

**CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA
DESACTUALIZADA NORMATIVA DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

*General characteristics of the outdated rules of access to
public information in the Republic of Ecuador.*

*Clery Aguirre Arturo,
Santa María Suárez Guillermo,
Molina Benavides Lilian*

*Fecha de recepción: 19 de octubre del 2015
Fecha de aceptación: 15 de diciembre del 2015*

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA DESACTUALIZADA NORMATIVA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Clery Aguirre Arturo¹; Santa María Suárez Guillermo¹; Molina Benavides Lilian¹

¹Universidad Estatal Península de Santa Elena (UPSE)
Campus La Libertad, vía principal Santa Elena – La Libertad
La Libertad-Ecuador
E-mail: clery@upse.edu.ec

Resumen

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública ecuatoriana es una norma vigente pero desactualizada, resultante del desarrollo del derecho constitucional ecuatoriano sobre el acceso a la información pública, que se encontraba principalmente consagrada en el artículo 81 de la derogada Constitución Política de este país. Esta LOTAIP se sustentó en su momento histórico en la libertad de información reconocida tanto en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; lo que resulta relevante a la hora de interpretarla y aplicarla, ya que el derecho al acceso a la información pública ha sido desarrollado por estos tratados internacionales de forma más amplia que en la propia Constitución ecuatoriana.

Palabras Claves: *transparencia, acceso a la información, derecho constitucional, libertad de información.*

Abstract

The Organic Law of Transparency and Access to the Ecuadorian Public Information is an existing but outdated, resulting standard of development of the Ecuadorian constitutional law on access to public information, which was mainly enshrined in article 81 of the repealed Constitution of this country. This LOTAIP was based on its historical moment in the freedom of information recognized both in article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, and article 13 of the American Convention on Human Rights; which it is relevant when interpret and apply, since the right of access to public information has been developed by these broader than in the Ecuadorian Constitution international treaties form.

Keywords: *transparency, access to information, constitutional law, freedom of information.*

1. Introducción

En el Ecuador ésta ley fue uno de los principales instrumentos para evaluar la transparencia en las instituciones públicas durante la última década; no obstante, se ha observado que la ley es incompleta y fue aplicada en sentido limitado por las entidades ecuatorianas (Aguirre y Andrade, 2010). De ello se desprenden importantes consecuencias a la hora de interpretar y aplicarla, consecuencias que serán analizadas en los siguientes apartados.

Ejemplo de una de estas consideraciones es el hecho de que en varias ocasiones dentro de su articulado, se refiere a instituciones públicas ecuatorianas que han sido cesadas o suprimidas por el nuevo orden constitucional. En principio, expresa y tácitamente, las nuevas instituciones creadas por la actual Carta Magna, han acogido la mayoría de responsabilidades que tenían las instituciones cerradas, hasta donde la ley se lo permitiese. De esta forma, por citar algunos casos, la Asamblea Nacional asumió la mayoría de las funciones del cesado Congreso Nacional; la Corte Constitucional asumió muchas de las funciones del Tribunal Constitucional; el Consejo Nacional Electoral asumió las del Tribunal Supremo Electoral; por lo que en muchas ocasiones no queda con claridad absoluta, ante que órgano de la administración se deben dirigir los ciudadanos para localizar y solicitar cierta información.

En el ejercicio de la presente investigación, cuando la actual ley de acceso a la información ecuatoriana se refiera a estas instituciones cesadas, junto a ellas se referirá también el nombre de la posible nueva institución constitucional que deba ejercer los derechos y obligaciones de custodia, publicación y transparencia de la información en el Ecuador.

Otro ejemplo en este mismo sentido es el hecho de que esta Ley Orgánica del año 2004 posee normas procedimentales relativamente breves y omite otras que se encuentran en la mayoría de las leyes de derecho de acceso a la información: en lugar de describir en detalle las excepciones al derecho a la información, la LOTAIP hace referencia a otras leyes sobre este tema, dejando en vigencia el régimen del secreto, que no se ajusta a los estándares internacionales de apertura.

Además, se han mantenido por el mandato legal de esta norma, sin ningún tipo de análisis por parte del legislador, todas las reservas ya contenidas en leyes vigentes, lo que significó la perpetuación de las reglas escritas antes de la derogada Constitución de 1998 y heredadas por la nueva del 2008, reglas que se basan en la cultura del silencio; en este sentido, una prioridad es la actualización legal, clara y detallada del llamado límite a la publicidad de la información, que se convirtió en la excusa para el no cumplimiento de ciertas obligaciones de la ley.

También es posible encontrar en esta norma la eliminación de otras excepciones a la publicidad de la información, absolutamente necesarias para mantener un equilibrio entre los derechos de las personas, la conducción adecuada del Estado y el acceso a la información. Algunos de los casos más graves no considerados en la ley son: información que afecta a la seguridad personal o familiar (por ejemplo en caso de víctimas o testigos de delitos), información de auditorías o exámenes especiales en proceso, información pública que genere ventajas personales en perjuicio del Estado o particulares, informaciones vinculadas a la prevención y lucha contra la delincuencia, información que puede afectar los intereses comerciales o financieros legítimos del Estado, o afecte a la conducción económica del país, etc.

Un tema en este ámbito también es la exclusión a la aplicación de la ley a la información en poder de los miembros del Poder Legislativo, ya que no está claro cómo acceder a esta información en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y en su reglamento.

Esta Ley tampoco considera la apelación a una entidad administrativa independiente de supervisión, aunque sí requiere que la Oficina de la Defensoría Pública proporcione apoyo para casos legales ante los tribunales.

Otros ejemplos sobre aspectos donde esta ley actual queda debiendo por su vetustez y descoordinación con la actual Constitución son: acerca del aviso obligatorio sobre la negación de la información; sobre el derecho de estipular la forma en la que el solicitante prefiera el acceso; sobre el establecimiento de normas sobre la transferencia de solicitudes cuando sea necesario, etc.

No obstante lo dicho, la Ley también incluye varias medidas positivas que aún se pueden mejorar, como un conjunto fuerte de objetivos, un amplio alcance de aplicación y considerables requerimientos de publicación proactiva. Intenta limitar la clasificación indebida de la información en reservada, al requerir que las entidades públicas proporcionen una lista de dicha información, la que debe ser revisada por el (cesado) Congreso Nacional (lo que le correspondería al órgano legislativo actual denominado constitucionalmente Asamblea Nacional) dos veces al año.

También prevé un régimen de sanciones que puede ser mejorado, para aquellos que obstruyen el acceso a la información, aunque no apoya esta característica legal con protecciones para quienes divulguen información de buena fe.

Incluye obligaciones muy progresistas de entrenamiento y educación; el entrenamiento aplica a los funcionarios de la administración pública y a la

sociedad civil y la educación se impone en un nuevo sistema (cambiado también a nivel constitucional), que incluye la denominada educación inicial, educación básica y la educación superior.

En los apartados siguientes se analizará con mayor detenimiento los argumentos expresados y otros de la LOTAIP ecuatoriana.

2. Alcance del acceso a la información en poder de las entidades públicas.

La LOTAIP garantiza y norma el ejercicio del derecho fundamental de los ecuatorianos a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución de la República del año 1998 (ya derogada), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales el Ecuador es signatario; estas normas internacionales, que en la teoría deben completar el tratamiento del derecho al acceso a la información pública en el Ecuador, son superiores jerárquicamente a la ley nacional de conformidad con la misma Constitución.

El acceso a la información en poder de las entidades públicas ecuatorianas es para la norma un derecho de las personas que garantiza el Estado. La Ley establece objetivos que incluyen la garantía del acceso a la información para cumplir con normas constitucionales y de leyes internacionales relacionadas con la transparencia y la rendición de cuentas, para promover la supervisión de la administración pública y los recursos, protegiendo la información personal, democratizando la sociedad y facilitando la participación ciudadana en la supervisión de la toma de decisiones públicas, efectivizándose en la práctica un control social a medias.

El primer principio que gobierna la aplicación de esta Ley declara que la información pública pertenece a los ciudadanos. El hecho de que la información pública sea considerada como perteneciente a los ciudadanos deriva directamente de la concepción del derecho al acceso a la información pública como un derecho fundamental. La propiedad ciudadana de la información pública es un principio legal, por lo tanto, los depositarios de esta información son considerados como administradores de la misma y poseedores de la obligación legal de asegurar el acceso a ella.

La información pública es auto definida por la LOTAIP como todo documento en cualquier formato que se encuentre en poder de las instituciones públicas reguladas bajo esta Ley, ya sea que esos documentos hayan sido creados u obtenidos por ellas,

o estén bajo su responsabilidad, o se produjeron usando recursos estatales.

Pero por el contrario, al no explicar la transparencia en los procesos de gestión como tal, la actual ley no contiene las regulaciones necesarias que promuevan la visibilización de los procesos en lo que respecta a la toma de decisiones en los diferentes escenarios posibles, como en el presupuestario, en la planificación, en la ejecución o en el control de la gestión en general, lo que hacen de esta ley, una simplemente orientada a la publicación de documentos, en su mayoría técnicos, que no explican cómo se llegó a definir su contenido.

El alcance de esta ley en términos de las entidades cubiertas incluye taxativamente las instituciones que el artículo 118 de la Constitución ecuatoriana derogada definía como componentes del sector público, elemento que urge actualizar; además de las instituciones descritas en el primer artículo de la misma Ley.

Aunque el término "pública" se usa a lo largo de toda la ley frente al término "información", se puede colegir que simplemente significa información en poder de las entidades públicas; no es por lo tanto un término que califique el alcance de la información cubierta.

De esta manera, el alcance también cubre una lista de otras entidades que incluye: personas legales cuyas acciones se relacionan exclusivamente con el manejo de recursos del Estado; entidades privadas, incluyendo empresas, fundaciones y organizaciones no gubernamentales; entidades privadas que llevan a cabo funciones públicas o que reciben fondos públicos, y otras personas legales privadas que poseen información pública.

Adicionalmente, todos los partidos y organizaciones políticas que reciben recursos del Estado ecuatoriano, tienen la obligación de publicar anualmente en forma electrónica, sus informes sobre el uso detallado de los fondos a ellos asignados.

En su conjunto, se puede decir que el legislador creyó conveniente desarrollar una definición muy amplia, que cubra a todas las entidades que se puedan considerar ligadas de cualquier forma con el sector público o con el suministro de bienes públicos y que por lo tanto, son responsables de la publicidad de la información pública. No obstante, en un apartado subsiguiente se analizará y propondrá la inclusión en esta lista de la denominada información privada de interés público.

De esta manera la norma ecuatoriana persigue acertadamente la protección de la información personal que conste en el sector público o privado. El secreto de esta información debe entenderse como una obligación del poseedor, de ello se desprende que

los poseedores de la información confidencial de terceras personas deben custodiarla y no deben entregarla a terceros que la soliciten. En este sentido, vale destacar que en este país, no existe una Ley específica para este fin, como sí las hay en otros países iberoamericanos, incluido España.

El cesado Tribunal Constitucional ecuatoriano hizo alusión tácita a éste principio, cuando negó un recurso de acceso, entre otras razones, porque en el caso la información solicitada por el peticionario al Registrador de la Propiedad fue aquella calificada como confidencial por el artículo 6 de la LOTAIP, es decir, referida a información personal (fallo No. 0006-2004 de la Tercera Sala), lo que lleva a otras de las limitaciones de la ley, la no inclusión de la desagregación de la información y la posibilidad de su divulgamiento parcial.

Otro principio de la ley declara que el ejercicio del poder y la administración de los recursos públicos están sujetos al principio de apertura, y que la transparencia es una forma de promover la participación en la toma de decisiones y la rendición de cuentas al público.

También contiene un principio interpretativo, que declara que aquellos responsables de interpretar la Ley, refiriéndose a ella como orgánica, deben hacerlo de la manera más favorable para el ejercicio de los derechos que garantiza. Es alentador que haga referencia explícita al tema de la interpretación y por lo tanto otorgue una dirección concreta en cuanto al cómo debe ser usado su articulado.

Al tratarse de un derecho constitucional, la interpretación que se le dé a la LOTAIP debería ser de in dubio pro informatione, de esta manera en caso de existir dos disposiciones sobre un mismo punto, hecho, cuestión, proceso o trámite, se debe aplicar la que más favorezca a la publicidad de la información y de igual manera en caso de duda, se deberá interpretar de la forma que más convenga a la publicidad informativa.

Finalmente, aunque el primer artículo de la LOTAIP decreta que el acceso a la información es un derecho de las personas, su articulado hace referencia a los ciudadanos en varias ocasiones; en todo caso, no parecería que el derecho se viera limitado por el hecho de no ser ciudadano y más bien su ejercicio pueda y deba ser desarrollado por cualquier persona.

Más adelante en la misma ley, en una norma que prevé la interposición de solicitudes de información, se hace referencia sencillamente al interesado que desea acceder a la información pública. Por lo que habrá que armonizar la futura ley con una redacción simple pero directa, que no promueva la duda en casos como el citado.

Estas consideraciones señaladas permite intuir que la LOTAIP debió estar inspirada en los principios señalados en la norma constitucional, entre los que se encontraban: el acceso a las fuentes, el derecho al acceso como derecho de todas las personas, que la información a la que se podía acceder fuese aquella relacionada con los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, que por principio no existirían reservas, ya que la reserva es una excepción con causas expresamente establecidas en la ley; pero que en la práctica, todos estos principios no siempre fueron seguidos o logrados por la LOTAIP.

En su conjunto, todos éstos son elementos interesantes que proporcionan una sólida base para una nueva Ley de acceso a la información pública en la República del Ecuador.

3. Garantías procedimentales

La LOTAIP contiene normas muy breves sobre el proceso de las solicitudes. Ordena que las solicitudes de información deban dirigirse por escrito al titular de la entidad pública en cuestión y que contengan la identidad del solicitante, y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud de la información.

Al respecto, sería preferible permitir también que las solicitudes puedan hacerse también de forma electrónica y también de forma oral.

Contrario a disposiciones expresas de la nueva Constitución ecuatoriana y a las prácticas progresistas de otros países, la Ley no requiere que las entidades públicas proporcionen asistencia a los solicitantes, aun cuando éstos sean discapacitados o analfabetos.

Sobre la obligación de especificar el tema motivo de la solicitud, resulta ser un capítulo vetado por las leyes más modernas sobre la materia, donde los solicitantes no tienen que dar razones para sus solicitudes, principio que debe desarrollarse en el nuevo marco normativo del Ecuador.

La Ley estipula que el derecho a la información no impone la obligación de que las entidades públicas tengan que crear o producir información que no poseen. El derecho a la información en el Ecuador no otorga a los solicitantes el derecho a exigir que las entidades públicas efectúen evaluaciones o análisis de la información que posea, compilen o recolecten información que esté en distintas partes de la entidad o en otras entidades, o proporcionen resúmenes, cifras estadísticas o índices.

Algunas leyes de derecho a la información sí requieren que las entidades públicas recolecten la información que está repartida en varios documentos y algunas prevén que el solicitante pague el costo de este servicio, sobre todo cuando conlleva mucho

tiempo y esfuerzo. Otras leyes de países con mejores prácticas y recursos automatizados e informáticos, también requieren que las entidades públicas lleven a cabo procesos automatizados relacionados con la información, como extraer información de las bases de datos (Mendel, 2009).

Respecto a los plazos, esta ley ordena que las solicitudes deban recibir respuesta dentro de los diez días posteriores a su presentación, los cuales pueden extenderse otros cinco días más por causas debidamente justificadas, siempre y cuando el solicitante sea notificado. Éste es un plazo corto pero adecuado para responder a las solicitudes, sin embargo sería preferible que se impusieran condiciones en las razones para justificar las extensiones. Idealmente se deberían establecer plazos aún más cortos para solicitudes urgentes, por ejemplo cuando la información se requiere para defender un derecho humano o proteger la vida o la libertad de una persona.

En esta misma línea, esta ley no menciona varios asuntos procedimentales que varias de las leyes de derecho a la información manejan, como la transferencia de solicitudes cuando la información está en manos de otra entidad pública, el derecho de terceros interesados en argumentar por qué la información no se debe divulgar, el aviso que debe hacerse a los ciudadanos de que sus solicitudes han sido negadas y el derecho de los solicitantes de especificar la forma en la que les gustaría recibir la información.

La misma Ley decreta que el acceso a la información pública será generalmente gratuito, aparte del costo de reproducción. Es grato que el acceso a la información se considere gratuito, pero sería preferible que la ley tuviera más detalles acerca de los costos que pudieran cobrarse por la reproducción de documentos. Sería útil especificar que una entidad central sea la responsable de fijar las tarifas que deben seguir todas las demás instituciones públicas.

Se debe entender que por la gratuidad, la institución que proporciona la información no se enriquece por el mero despacho del recurso. Por este principio el trámite debe ser siempre gratuito, sin que por ello afecte la cancelación de ciertos valores, como el de las fotocopias.

Los valores de la reproducción no siempre corresponden al mero costo de unas copias, hay casos en que la reproducción de mapas, fotografías aéreas, etc. son realmente costosas. Esos costos deberían ser satisfechos por el requirente y estar establecidos normativamente en la ley.

Finalmente, no se dice nada del funcionario que, cuando por su oficio debe contar con una determinada

información y si por su culpa o negligencia no la tuviere, no podría trasladar ese costo al requirente de la información.

4. Referencias

Aguirre, Patricio; Andrade, Mabel (2010). ¿Cómo medir la transparencia municipal? *Ciudadanizando las políticas*, núm. 4, p. 1-4.

Ecuador (2004). *Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública*. Quito: Registro Oficial núm. 337, 18/05/2004.

Ecuador (2005). *Reglamento a la ley de transparencia y acceso a la información pública*. Quito: Registro Oficial núm. 507 de 19/01/2005.

Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Montecristi: Asamblea Nacional Constituyente, 20/10/2008.

Fernández, Lucía (2003). *Transparencia y acceso a la información pública*. Lima: Portal de asuntos públicos de la PUCP. <http://ipys.org/sites/default/files/articulo_lucia_fernandez.pdf>. [Consulta: 11/10/2013]

Mendel, Toby (2009). *El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica*. Quito: UNESCO.

Riofrío, Juan (2005). *Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública, comentada*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.