

EL PRINCIPIO *CONTRA HOMINE* Y EL PRETENDIDO DERECHO DE ACCESO

Por: Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez–Villalba.

Profesor de Derecho constitucional y de Derecho de la información, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de los Hemisferios.

“El principio *contra homine* y el pretendido derecho de acceso”, en *Revista Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales, Año 3, N° 14, Quito, marzo 2006 (versión pre-prensa).

Antecedentes

Desde 1998 nuestra Constitución ha dispuesto que «*el Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información*».¹ Esta garantía representa una libertad y un derecho fundamental que todo ciudadano puede esgrimir contra el Estado, la misma que ya había sido recogida con anterioridad de forma generalmente implícita en el articulado de algunas declaraciones internacionales de derechos.²

Por ser la transcrita una *garantía* y un *derecho* determinados en la Constitución y en varios instrumentos internacionales, se debía aplicar e interpretar a la luz del principio *pro homine* contenido en el art. 18 de nuestra Constitución Política, que dispone, entre otras cosas: la aplicación directa e inmediata del derecho, el deber de interpretar la normativa de la forma

¹ Constitución Política, art. 81, inc. 1º, *in fine*. En el pasado, otras constituciones ecuatorianas como la de 1967 también habían consagrado el mismo derecho al acceso, aunque de forma implícita, dentro del derecho a la información. Como se sabe, el derecho a la información implica tres facultades: la de investigar, la de difundir y la de recibir información.

que más favorezca la efectiva vigencia del derecho, la no necesidad de que exista ley para que los ciudadanos puedan invocarlo, y la imposibilidad de que una ley pueda restringir el contenido esencial del derecho.

No obstante, por carecer este derecho fundamental de un desarrollo adjetivo específico, en la práctica su eficacia era más bien modesta. Seguramente por esta razón varios movimientos políticos se coaligaron y conminaron al Legislativo ecuatoriano a sancionar una ley que procurara regular y proteger del mejor modo posible el derecho al acceso de la información. Sus requerimientos fueron acogidos de buen grado y a principios del año 2004 se aprobó la tan deseada ley y se publicó en el Registro Oficial.³

El contenido general, grande en un principio, pronto se disipó. Al cabo de poco tiempo, según lo estipulado por la ley, el Tribunal Constitucional empezó a conocer los recursos de acceso a la información apelados, y a rechazarlos, uno tras otro (salvo en dos ocasiones). En sus resoluciones el Tribunal, más que aplicar el principio *pro homine*, parece crear un nuevo principio opuesto a éste, el principio *contra homine*, contrario a todas luces a la normativa constitucional. A continuación, pasamos a analizar las mentadas resoluciones.

Los casos fallados

Hasta la fecha se han publicado en el Registro Oficial las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el tema:⁴

² Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 19, Pacto de San José de Costa Rica, art. 13, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 19.2, y, especialmente, ver la Declaración de Chapultepec, en todo su articulado.

³ La Ley N° 2004 -34, denominada «*Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*» (en adelante simplemente «*LOTAIP*»), se publicó en el Suplemento del Registro Oficial N° 337, de 18 de mayo del 2004.

⁴ Siguiendo el orden numérico, faltarían las resoluciones 3-2004-AI y 4-2004-AI, no encontradas en el Registro Oficial.

| Resolución | Sala | Recurso de acceso es: | Fallo venido en grado es: | Motivo del rechazo |
|-------------------|-------------|------------------------------|----------------------------------|--|
| 1-2004-AI | 3ª | Concedido | Confirmado | |
| 2-2004-AI | 2ª | Negado | Revocado | Por no precisar el accionante con claridad, cuál es la pretensión jurídica. (Se había solicitado « <i>información complementaria</i> », sin <i>precisar</i> qué información ya había recibido). |
| 5-2004-AI | 1ª | Concedido | Confirmado | |
| 6-2004-AI | 3ª | Negado | (Confirmado) | La ley prevé otros procedimientos para requerir la información. (El accionante había solicitado información personal. Se sugiere pedirla a través del Habeas Data, o de otras vías previstas por la ley.) |
| 7-2004-AI | 2ª | Negado | Confirmado | Por no haberse agotado la instancia administrativa. |
| 8-2004-AI | 1ª | Negado | Revocado | « <i>Porque la información requerida no está centralizada</i> » y « <i>se requiere que la posean otros entes estatales</i> ». |
| 9-2004-AI | 3ª | Negado | Confirmado | La ley prevé otros procedimientos para requerir la información. |
| 10-2004-AI | 2ª | Negado | Revocado | 1. El Registro de la Propiedad no tiene obligación de realizar una evaluación –ni, por tanto deber de informar– sobre el número total de personas registradas. 2. Otra información solicitada no la poseía el Registro de la P., ni estaba obligado a ello. 3. Incluso negó el derecho a conocer « <i>cada cuánto se actualiza la base de datos</i> » y « <i>qué formato electrónico</i> » tenía, porque eran pretensiones que se apartaban del objeto de la ley (por no constar dicha información en documento alguno, sino que era una herramienta). |
| 1-2005-AI | 3ª | Negado | Confirmado | La ley prevé otros procedimientos para requerir la información. |

Obsérvese como desde la Resolución 0006-2004-AI hasta la última analizada, todos los recursos de acceso a la información pública han sido negados, y que la Segunda Sala hasta la

fecha no ha concedido recurso alguno sobre la materia. Algo pasa... Salta, entonces, inquietante la pregunta: ¿quién está errando aquí? ¿Acaso los abogados, que no se ajustan a un, quizá, riguroso y solemnísimos trámite previsto por la Ley?... ¿No será el Tribunal?... Para contestarla es necesario analizar la justeza de lo resuelto por el Tribunal.

Motivación del rechazo

Las razones principales por las que el alto Tribunal ha rechazado los recursos que ha conocido, en breve síntesis, son:

1. Por no precisar qué información ya se ha recibido (Resolución 002-2004-AI).
2. La ley prevé otros procedimientos para requerir la información solicitada (resoluciones 006-2004-AI, 009-2004-AI y 001-2005-AI).
3. Por no haberse agotado la instancia administrativa (Resolución 007-2004-AI).
4. Porque otros entes también pueden tener la información (Resolución 008-2004-AI).
5. Por no poseer la información, ni estar obligado a poseerla (Resolución 010-2004-AI).

Analizaremos estos argumentos, en su orden.

1. Se debía de precisar la información ya recibida

En el segundo caso de acceso a la información que tocó conocer al Tribunal, éste observó que cierta información solicitada ya había sido entregada a las solicitantes. Acuciosamente el Tribunal apunta su testimonio: «*el memorando del que habla la parte recurrida donde se nos entrega cierto tipo de información, la solicitamos con fecha 4 de mayo del presente año y, fue entregada con fecha 27 de mayo del mismo año, por lo que nos vimos en la obligación de solicitar información complementaria con fecha 20 de mayo del 2004, la cual fue denegada tácitamente*» (...).⁵ Ello llevó al Tribunal a concluir que «*(...) debió haberse detallado en las pretensiones jurídicas de que trata el cuarto inciso del Art. 22 de la*

⁵ Resolución 0002-2004-AI, considerando 4º, *in fine*.

*Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, únicamente aquella documentación que no se la entregó a las recurrentes».*⁶

Me parece que la Resolución mezcla dos figuras distintas: la solicitud de información complementaria (que en realidad es una primera solicitud) y la solicitud de información ya entregada (segunda solicitud hecha sobre lo mismo). En cualquier caso, la negativa del Tribunal es restrictiva de los derechos del administrado. No existe disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico que prohíba al administrado pedir información complementaria a la ya entregada, ni tampoco cabe prohibirle que la pida dos veces. Si hubiese duda sobre este punto, habría que aplicar el principio *pro homine* contenido en el art. 18 de la Constitución, hermenéutica que seguramente nos encaminaría a la misma conclusión.

2. La ley prevé otros procedimientos para requerir la información

Ésta es la principal razón por la que el Tribunal Constitucional niega los recursos de acceso a la información pública y de *habeas data* que conoce. Si el Tribunal descubre que la información pudo haberse solicitado por otros procedimientos distintos al previsto por la LOTAIP, o si, incluso, llega a sospechar que el recurso de acceso se ha interpuesto para dar fe en algún otro proceso civil o penal, tajantemente negará el recurso.

Así, ha sostenido que «(...) *el derecho de acceso a la información pública no puede reemplazar a los procedimientos establecidos en otros cuerpos de leyes como es el Código de Procedimiento Civil. Si la aspiración del actor es la de hacer prueba en un juicio de nulidad de sentencia ejecutoriada y en juicio de insolvencia, es el Código de Procedimiento Civil, el que le da la ruta para la consecución del fin que persigue, tanto más que dicho documento debe ser parte del juicio que le ha seguido el Banco Bolivariano.*»⁷

De forma análoga, en un segundo caso el Tribunal ha apuntado que «*la propiedad es un derecho real de las personas sobre una cosa corporal; y si bien el Gerente de la Empresa de Parques Industriales C.A., EPICA puede solicitar información de manera directa, o a través del Director Distrital del INDA, que para obrar con apego a la ley debe requerir*

⁶ Resolución 0001-2004-AI, considerando 4º, *in fine*.

⁷ Resolución 0009-2004-AI, publicada en el R. O. N° 512 de 26 de enero de 2005, considerando 5º.

información sobre el historial de una propiedad, el “Fundo Mongón”, lo pueden hacer por otras vías, y no precisamente por este mecanismo.»⁸

Y el criterio sentado se repite en un tercer fallo que niega el recurso por cuanto «(...) *los accionantes solicitan información personal, puesto que desean obtener un certificado sobre bienes de los que aseveran ser sus propietarios, y allí estriba la diferencia con esta institución jurídica, la cual no debe reemplazar otros procedimientos previstos adecuadamente en el ordenamiento jurídico».*⁹

En el fondo, las resoluciones fijan una directriz que determina que solo cabe interponer el recurso de acceso a falta de otro procedimiento para pedir la información. Sería algo así como una acción subsidiaria (!). En opinión del alto Tribunal, si la Constitución Política, el Código de Procedimiento Civil, el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la Ley de Modernización o cualquier otro cuerpo normativo establecen uno o varios procedimientos para solicitar información, el recurso de acceso automáticamente se tornaría impracticable. Este requisito, no fijado por norma alguna, ni acorde a la interpretación a favor de la efectiva vigencia del derecho a la información que por Constitución debe hacerse,¹⁰ constituye un verdadero principio *contra homine*. El hecho de solicitar por esta vía el amparo del derecho a la información, cuando la ley prevé otro trámite, para el Tribunal no deja de ser sino una malsana pretensión.

Semejante criterio no es nuevo. Ha venido aplicándose con regularidad –de mala manera, en mi entender– en los procesos de *hábeas data*. De ahí la jurisprudencia relacionada con la LOTAIP hereda sus estrecheces.

No comparto en absoluto el criterio de fondo vertido por el antiguo Tribunal Constitucional, por diversas razones. Primero, la ley no prohíbe la interposición del recurso de acceso cuando existe otro procedimiento para adquirir la información. Diría, por el contrario, que la ley fija diversos caminos para llegar a un mismo punto; a nadie pasa desapercibido que

⁸ Resolución N° 0006–2004–AI, considerando 4° *in fine*. En el mismo considerando la Tercera Sala apunta que el recurso previsto en la LOTAIP no «(...) *se refiere a información personal, que es precisamente ámbito u objeto del hábeas data, y allí estriba la diferencia con esta institución jurídica*». El criterio ciertamente es válido cuando la información solicitada es íntima de terceros; pero si el solicitante interpone un recurso para acceder a su propia información confidencial, no vemos porqué negársela, aduciendo error en la vía.

⁹ Resolución 0001-2005-AI, considerando 4° *in fine*.

¹⁰ Cfr. Constitución Política, art. 18.

nuestro ordenamiento jurídico contempla acciones concurrentes para acceder a la información pública. Históricamente esto es inobjetable.¹¹

Segundo, muy por el contrario a lo dicho por el Tribunal, es la misma LOTAIP la que garantiza el derecho a solicitar el acceso a la información, «*sin perjuicio de la acción de amparo constitucional*». ¹² En doctrina, se considera que la acción de *hábeas data* es una especie, un sub-género de la acción de amparo, limitada a la materia informativa. Consecuentemente, al menos en doctrina, podríamos concluir que la LOTAIP concede el recurso de acceso sin perjuicio de la acción de *hábeas data*. Una interpretación *pro homine* y acorde al principio *in dubio pro informatione*¹³ nos llevaría a la misma conclusión.

Tercero, sería absurdo pensar que un ciudadano goza del derecho fundamental de acceder a la información pública –sobre el que pesan todos los atributos de tales derechos (inalienabilidad, imprescriptibilidad, etc.)–, mientras no requiera tal información para causar prueba en un juicio civil o penal. Si la solicitara para ello, a juicio del Tribunal, el individuo dejaría de ser ciudadano y sería despojado de sus derechos fundamentales. Es simplemente ilógico que se niegue el derecho al acceso al más interesado en la información pública (aquel que la desea para probar su derecho). En la práctica esto ha ocasionado que los abogados terminen contratando a periodistas, que simulan un raro interés en el caso, para pedir la misma información que a sus clientes el Tribunal les negaría (!).

Bajo el principio *pro homine*, contrario al mantenido por nuestro Tribunal, en el derecho comparado se han interpretado las leyes en el sentido en que favorezcan la efectiva vigencia del derecho al acceso de la información pública, sin considerar para qué fines el requirente ha formulado su solicitud.¹⁴

¹¹ Antes de la sanción de la LOTAIP, en el Ecuador se podía recurrir a cuatro vías diferentes para solicitar la información pública. No considero que su sanción haya conllevado, ni una desaparición de tales vías, ni una exclusión. Al respecto, cfr. mi obra, *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública comentada*, CEP, Quito, 2004, pp. 6-8.

¹² LOTAIP, art. 22, inc. 1º, *in fine*.

¹³ Sobre este principio, cfr. JOSÉ MARÍA DESANTES GUANTER, IGNACIO BEL MALLÉN, LORETO CORREDOIRA Y ALFONSO, MARÍA PILAR COUSIDO GONZÁLEZ y ROSA MARÍA GARCÍA SANZ, *Derecho de la información*, Colex, Madrid, 1994, t. II, pp. 17-18.

¹⁴ Así, en Estados Unidos se ha considerado que se negaría ilícitamente el acceso, cuando «*a clerk in a city health department responded to your document request by asking, "Why do you want to see it?" Normally you are not obliged to answer this question, though it is often asked. And if you do answer, the usual rule is that neither your intended use nor your identity may properly be the basis for an agency decision to keep records secret*» [John ZELEZNY, *Communications Law*, 2ª ed., California, 1997, p. 220].

3. Deber de agotar la instancia administrativa

Con acertado criterio, en cambio, el Tribunal estipuló que hace falta agotar la instancia administrativa para recurrir a la judicial. *«De conformidad con el artículo 21 de la citada ley –resolvió–, la instancia judicial procede ante la denegación del acceso a la información o ante la falta de contestación a la solicitud en el plazo que fija la ley, situación que supone un previo requerimiento, pues lo contrario supondría instar a la autoridad al cumplimiento de su obligación sin haberle dado la oportunidad de cumplirla.»*¹⁵

En el caso, lo requerido en sede judicial no coincidía con lo solicitado a la administración. En la querrela judicial había una *«innovación en la petición inicial que se hizo en el proceso administrativo»*. Por ello, el Tribunal concluyó que *«si bien dicha información es pública y puede ser lícitamente solicitada, debe tenerse presente que según la normativa de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, concretamente por lo dispuesto en los artículos 19, se debió solicitar previamente a la autoridad, y no esperar a la instancia judicial para hacerlo.»*¹⁶

4. Otros entes también pueden tener la información

El Tribunal Constitucional también ha negado un recurso de acceso por el hecho de que *«la información requerida no está centralizada en el Ministerio de Relaciones Exteriores y, por tanto, se requiere de la que posean otros entes estatales; y de ser el caso, de la misma Comisión Interinstitucional»*.¹⁷ En vez de analizar si el requerido posee información pública, el Tribunal prefiere pasar lista de cuáles entes poseen la información, y determinar cuál es su titular.

No considero que sea admisible exigir que los recursos de acceso solo se dirijan contra el titular de la información. En ningún lado la ley exige que la información requerida sea *«original»* o que el organismo la posea forma *«exclusiva»*. Basta con que la información sea pública, para que nazca concomitantemente la obligación de entregarla a cualquier ciudadano que la requiera.

¹⁵ Resolución 0007-2005-AI, considerando 8º *in fine*.

¹⁶ *Ibidem*.

5. Negativa por no poseer la información

Coincido con lo fallado por el Tribunal en la Resolución 10-2004-AI. Un axioma de la filosofía anota que «*nada da lo que no tiene*». Aplicándolo a nuestro campo, diríamos que «*nadie debe dar lo que no tiene, ni debe tener*».

Si la ley no obliga a una entidad a guardar un determinado tipo de información, probablemente no la tendrá. En este caso el requirente deberá probar la existencia de la información negada, para solicitarla en sede judicial. Por otro lado, si la entidad sí estuviere obligada a guardar algún registro, no podrá excusar su incumplimiento aduciendo su carencia.

Comentario

En esta materia, aún no se ha asentado en nuestra jurisprudencia el principio *pro homine* previsto expresamente en el art. 18 de nuestra Constitución Política, ni el principio doctrinario *in dubio pro informatione*, que deriva inmediatamente del derecho fundamental a la información. El primer principio conmina a la efectiva vigencia del derecho fundamental al acceso a la información pública. El segundo determina que, en caso de existir dos disposiciones sobre un mismo punto, hecho, cuestión, proceso o trámite, deberá aplicarse la que mejor favorezca a la publicidad de la información; de igual manera estipula que, en caso de duda, se preferirá la interpretación que más convenga a la publicidad informativa.

Otro corolario de estos principios es que, en caso de duda, se presumirá que la información es pública y que tiene trascendencia social. Luego, la reserva o el secreto serán siempre una excepción que se interpretará de forma restrictiva.

Por de pronto, en la jurisprudencia parece imperar el criterio contrario: el principio *contra homine*, que hace del recurso de acceso a la información pública previsto en la LOTAIP un trámite extremadamente riguroso y solemne, cual si fuera un recurso de casación. Mientras no se cambie éste criterio, el derecho al acceso de la información pública no será sino una pretensión idealista o malsana –según la óptica desde la que se lo mire–, pero pretensión al fin.

¹⁷ Resolución N° 0008–2004–AI de la Primera Sala, considerando 6° *in fine*.