



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Salgado Pesantes, Hernán

El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y
en la jurisprudencia ecuatoriana

Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 69-83

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060104>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

*The right to privacy and the right to freedom of information in the
doctrine and the jurisprudence of Ecuador*

Hernán Salgado Pesantes¹

Profesor Principal de Derecho Constitucional en la
Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
hsalgadop@uiosatnet.net

RESUMEN: El autor presenta en esta ponencia la configuración constitucional y legal, en el Derecho ecuatoriano, del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad de información, y reseña la delimitación entre los mencionados derechos en la doctrina y la jurisprudencia de Ecuador.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida privada, libertad de información, delimitación de derechos, doctrina y jurisprudencia ecuatoriana.

ABSTRACT: The author presents in this communication the constitutional and legal configuration, in the Ecuatorian Law, of the right to privacy and of the right to freedom of information, and outlines the delimiting between those rights in the doctrine and the jurisprudence of Ecuador.

KEY WORDS: Right to privacy, freedom of information, delimitation of rights, doctrine and jurisprudence of Ecuador.

¹ Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (períodos 1992-1997 y 1998-2003). Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador. Artículo presentado el 7 de abril y aprobado el 22 de mayo de 2008.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Comenzaré señalando que uno de los soportes de la efectiva vigencia de los derechos humanos es el de su indivisibilidad y el de su interdependencia. Estos principios no pueden ser dejados de lado porque permiten una mejor comprensión de los derechos de la persona, contribuyen a elaborar un sistema de protección completa y a solucionar posibles conflictos.

En efecto, entre los diversos derechos pueden surgir conflictos que deberán ser solucionados, integrándolos armónicamente. En mi criterio, muchos de esos conflictos son aparentes y pueden ocurrir sea porque falta precisar el concepto de determinado derecho, sea porque su contenido está conformado por elementos subjetivos, y por lo mismo cambiantes según la interpretación que de ellos se haga.

Para interpretar adecuadamente los derechos, además del método dinámico y progresivo y del criterio de ponderación y de razonabilidad, hay que tener presente –en todo momento– que el alfa y omega de los derechos humanos es la persona: ser racional y consciente, investido de dignidad y de libertad.

Conocido es que, desde la perspectiva de los derechos humanos, toda duda o conflicto puede ser superado con la aplicación de los principios *pro homine* y *pro libertatis*, es decir, favoreciendo a la persona y a la esfera de libertad en que se desenvuelve; de tal modo, que las normas jurídicas converjan a dar mayor efectividad y eficacia a los derechos humanos.

2. CONFLICTO ENTRE LA VIDA PRIVADA Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Este seminario tiene por objeto analizar estos dos derechos: por un lado, el derecho a la vida privada de las personas –a proteger su intimidad– y por otro, el derecho de los demás a informar y a recibir información de lo que sucede en la convivencia social.

Una mayor interrelación entre estos derechos y una posible colisión entre los mismos se inscribe –sobre todo– en nuestra época, es propio de ella, pues se ha dado un enorme desarrollo de los medios masivos de comunicación social. Paradójicamente, al mismo tiempo, que hay un avance tecnológico que facilita el acceso a la información, existe también mayor riesgo de intromisión en la vida privada de las personas, mediante mecanismos sofisticados que permiten obtener la información, incluso sin que los afectados se den cuenta.

El siglo XX concluyó con una ilimitada expansión de la prensa, de la radio, de la televisión y de los medios virtuales. Nos ha tocado vivir en la época de los satélites de transmisión y de mucha tecnología, época en la cual adquieren una gran importancia el periodismo, las agencias informativas, los comunicadores sociales, las computadoras y el internet.

Concomitante con este desarrollo está el fenómeno de la globalización que hace que todas las personas y los países permanezcan estrechamente vinculados, interdependientes; y, el instrumento principal de esa vinculación es la información, de la cual se exige que sea veraz, oportuna y completa. En este contexto, donde prima la tecnología y los cambios vertiginosos, debe, además, plantearse la **dimensión ética** del derecho a informar. La información debe respetar los valores esenciales de la comunidad

Como sabemos, la libertad de información trae también un aspecto negativo el llamado sensacionalismo, que –con diversas finalidades– busca llamar la atención y causar escándalo. Frente a la noticia sensacionalista y a otros factores negativos, que desbordan la ética social, corresponde a la ley analizar, recoger diversos elementos fácticos y establecer una normativa con miras a proteger la vida privada de cada persona, a imponer el respeto a su intimidad.

No cabe duda que, en nuestra época, la esfera del derecho a la vida privada ha ido reduciéndose en beneficio de la libertad de información, la cual se ha vuelto una necesidad social, por ello hay quienes hablan de una “curiosidad legítima” que debe ser reconocida y que forma parte del convivir social. Sin embargo, también está claro que en la persona humana existe una esfera o ámbito que concierne únicamente a ésta, la cual está reservada –impedida– para los demás. En todo caso, a la ciencia jurídica le corresponde conciliar a estos dos derechos: proteger la vida privada, con su núcleo de intimidad, con la libertad de información.

Para fines de esta exposición, en el derecho a la libertad de información se incluye también esa doble vía, que se ha ido desarrollando con cierta autonomía, el derecho a dar y a recibir información, a informar y a ser informado.

3. EL SIGNIFICADO DE LA VIDA PRIVADA Y/O DE LA INTIMIDAD

Establecer un concepto de lo que es la vida privada no es fácil, pues se han dado diversas acepciones y alcances; la principal dificultad es la subjetividad con la que se llena su contenido. Y con elementos subjetivos no es posible construir una concepción única, lógicamente, surgirán criterios dispares, incluso contradictorios.

Por lo expresado, suele señalarse que el concepto de vida privada tiene un carácter relativo porque depende de varias circunstancias; así, por ejemplo, del medio cultural; de la situación en la que se encuentran las personas: si se trata de autoridades, de personas que han descollado en la política, en el deporte, en general quienes han alcanzado notoriedad.

Uno de los puntos de partida ha sido el de diferenciar la vida privada de la vida pública, y con base en esas diferencias determinar lo que sería la vida privada. En un concepto de vida privada entra la vida familiar y la del hogar. El criterio de incluir la

honra y la reputación ha sido discutido; algunos (generalmente con criterio civilista) consideran que se trata de otros *derechos de la personalidad*, como lo son también la imagen, la voz.

Si bien la confusión de estos derechos no es adecuada ni ayuda a su comprensión, sin embargo, tampoco se los puede considerar aisladamente como derechos situados en compartimentos estancos (incomunicados entre sí).

Este modo de concebir a los derechos fundamentales –de separar su estudio– no pasa de ser un método didáctico, que debe ser utilizado con cautela.

Desde una óptica propia del Derecho de los Derechos Humanos podemos insistir que no obstante ser derechos diferentes (el honor, la reputación, la imagen, la voz y otros), cada uno con sus características particulares, sin embargo todos ellos están muy próximos al derecho a la intimidad y/o a la vida privada: lo fortalecen y contribuyen a su efectividad. Existe una complementación, que resulta necesario tenerla en cuenta al pensar en los derechos de la persona.

La idea anterior nos lleva a pensar en una especie de imbricación de los derechos, que se compactan, que se constituyen en soporte mutuo. Esta moderna concepción del Derecho de los Derechos Humanos, desde la perspectiva Constitucional o Internacional, encuentra su fundamento, como ya se dijo, en el **principio de la indivisibilidad** de los derechos, lo cual conduce también a su interrelación e interdependencia.

En síntesis, el derecho a la vida privada es el derecho de toda persona a vivir su propia vida, en el contexto de su familia y de su hogar; en esta esfera hay un plus que constituye la intimidad.² La vida privada se ha extendido a la vida familiar porque la personalidad de un ser humano se expresa desde la infancia en el seno de la familia; y, así como en esta esfera (familiar) se desarrollan relaciones afectivas, éstas también tienen lugar en otro contexto social en donde prima la voluntad de la persona (amistades, vínculos sentimentales).³

Para fortalecer el derecho a la vida privada y a su núcleo íntimo se ha desarrollado desde antiguo el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio. Al ordenamiento jurídico de cada país le corresponde establecer determinados límites y para que este derecho sea efectivo, naturalmente, hay que impedir las ingerencias arbitrarias y establecer garantías concretas.

² Comparto la idea de que la intimidad constituye un nivel mayor, menos asequible para los demás, dentro de la vida privada; ésta puede ofrecer aspectos que pueden ser delimitados para dar paso a la libertad de información, no así el *noyau dur* de la intimidad.

³ La Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia diversos temas de la vida privada y familiar, destacando que la protección a este derecho no queda en un ámbito de abstención por parte del Estado, sino que entraña una adecuación de la legislación interna para que la protección sea efectiva. Así, por ejemplo, *Caso Marckx* de 13 de junio de 1979, N° 31.

También se considera que la protección contra las ingerencias de la vida privada permite **desarrollar la personalidad**. Es en la soledad –o soledad como mencionan muchos autores– que la persona se comunica consigo misma y se encuentra, desen-
vuelve su tranquilidad psíquica (paz interior) y se proyecta luego al convivir social (en su trabajo, aspiraciones, etcétera).⁴

La expansión de la personalidad, que comprende el concepto de vida privada –como fue dicho– tiene que ver, en cierta medida, con el derecho de establecer y mantener relaciones con otros seres humanos, especialmente en el dominio afectivo. De aquí se deriva el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, porque a través de la comunicación se intercambian pensamientos y sentimientos.⁵

Contra todo factor que signifique una ingerencia o abuso se considera que debe haber protección. Obviamente, si hay el consentimiento o la voluntad del agraviado deja de existir la intromisión abusiva; consentimiento que también puede ser tácito, siempre que hayan elementos –o indicios– que demuestren esa aceptación.

4. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Un derecho fundamental y tradicional ha sido la libertad de pensamiento o de expresión, como aún se mantiene en muchos textos constitucionales e internacionales. De ella se deriva la libertad de información. El *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950) es de los primeros instrumentos sobre Derechos Humanos que hace un desarrollo adecuado de la libertad de expresión que comprende –dice el Art. 10– “*la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras...*”. Años después, una disposición semejante será recogida por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), que en su artículo 19, párrafo 2, señala:

“*2. 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*”.⁶

⁴ Por ello, se prohíbe el ruido porque perturba la tranquilidad, además de los daños fisiológicos que pueda ocasionar en las personas.

⁵ Respecto de las relaciones sentimentales en general, y aquéllas de carácter sexual, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos han reafirmado que forman parte de la vida privada, por tanto no cabe la ingerencia de los poderes públicos en estos aspectos íntimos de la vida privada. Especial interés reviste el Caso Dudgeon de 22 de octubre de 1981 que sentó jurisprudencia.

⁶ La fecha de adopción de este Pacto es el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Convenio Europeo (*Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales*) fue suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia a partir del 3 de septiembre de 1953.

La libertad de información ha permitido siempre los intercambios de ideas y conocimientos, al tiempo que contribuye a formar una sociedad más pluralista y tolerante, contexto indispensable para fortalecer la democracia. El acceso de los ciudadanos a la información pública permite que éstos tengan una mayor participación política. Y, como vehículo de cultura, la información debe respetar –y difundir– los valores de la sociedad. De lo expresado (sencillamente) queda claro que se trata de un derecho social.

El derecho de informar y el de ser informado surge de la necesidad humana de comunicarse y es básico en toda sociedad. Como fue dicho, la tecnología actual ha impulsado grandemente las posibilidades de la información, pero también se impone la necesidad de que no sean afectados otros derechos, particularmente el relacionado con la vida privada de toda persona.

Por su parte, los medios de comunicación para obtener y dar la información deben observar los límites impuestos por la ética social y por la ley; ciertamente que el asunto se complica cuando se conoce que existen formas sofisticadas de obtener la información, con ayuda de la tecnología moderna.

Como fue dicho, el desarrollo de la información, tanto en el ámbito público como en el privado, ha limitado de hecho a la esfera de intimidad y de vida privada. Incluso los patrones culturales han sido modificados.

5. HACIA UNA DELIMITACIÓN DE LOS CONTENIDOS

Con fines de delimitar el contenido de la vida privada –y por ende el de la libertad de informar–, los estudiosos han buscado establecer diversos niveles o gradaciones, según la intensidad o gravedad del resultado si la información se hiciera pública. En unos niveles estarían aquellas situaciones cuyo secreto debe guardarse, que serían parte de la intimidad propiamente dicha; en otros, quedarían diversos asuntos que pueden ser delimitados por la libertad de información y si en este contexto ocurriera una violación a la vida privada se daría con menor intensidad.

Otro criterio para delimitar a estos derechos es la noción de interés público o general, que ha servido de fundamento para la más antigua división de la ciencia jurídica. El interés público, que en principio caracteriza a la información (a dar y a recibir), puede desplazar el derecho a la vida privada; pero será necesario precisar la noción de interés público, de lo que constituye ese interés legítimo superior. Igualmente será indispensable ponderar los hechos que van a ser informados. La ponderación es un instrumento de la interpretación lógica racional.

Entre las cuestiones que no deben informarse hay consenso en señalar las siguientes: hechos penosos o embarazosos, cuyo conocimiento público causa perturbación; aspectos relacionados con la vida conyugal, familiar o sexual de una persona. Las

fotografías privadas no deben publicarse sin autorización (lo que afectaría también al derecho a la imagen).

Las comunicaciones privadas, realizadas por cualquier medio, no deben ser utilizadas, así como tampoco se debe divulgar la información recibida confidencialmente por un particular. En algunos países, como en los Estados Unidos, se permite la interceptación de comunicaciones telefónicas o escritas y otras, con la finalidad de descubrir delitos o por razones de seguridad.

La materia de salud –psíquica y física– generalmente queda en la esfera privada, pero hay afecciones que por entrañar riesgos para los demás quedan fuera, aunque puede exigirse un trato discreto. La sociedad también exige la privacidad de la información guardada en virtud del secreto profesional, únicamente en determinados casos se permite informar (por ejemplo, en casos de responsabilidad penal).

La afiliación de índole familiar (situación en que se halla una persona con relación a su familia), que el Estado ordenaba establecer al inscribir un nacimiento, se consideró que afectaba la vida privada (y, en muchos casos, también el honor) por lo que se eliminaron estas regulaciones; de este modo se ha superado las antiguas y oprobiosas clasificaciones que traía el Código Civil.

Hay que tener claro que todos los asuntos que constituyen un deber para con el Estado, y que por lo mismo participan de la esfera pública, ya no pueden ser considerados como parte de la vida privada de una persona. Por ejemplo, las declaraciones de impuestos, las rentas que se perciben, aspectos relacionados con el nivel de vida, etc.

Igual cosa ocurre cuando la persona goza de **notoriedad**: políticos, autoridades, artistas, deportistas u otros que han obtenido fama en la comunidad. En estos casos, la esfera de la vida privada ha sufrido una disminución, se podría decir que su círculo se ha estrechado. Dicha notoriedad hace que las personas sean conocidas de todos y el público se interesa por las informaciones que recibe de ellos.

En estos casos se vuelve más difícil determinar cuándo una información constituiría una ingerencia en la vida privada de una persona notoria; la línea que separa lo que se debe informar –de aquello que no se puede– se vuelve tenue. Por ejemplo, una persona común puede guardar en secreto sus convicciones políticas y religiosas, lo contrario sería una intromisión en su vida privada, pero tratándose de un político –que interviene en la esfera pública– no puede pensarse de manera igual.

En la toma de posición respecto de los derechos a la vida privada y el de informar cuentan mucho los **patrones culturales** en que se desenvuelve una sociedad. El factor cultural, que influye en los comportamientos de las personas, establecerá la delimitación de estos derechos igual que la de otros. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos se ha privilegiado la libertad de información, mientras que en Alemania se ha cuidado

en alto grado la vida privada. Estos factores serán preponderantes al delimitar los derechos mencionados.

En todo caso, la legislación sobre esta materia debe ser técnicamente elaborada, precisando el contenido y evitando el uso de términos ambiguos. Justamente, por el carácter subjetivo que predomina en el concepto de vida privada y en el de intimidad, las normas jurídicas deben tender a una concreción: puntualizar el factor y establecer nociones precisas, sin dejar lugar para la ambigüedad. Uno y otro derecho serán ponderados al determinar sus límites.

Finalmente, en estos temas, como en otros, hay que dar preferencia a un cierto pragmatismo, pues, con razón se ha dicho que los juristas y legisladores deben ser proclives a dar mayor atención a las exigencias prácticas que a los análisis abstractos.

6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador –en vigor– consagra entre los derechos civiles el derecho a la intimidad personal y familiar, junto a otros atributos de la persona humana como son la honra y la buena reputación. Agrega, además, que la protección del nombre, imagen y la voz de la persona lo establecerá la ley.⁷

Por otro lado, está el reconocimiento de la libertad de información que el constitucionalismo ecuatoriano lo vincula con “*la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación*”; derechos que se encuentran delimitados por un marco de responsabilidad, la cual debe ser determinada por la ley.⁸

Nuestro constitucionalismo, siguiendo a la doctrina en esta materia, consideró igualmente el caso de que la honra de una persona fuere agravada o afectada por una información o publicación no pagada realizada por los medios de comunicación social, tiene derecho a que se haga “*la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica*”.⁹

De esta manera, se correlaciona la libertad de información con el derecho a la honra y a la buena reputación de las personas; es a partir de estos elementos que se puede establecer una relación con la esfera de su intimidad y vida privada. Al respecto, en mi criterio, sería preferible que en la normativa constitucional ecuatoriana se

⁷ Artículo 23, número 8, de la Constitución codificada en 1998.

⁸ Artículo 23, número 9, *ibidem*. Lamentablemente, las rectificaciones en los medios escritos de la prensa se las hace en espacios insignificantes, frente al despliegue que tienen las informaciones cuya rectificación se solicita.

⁹ *Ibidem*.

establezca de modo expreso, con mayor precisión, el derecho a la vida privada (como un nivel general) y a la intimidad (con una gradación específica). En este punto, para tener un mayor fundamento, se puede y debe recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que categóricamente dispone en el artículo 11, párrafo 2: “*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, [...]*”. Y, luego establece el derecho de toda persona a la protección de la ley contra esas injerencias.¹⁰

Por otro lado, la Constitución ecuatoriana (como lo hacen los instrumentos internacionales pertinentes) establece como complementos necesarios para proteger la “*intimidad personal y familiar*” los derechos a la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que sólo pueden cesar en los casos y circunstancias fijadas por la ley. Incluso, la actual Constitución del Ecuador respecto a la inviolabilidad de la correspondencia ha recogido el principio de que se debe guardar el secreto de los asuntos que son ajenos al hecho por el cual se ha levantado la inviolabilidad.¹¹

Relacionado con el ámbito de la vida e intimidad privadas está el mandato constitucional del derecho que tiene una persona “*a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas*”; además, se dispone que, sobre estas cuestiones, ninguna persona pueda ser obligada a declarar. Al mismo tiempo, se prohíbe utilizar la información personal que puedan dar terceros respecto de las creencias religiosas o filiación política de una persona; y, esta prohibición se extiende también a utilizar datos sobre la salud y vida sexual, “*salvo para satisfacer necesidades de atención médica*”.¹² En suma, es un precepto bastante acertado.

En cuanto a la información propiamente dicha, la Constitución (codificada en 1998) aborda los aspectos modernos del tema en un largo precepto (artículo 81), bajo el epígrafe “*De la comunicación*”. Por la importancia de esta disposición la transcribimos, para que se aprecie su contenido y alcance.

“*Art. 81. El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; 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, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.*¹³

¹⁰ Como se sabe, esta norma (que aquí se cita en lo que interesa) está redactada de manera similar al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la diferencia de que en la Convención Americana se agregó un párrafo, como número 1.

¹¹ Artículo 23, número 13. Generalmente, como en la mayoría de países, es la orden de un juez competente que permite entrar a un domicilio o abrir una correspondencia.

¹² Artículo 23, número 21, de la Constitución codificada en 1998.

¹³ Se ha señalado que, en nuestro medio, la veracidad es posible medirla, siendo más difícil la objetividad; pues, para la veracidad, que no se refiere a lo verdadero sino a lo comprobable, hay estándares internacionales de interpretación. También se ha criticado el criterio de información “plural”, por ser una noción subjetiva que habría que precisar su sentido.

Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.

No existirá 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.¹⁴

Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación.

Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexism, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano".

La Ley que regula el derecho de las personas de acceder a las fuentes de información pública es la *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, aprobada por el Congreso Nacional el 4 de mayo de 2004, lo que significó un sensible progreso al ser un mecanismo que facilita la participación de la sociedad civil y permite ejercer un mayor control institucional, abriendo un nuevo margen a la democracia representativa.¹⁵

6.1. La información en el ámbito público, un medio de rendición de cuentas

Una cuestión importante y nueva que se ha obtenido en el Ecuador es la *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública -LOTAIP-*, la cual busca que se recupere la confianza en las instituciones democráticas, propiciando la participación ciudadana para hacer realidad la obligación de rendir cuentas, aspecto que constituye un punto básico de las democracias modernas. La sociedad civil, con esta Ley, ha aumentado su presencia, participación y propuestas, al tiempo de superar la indiferencia y la desconfianza ciudadanas.

Para nuestra época, la transparencia y la publicidad de la información pública constituyen el elemento distintivo de un manejo democrático en materia de acceso a la información. En este contexto, la LOTAIP se convierte en un instrumento de control de la actividad pública, de tal manera que el ejercicio de la ciudadanía política sirve para mejorar la gestión de los funcionarios públicos y su obligación de rendir cuentas, cumpliendo así un precepto constitucional que dispone, entre otros deberes y responsabi-

¹⁴ La Ley Orgánica de Transparencia y de Acceso a la Información Pública señala como reservados los documentos calificados como tales por el Consejo de Seguridad Nacional (Art. 17).

¹⁵ La Ley fue promulgada y publicada en el Registro Oficial N° 337 de 18 de mayo de 2004. Frente a este avance (un mérito del Congreso de aquella fecha), el Presidente de la República expidió un Reglamento que no estuvo de acuerdo con la finalidad que se había proclamado; posteriormente, tuvo que ser reformado en algunos puntos (Registro Oficial N° 507 de 19 de enero de 2005).

lidades de los ciudadanos: “[...] 13. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, conforme a la ley”.¹⁶

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública tuvo muy en cuenta, como lo señala en su considerando cuarto y en el artículo 2, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y otros instrumentos internacionales vigentes, además de la Constitución ecuatoriana.

Con este fundamento, se reconoce como derecho básico el acceso de las personas a la información pública, entendiéndose ésta como aquella que emana o está en poder de las instituciones del Estado, y de las personas jurídicas de derecho público o privado que tengan participación del Estado o sean sus concesionarias. También, la Ley incluye a las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones públicas, a las entidades de educación superior que perciben rentas del Estado y a las organizaciones no gubernamentales (ONG's). La Ley determina las excepciones que puedan haber respecto a la publicidad de la información (a la que luego haré referencia).

6.2. Objetivos de la Ley y el ámbito de la información reservada

Entre los objetivos constan: el hacer efectivo un control social que tienda a fiscalizar a la administración pública y a los recursos públicos, lo cual facilitará la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general; lo relativo a la democratización de la sociedad a través del acceso a la información pública; y, a “[g]arantizar la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado”.¹⁷ Este último objetivo restringe la esfera de la libertad de información en beneficio del derecho a la vida privada.

El acceso a la información pública tiene algunas limitaciones, de tal modo que no toda información que se encuentre en las instituciones u organismos estatales puede ser difundida o entregada. Como se vio, el artículo 81 (tercer inciso) de la Constitución Política –que fue transscrito– establece como excepción aquellos documentos relacionados con la defensa nacional, por lo cual deben mantener el carácter de reservados. La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública determina que corresponde al Consejo de Seguridad Nacional calificar como reservados a los documentos relacionados con la defensa nacional, con la debida motivación; además, la Ley detalla con suficiente precisión cuál es el contenido de esos documentos que pueden ser considerados como reservados, para no dejar margen a la discrecionalidad (Art. 17 de la Ley).

Asimismo, señala que el período para mantener a una información como reservada es hasta de quince años, desde su clasificación como tal; si desaparecen las causas ya

¹⁶ Artículo 97, número 13, de la Constitución Política codificada en 1998.

¹⁷ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Art. 2, letra g).

no habrá lugar a la reserva, por el contrario, si se mantienen podría ampliarse el período de reserva sobre cierta documentación.

Cuestión importante es que el carácter de documento reservado no puede ser dado con posterioridad al pedido de información.

El romper la reserva obviamente dará lugar a responsabilidades civiles, administrativas y penales según el caso, para quien por su función haya violado la reserva. Además, se dispone a las instituciones públicas llevar un índice de los documentos reservados, de modo semestral (con fecha y período de vigencia); pero el índice no tiene el carácter de reservado.

Por otro lado, también pueden los titulares de las entidades e instituciones del sector público clasificar una información como reservada, en este caso puede el Congreso Nacional desclasificarla en cualquier momento, lo que se hará en sesión reservada y con el voto favorable de la mayoría absoluta de legisladores. En lo relacionado con temas de seguridad nacional, como se dijo, quien conoce es el Consejo de Seguridad Nacional y, por tanto, sólo a él le corresponde desclasificarla.

6.3. El recurso de acceso a la información

Cuando se ha negado dar la información o no se la entrega en el plazo perentorio de diez días, ni en el de quince (cuando hay motivos justificados que permiten la prórroga), entonces se puede recurrir a la acción de amparo constitucional (siguiendo el procedimiento propio de esta garantía) o iniciar un recurso de acceso a la información, ante un juez de lo civil o tribunal de instancia, quienes –por regla general– no pueden inhibirse y avocan conocimiento en el término de cuarenta y ocho horas.

En el mismo día, en que se interpone el recurso, se debe convocar a una audiencia pública a las partes involucradas; esta audiencia se celebra dentro de las veinticuatro horas siguientes, y en el término de dos días debe dictarse la resolución sin que la ausencia del poseedor de la información enerve el trámite. De ser aceptado el recurso, la Ley da un plazo de ocho días para entregar toda la información.

En el caso de que se trate de información reservada hay que probar que la clasificación se ha hecho en conformidad con lo dispuesto en esta Ley, entonces el recurso será desecharido; si el juez o tribunal considera que no hay lugar para haber clasificado la información como reservada dispondrá que se la entregue en el término de veinticuatro horas. Sin embargo, la respectiva autoridad –que alega el carácter de reservado– puede apelar ante el Tribunal Constitucional.

Si, mientras se tramita el recurso de acceso a la información, ésta se encuentra en riesgo de ocultamiento, desaparición o destrucción el juez puede dictar medidas cautelares, incluso de oficio. Tales medidas están establecidas por la Ley.

Por último, los funcionarios que no hayan entregado la información pública, total o parcialmente (por ser incompleta, alterada o falsa), son sancionados según la gravedad de la falta, la Ley dispone desde multas hasta la destitución, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

Entre las disposiciones transitorias se ordena: que las instituciones y entidades públicas deben implementar los portales de información o página web (internet) en el plazo de un año, a partir de la promulgación de esta Ley; la obligación de elaborar el listado índice de toda la información clasificada como reservada, a la fecha, observando lo que la Ley dispone al respecto; si no se cumplen los requisitos de contenido para ser información reservada, se procederá a desclasificarlas en un plazo de dos meses. La información clasificada como de acceso restringido y que tenga más de quince años debe desclasificarse.

6.4. Jurisprudencia

Resolución del Tribunal Constitucional:

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse, en varios casos, aceptando o negando el recurso de acceso a la información. Así, por ejemplo, en la Resolución N° 0001-2004-AI, publicada en el Registro Oficial N° 458 de 10 de noviembre de 2004. En este caso, un miembro del Concejo Municipal interpone el recurso de acceso a la información ante el Juez Décimo de lo Civil de Chimborazo en contra del Alcalde y Procurador Síndico del Municipio del cantón Chunchi. El concejal había solicitado se le entreguen copias certificadas de las actas de varias sesiones de la institución municipal, solicitud que fue negada.

La Municipalidad basó su negativa en que no existía el correspondiente Reglamento para la aplicación de la Ley de Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública; que el Concejo en ejercicio de la autonomía municipal dispuso que los documentos relacionados con su funcionamiento fueran de uso exclusivo de los concejales y se le dio el carácter de información confidencial; y, que quien solicitaba la información la requería para iniciar acciones legales en contra de la Municipalidad, lo que no está de acuerdo con la finalidad de la citada Ley.

El Tribunal Constitucional desestimó los argumentos planteados y concedió el recurso propuesto, confirmando la decisión favorable al actor que ya había dado el Juez respectivo. Dispuso que el Alcalde del Municipio del cantón Chunchi entregue la información solicitada dentro de veinticuatro horas, bajo la prevención de incurrir en la sanción establecida por la Ley pertinente.

Consulta a la Procuraduría:

Una entidad pública (Comisión Metropolitana de Lucha contra la Corrupción) presentó una consulta a la Procuraduría General del Estado, en el sentido de que si era

legal que se exija al interesado en obtener información que obtenga una “clave de usuario” para que pueda acceder a la información constante en la página web de las instituciones del sector público.

La Procuraduría se pronunció señalando que el acceso a la información pública es un derecho de las personas y si las instituciones públicas deben realizar la difusión a través de un portal de información o página web (entre otros medios), no es necesario exigir ningún requisito. (Oficio PGE 28490 del 10 de octubre de 2006, publicado en el Registro Oficial N° 19, suplemento, del 9 de febrero de 2007).

Resolución del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional en el Caso N° 0007-2005-AI negó el recurso de acceso a la información solicitada al Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas por considerar que se trataba de una información de carácter reservado según la respectiva Ley y señaló:

“...la información reservada es toda información pública sobre la cual no puede ejercerse la obligación de publicidad y el derecho de acceso a la información, en razón de la repercusión negativa que su publicidad implica, entorpeciendo, violentando, perjudicando o resquebrajando el interés público o el señalado en la ley.” (Registro Oficial N° 313, suplemento, del 14 de julio de 2006).

En el Caso N° 0005-06-AI, el Tribunal Constitucional afirmó que:

“...El recurso de acceso a la información previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información, es un mecanismo de la justicia constitucional que tiene por objeto garantizar el ejercicio del derecho fundamental a acceder a fuentes de información, consagrado en el artículo 81 de la Carta Política; por lo que no constituye una demanda contra el Estado o cualesquiera de sus instituciones, circunstancia ésta que motiva que únicamente la autoridad recurrida (más no el Procurador General del Estado), sea la que informe al juez constitucional, en la audiencia pública o mientras se sustancia el proceso que se hubiere formado, sobre las razones por las que denegó –de forma tácita o expresa– la información pública solicitada por el recurrente...”.

7. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Cabe señalar que en el Ecuador existe la censura previa en los medios de comunicación social únicamente cuando el Presidente de la República decreta el estado de emergencia (estado de excepción), es una atribución que puede ser utilizada por el Primer Mandatario siempre que se justifique la necesidad; en la práctica son pocas las veces que se la ha

invocado. Vale agregar que durante el estado de emergencia también podrían suspenderse los derechos de inviolabilidad de domicilio y de correspondencia.¹⁸

BIBLIOGRAFÍA

- CIFUENTES, Santos (1995), *Derechos Personalísimos*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article.*
Sous la dirección de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, 1995, París, Ed. Económica.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1997), *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos*, quinta edición, México D.F., Siglo XXI Editores.
- ROBERT, Jacques (1982), *Libertés Publiques*, troisième édition, Paris, Ed. Montchrestien.

¹⁸ Artículo 181, número 5 (censura previa) y para la suspensión de los otros derechos el número 6 de dicha disposición.