acceso a la información pública forma parte del grupo de *Derechos Humanos a la Información y Comunicación*. Como tal, se encuentra reconocido tanto en la Constitución Política del Ecuador cuanto en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el país.⁷

A nivel constitucional, este derecho consta en el artículo 81 y se expresa a través de tres enunciados:

- a) La garantía que el Estado establece para el libre acceso a fuentes de información (inciso primero).

⁴ Ibidem. 25

⁵ Promulgada en el Registro Oficial S-337 del 18 de mayo del 2004.

⁶ Dato ratificado en la *Tercera Conferencia Internacional de Comisionados de Acceso a la Información, InfoCancún 2005*, México, febrero de 2005 (www.ifai.org.mx).

⁷ Para ampliar este tema puede consultarse: Marco Navas Alvear y Ernesto Villanueva, *Hacia una América Latina Transparente, las experiencias de Ecuador y México*, UNAM-México, PUCE-Ecuador, Coalición Acceso, Quito, 2004.

- b) El derecho a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad (inciso primero). En este enunciado son particularmente aplicables las tres primeras facultades, es decir, buscar, recibir y conocer información de interés general. Si bien esta norma está dirigida especialmente a periodistas y comunicadores sociales, su alcance beneficia a toda persona, sin discriminaciones.
- c) La garantía específica del acceso a los archivos públicos, la que está complementada por la prohibición expresa de que exista reserva respecto de informaciones que reposen en estos, salvo por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas por la ley (inciso tercero).

Además, este derecho estaría contenido dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen el derecho a la libertad de expresión e información (concepto que incluye al acceso a la información). Estos son:

- La *Declaración Americana de Derechos Humanos*, Art. IV.
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)*: en el Art. 13 de este instrumento se hallan establecidas la libertad de expresión e información.
- La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Art. 19.
- El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, desarrollado en el marco del sistema de protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Art. 19.

Es importante mencionar también la existencia de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (DPLDE)*, desarrollada a partir de una interpretación de los alcances del Art. 13 de la CADH, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Así, resulta interesante examinar lo que trae el Principio No. 4 de la mencionada Declaración, de la CIDH que precisa: “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. 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.”

El derecho de acceso es uno de esos elementos sustanciales de la democracia al permitir un debate público informado y el ejercicio de la libertad de expresión. Por derivación, el adecuado acceso informativo posibilita además el ejercicio de muchos más derechos humanos como son los derechos políticos, o los económicos, sociales y culturales o nuevos derechos como son los derechos del consumidor. En suma, ejercer el acceso a la información pública permite un correcto ejercicio de los demás derechos, promueve un ejercicio responsable del poder y reduce las posibilidades de elección de valores contrarios a la democracia por parte de los gobernantes como el secretismo, la corrupción, el autoritarismo, etc.

El Recurso de Acceso a la Información, elementos más importantes

Nadie duda de que todo derecho requiere de un efectivo mecanismo de garantía en el caso de que este no pueda ser ejercido. En este caso, uno de los avances más importantes que trajo consigo la Ley Orgánica de Transparencia es la creación del Recurso de Acceso a la Información Pública, tiene que ver con el establecimiento de este procedimiento en el artículo 22 de esta Ley.

Desgraciadamente, el referido Art. 22 de la LOTAIP constituye un ejemplo de cómo no redactar una Ley, puesto que está lleno de confusiones y eventualmente lagunas, problemas ante los cuales es necesario recordar que en la interpretación que se le da tiene que aplicarse el principio de interpretación más favorable a la protección del derecho (principio pro-información) consagrado en el Art. 4, literal d). Bajo ese criterio, examinemos a continuación sus características y elementos más importantes.

Por tratarse de un mecanismo de tutela directa de un derecho fundamental, este "Recurso" pertenece al conjunto de las denominadas Garantías, de Jurisdicción Constitucional, aunque no esté previsto en la Carta Política dentro del apartado que establece las "Garantías a los Derechos".

Si bien, resulta un mecanismo procesal de la más alta jerarquía, sería discutible su denominación de "Recurso" y más propiamente debería habérselo establecido en la LOTAIP 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. Por otra parte, aunque se origina en la negativa de una entidad obligada a entregar información, no tiene conexión directa con ella y en este sentido, no se requiere agotar la vía administrativa para interponer el petitorio ante el juez.

Entre sus características podemos mencionar:

- El carácter sumario del procedimiento. Teóricamente y si pese a lo confuso de los incisos donde se establecen los diversos tiempos, no debería demorar más de 5 días la resolución y 10 días la entrega de la información al recurrente.
- Este procedimiento no tiene el carácter de excluyente frente a la acción de amparo. Así lo precisa el primer inciso del artículo 22 de la Ley. Sin embargo, es declarativo a diferencia de la antes mencionada acción. Es decir, establece el derecho del peticionario sobre la información.
- Tiene una importante función de control democrático al permitir una revisión en "sede judicial" de la información clasificada como reservada. En estos casos los efectos de la resolución superan el contexto "inter partes".

Legitimación y causales:

El inciso segundo del Art. 22 de la LOTAIP establece: “Se encuentra legitimada para interponer el recurso de acceso a la información, toda persona a quien se hubiere de negado en forma tácita o expresa, información de cualquier índole a la que se refiere esta Ley, ya sea por la negativa de la información, ya sea por la información incompleta, alterada y hasta falsa que le hubieren proporcionado, incluso si la derogatoria se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.”

Hay que destacar que respecto de las causales, el Reglamento General a la LOTAIP, aprobado en febrero de 2004 en el Art. 16, al enunciarlas, reduce el presupuesto de la Ley cuando se refiere a que procede este recurso cuando: “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, 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.” Se debe aclarar que a esto debe agregarse la negativa propia de la solicitud que constituiría el primer motivo que dé lugar al recurso. Nótese que 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.⁸

El Recurso se dirige contra la entidad o sujeto obligado por la Ley, en aquellos casos establecidos en los artículos 1 y 3 de la LOTAIP y en el Reglamento.

Competencia: Según el Art. 22 de la Ley y 17 del Reglamento, son competentes para conocer, tramitar y ejecutar los Recursos de Acceso a la Información, los Jueces de lo Civil o los Tribunales de Instancia del domicilio del poseedor de la información. Para conocer la apelación a la resolución del Juez o Tribunal, es competente el Tribunal Constitucional.

Contenidos de la petición: Según el Art. 22, el Recurso de Acceso a la Información contendrá:

- a. Identificación del recurrente;
- b. Fundamentos de hecho y de derecho;
- c. Señalamiento de la autoridad de la entidad sujeta a esta Ley, que denegó la información; y,
- d. La pretensión jurídica.

⁸ Sin embargo, el Art. 22 de la LOTAIP en su inciso segundo ya citado, 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 que no se la contesta en el plazo de diez días más cinco de prórroga por motivos justificados que establece la Ley de la materia (inciso final del artículo 9 de la LOTAIP).

Este trámite judicial deberá contar con el patrocinio de un profesional del Derecho. Es importante agregar que además de los mencionados, no es posible exigir ningún otro requisito, salvo el señalamiento de Casillero Judicial para notificaciones (Art. 16 del Reglamento a la LOTAIP).

Procedimiento: en cuanto a los pasos que deben seguirse, el Art. 22 de la LOTAIP dispone lo siguiente:

- Los jueces o el tribunal, avocarán conocimiento del recurso interpuesto en el término de cuarenta y ocho horas, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas por la LOTAIP o la Ley de Control Constitucional para procesos de similares (norma supletoria).
- El juez o tribunal en el mismo día en que se plantee el Recurso, convocará 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. Respecto de esta parte, es importante aclarar que existe una contradicción con el paso inicial pues en el se habla correctamente de avocar conocimiento y en este otro inciso de “el mismo día en que se plantee el recurso”. Lo lógico debería ser que la audiencia referida sea convocada solamente luego de avocar conocimiento y dentro de las mencionadas 24 horas.
- La respectiva resolución deberá dictarse 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 asistiere a ella.
- De lo anterior, se deduce que el trámite de acceso a la información tendría una duración de 5 días: dos (contados en horas) para avocar conocimiento, uno (24 horas) para convocar a la audiencia y un término de 2 días más (debe tomarse en cuenta que se trata de hábiles) para resolver.
- Admitido a trámite el recurso, los representantes de las entidades o personas naturales accionadas, entregarán al juez dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida. Aquí otra aparente contradicción cuando no se habla en este inciso de plazo para entregar luego de haber resuelto favorablemente el recurso, sino de haber sido admitido a trámite. Por ello y aplicando el principio pro información, se deduce que el legislador quiso establecer un plazo específico para entrega de información, que debería contarse, según nuestra interpretación, a partir de que el juez de la causa avoque conocimiento.
- En el caso de información reservada o confidencial, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice la legal y correcta clasificación en los términos establecidos en los Arts. 17 y 18 de la Ley y 10 del Reglamento General respectivo. Si se justifica plenamente la clasificación de reservada o confidencial, el juez o tribunal, confirmará la negativa de acceso a la información.
- En caso de que el juez determine que la información no corresponda a la clasificada como reservada o confidencial, en los términos de la presente Ley, dispondrá la entrega de dicha información al recurrente, en el término de veinticuatro horas. De esta resolución

EL RECURSO JUDICIAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA – PRIMERA PARTE

podrá apelar ante el Tribunal Constitucional la autoridad que alegue que la información es reservada o clasificada.

- De considerarse insuficiente la respuesta (entiéndase por tal la información entregada por el sujeto obligado a la que nos referimos más arriba), a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa de él a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida facilitará el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario.

Medidas cautelares: Según el inciso 11 del Art. 22 el juez puede dictar, de oficio o a petición de parte y cuando la información se encuentre en riesgo de ser ocultada, desaparecida u obstruida, las siguientes medidas cautelares: a) colocación de sellos de seguridad en la información; y, b) aprehensión, verificación o reproducción de la información. Para la aplicación de estas medidas, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública.

El penúltimo inciso dispone la cesación de las medidas cautelares adoptadas en el caso de que el recurso sea negado por el juez o Tribunal Constitucional.

Apelación: el antepenúltimo inciso del largo artículo 22 establece la posibilidad de apelar de la resolución que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, ante el Tribunal Constitucional, pidiendo la sala correspondiente confirme o revoque la resolución apelada. Este recurso de apelación, se interpondrá dentro de los tres días hábiles siguientes. Será concedido con efecto devolutivo, es decir, sin suspender la ejecución de la resolución recurrida, salvo en el caso de recursos de apelación deducidos por acceso a la información reservada o confidencial.

Norma supletoria: Finalmente, el inciso último del Art. 22 establece como norma supletoria aplicable a este proceso a la Ley de Control Constitucional.

Exención de tasas: la norma transitoria primera de la LOTAIP exime a los recursos de acceso a la información del pago de cualquier Tasa Judicial.