

Access to public information as a guarantee of the Principle of Transparency in Public Administration: Arcana Imperii in a Constitutional State of Rights?

Acceso a la información pública como garantía al Principio De Transparencia De La Administración: ¿Arcana Imperii en el Estado Constitucional de Derechos?



DOI: <https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.902>

Christian Masapanta-Gallegos,  <https://orcid.org/0000-0001-8417-3301>  christian.masapanta@uasb.edu.ec
Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.

Recibido: 16-01-2025

Revisado: 02-03-2025

Aceptado: 09-05-2025

Publicado: 30-05-2025

Resumen

El presente artículo analiza desde una perspectiva crítica la evolución del derecho al acceso de información pública, mediante un recorrido desde la denominada *arcana imperio*, en donde la información estatal se encontraba restringida a las autoridades que detentaban el poder estatal, hasta llegar a la regla de presunción de publicidad de la información estatal, piedra angular de la democracia, transparencia y derechos de participación. Se desarrolla además la doble dimensión del acceso a la información pública, entendida en los estados democráticos como un derecho constitucional pero también como una garantía jurisdiccional, destacándose en el estudio de esta institución jurídica el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador –CCE– en cuanto a sus características, conceptualizaciones, y requisitos para su procedencia.

Abstract

This article critically analyzes the evolution of the right to access public information, tracing its development from the concept of *arcana imperii*, where state information was restricted to those in positions of state power, to the presumption of publicity of state information, the cornerstone of democracy, transparency, and the right to participation. Additionally, the article explores the dual dimension of public information access, understood in democratic states both as a constitutional right and as a judicial guarantee. In this analysis, the development of case law by the Constitutional Court of Ecuador (CCE) is highlighted, particularly regarding its characteristics, conceptualizations, and requirements for the right's applicability.

Palabras clave

Acceso a la información pública, *arcana imperii*, principio de publicidad, administración pública, principio de transparencia.

Keywords

Access to public information, *arcana imperii*, publicity principle, public governance, transparency principle.

1 Introducción

La publicidad de la información estatal es uno de los pilares fundamentales dentro de un Estado democrático, al permitir mediante el acceso a la información pública fomentar la transparencia en las actuaciones de la administración. Sin embargo, dichos principios no siempre estuvieron presentes dentro de la política estatal, pues la información que producían los diversos órganos públicos se mantenía en reserva bajo la figura de la *arcana imperii* (secretos de Estado) con fundamento en la premisa de garantizar una *-razón de Estado-* por la cual los temas relevantes solo podían ser discutidos en sede estatal, por lo que dejaban de lado a la mayoría de la población en el debate de temas trascendentales para el desarrollo de sus actividades cotidianas.

En base a lo señalado, en el presente artículo se analiza la evolución del principio de publicidad de la información estatal, al partir de la *arcana imperii* hasta llegar al principio de transparencia consagrado en las constituciones democráticas y normativa infra constitucional que regula a la administración pública -en el caso ecuatoriano el Código Orgánico Administrativo (COA),

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a Información Pública (LOTAIP), y, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)-. En esta acometida se transversalizará un análisis a partir de los diversos modelos de Estado, para descender luego al estudio de los mecanismos de exigibilidad de estos principios constitucionales mediante la garantía jurisdiccional de acceso a la información pública, al tomar como principal referencia además de la normativa existente, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador, la cual ha brindado interesantes herramientas en el desarrollo de esta acción constitucional.

2 La evolución del principio de publicidad de la información estatal: del arcana imperii, a la transparencia

Conforme destacaba Hobbes *-quien tiene información tiene poder*¹, bajo esta premisa, el principio de publicidad de la información se encuentra directamente vinculado con el Estado democrático, pues aquel garantiza la transparencia en cuanto a la información producida por el ente estatal, convirtiéndose en un mecanismo de limitación del poder, al permitir a la ciudadanía conocer y controlar las actuaciones estatales.

De ahí que quienes son partícipes de un constitucionalismo democrático propenden a buscar mecanismos tendientes a limitar el poder estatal, mediante el ejercicio y protección de los derechos constitucionales, convirtiéndose aquellos en límites y vínculos a los poderes públicos², permitiéndose de esta forma transparentar las actuaciones de la administración pública.

La Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifiesta: "... que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas". Sin embargo, la transparencia en cuanto a la información estatal ha sido un concepto que no siempre ha estado presente en la configuración de un Estado democrático, pues en muchas ocasiones el secreto de la información estatal fue legitimado como un instrumento despótico de ejercicio del poder, convirtiéndose en un privilegio de pocos, a lo que se sumaban prácticas corruptas y antiéticas.

En palabras de Julio César Trujillo, el derecho a la información es esencial para garantizar una democracia representativa y participativa.

El derecho a la comunicación es un derecho que comprende, a su vez, varios derechos que van de la conversación personal al intercambio de ideas o pensamientos, sentimientos, emociones, opiniones, etc., a través de las tradicionales formas de correspondencia y de las nuevas tecnologías de la información y comunicación -TIC- (internet, correo electrónico, Facebook, twitter, etc.) e incluye el derecho a la información que, cuando versa sobre las decisiones, declaraciones, actos hechos, etc., de interés general es esencial a la democracia representativa y todavía más a la democracia participativa y al Estado social y democrático de derecho o de derechos y justicia social, como dice del Ecuador el art. 1 de la CRE.³

Esta transición en cuanto al secretismo estatal y el posterior acceso a la información pública desde una perspectiva teórica, puede ser entendida a partir de lo que Karl Popper denominó sociedad cerrada y sociedad abierta. En cuanto al primero de estos términos -sociedad cerrada- el acceso a la información estatal se encuentra restringido, configurándose un *sopshismata*, al ocultar al pueblo los asuntos de interés nacional, y fomentar que la información sea

1. Thomas Hobbes, *Leviathán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil* (México: Fondo de Cultura Económica, 2018).

2. Luigi Ferrajoli, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, segunda edición (Madrid: Trotta, 2009), 42, 99 y 100.

3. Julio César Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 271.

difundida en base a intereses particulares. Platón por ejemplo manifestaba que “*la verdad solo está en el Estado*”, al quedar la información reducida exclusivamente para un sector poblacional que en aquel entonces era la aristocracia. Mientras que la denominada sociedad abierta se caracteriza por fomentar la transparencia en las actuaciones estatales, al permitir el acceso y conocimiento de la información que sus instituciones generan a toda la población⁴.

En base a lo expuesto, el acceso a la información pública estatal ha ido evolucionando de acuerdo a los distintos modelos de Estado, por lo que podemos situar a este principio en tres momentos:

- Estado absoluto: *arcana imperii* (secretos de estado)
- Estado de legalidad (surgimiento del acceso a la información pública como acción de carácter legal LOTAIP)
- Estado constitucional (acceso a información como derecho constitucional ejercido mediante garantía jurisdiccional de acceso a la información pública)

1.1 Estado absoluto: *arcana imperii* (secretos de Estado)

Dentro de la configuración y desarrollo de los diversos modelos de Estado, al seguir a Ramiro Ávila se puede agruparlos atendiendo a la limitación del poder, en tres momentos (Estado absoluto, Estado legal y Estado constitucional)⁵. En cuanto al denominado Estado absolutista el poder se encuentra concentrado en una solo perso-

na -monarca- y al no existir limitación se produce la vulneración a derechos constitucionales, y en la especie el derecho a la información se mantiene restringido a favor de la autoridad, generándose lo que en la doctrina se conoce como *arcana imperii*.

Este término latino -*arcana imperii*- hace referencia a los secretos de Estado en cuanto al manejo de la información pública, en aquel sentido, la información estatal se convierte en un discurso exclusivo de las personas (autoridades) que detentan poder. El primero en acuñar la denominación de *arcana imperii* fue Tácito, al asumir que este tipo de información no puede ser conocida por todos, sino por un selecto grupo de individuos.⁶

Esta noción luego fue asimilada por Maquiavelo quien configuró la denominada “*razón de estado*”, y estableció que el Estado tiene intereses propios, por lo que solo él puede detentar la información, al asumir que las necesidades individuales de información de los ciudadanos solo tienen razón de ser si se encuentran alineados a los intereses del Estado, por lo que la información que produce el Estado se mantiene en sigilo.

Conforme lo expuesto, dentro del modelo de Estado absolutista, el acceso a la información pública se encuentra restringido a favor de un grupo selecto de personas, sustentándose como justificación al secreto estatal en las -*razones de estado*- al excluir a la mayoría poblacional de un debate democrático.

4. Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, *Transparencia en la gestión pública y control social*, Jeanneth Yépez, coord., (Quito: Editorial Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2010), 4-6.

5. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya Yala - Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 107-21.

6. Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, *Transparencia en la gestión pública y control social*. 9.

1.2 Estado de legalidad: surgimiento del acceso a la información pública como acción de carácter legal -LOTAIP-

El modelo de Estado de legalidad⁷ implica un reverencialismo hacia la norma jurídica de carácter legal, de ahí que el ejercicio de los derechos constitucionales pretende ser tutelados *prima facie* mediante las denominadas garantías normativas. En aquel sentido, el derecho constitucional a la información pública ameritaba una protección mediante un instrumento jurídico de naturaleza legal, por lo que surgió en la realidad ecuatoriana la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública -LOTAIP-, la misma que regula el ejercicio del acceso a la información pública, al delimitar qué tipo de información puede considerarse como pública, así como los órganos que producen este tipo de información.⁸

Para autores como Juan Francisco Guerrero esta acción se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento mediante la LOTAIP, elevándose a la categoría de garantía jurisdiccional en la Constitución de 2008,⁹ al ser aquella desarrollada posteriormente en la LOGJCC, de ahí que aunque actualmente se encuentra vigente la LOTAIP al ser una norma pre constitucional, varios de sus artículos se yuxtaponen con la Constitución y con la también vigente LOGJCC¹⁰, observándose por ejemplo, que en el ámbito competencial la LOTAIP establece que dicha acción deben conocerla los jueces de lo civil, mientras que en la Constitución, así como en la LOGJCC la acción de acceso a la información pública la conocen todos los jueces constitucionales de primera ins-

tancia independientemente de su materia; de igual manera en caso de recurrir de la decisión emitida en este tipo de acción la LOTAIP al ser norma pre constitucional establece que la apelación la conocerá el ex Tribunal Constitucional (órgano actualmente inexistente) mientras que la Constitución y la LOGJCC establece que la apelación de este tipo de acciones lo conoce los jueces de Cortes Provinciales; de igual manera en cuanto a la legitimación activa para interponerla, la LOGJCC establece una legitimación abierta, mientras que en la LOTAIP se requerirá acreditar el interés personal en la información solicitada; además conforme la Constitución y la LOGJCC la sentencia ejecutoriada emitida en acceso a la información pública se debe remitir la misma a la Corte Constitucional para que desarrolle precedentes jurisprudenciales en caso de ser seleccionada lo cual no contempla la LOTAIP.¹¹

Lo antes expuesto denota evidentes incompatibilidades de la ley que regula el derecho al acceso a la información pública -LOTAIP- con el actual marco constitucional vigente, por lo que se debería emprender en reformas inmediatas por parte del parlamento ecuatoriano tendientes a evitar antinomias como las ya existentes entre la LOTAIP y la LOGJCC, para permitir de esta manera el adecuado ejercicio del derecho a acceder públicamente a la información estatal; sin embargo, no todo es malo de la LOTAIP pues contiene importantes conceptos relacionados con el carácter de información pública, los órganos estatales que generan esta información, el tipo de información que debe transparentarse por parte

7. Enrique Carpizo, *Del estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales*, (México: Editorial Porrúa, 2015), 18-19.

8. Ecuador. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.

9. Juan Francisco Guerrero, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 134.

10. La LOTAIP al ser emitida en el año 2004 se convierte en una norma pre constitucional, ante lo cual muchas de las regulaciones en ella establecidas no son concordantes con la vigente Constitución del 2008.

11. Gabriela Melo, "Acceso a la información pública", en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides y Johel Escudero editores, (Quito: CEDEC, 2013), 223-30.

del Estado, así como el tiempo de entrega de la información¹², lo cual no ha sido desarrollado por la LOGJCC, por lo que, para evitar una laguna normativa es importante buscar una solución inmediata a este problema. Al respecto Julio César Trujillo señala que al aplicar la Constitución vigente y el principio *pro persona* se puede armonizar el contenido de estos dos cuerpos normativos:

... entre la Ley de 2004 y la LOGJCC, si bien hay bastante similitud, hay también diferencias que se han de resolver mediante la aplicación de las normas, de una u otra ley, que sean más favorables al ejercicio de la acción de acceso a la información pública, por las siguientes razones: primera, la Disposición Transitoria de la Constitución de Montecristi prescribe que queda derogada toda norma que sea contraria a sus disposiciones, por lo tanto, continúan vigentes las que no le contradigan; segunda, en caso de conflicto entre normas de derechos y garantías constitucionales prevalece la que favorece mejor su vigencia (art. 11,5 CRE); tercera, en materia de derechos constitucionales es inconstitucional toda acción u omisión de carácter regresivo (art. 11,8); y cuarto, en esta materia ni las reformas constitucionales, ni las leyes, ni cualquier otra norma jurídica o acto del poder público pueden válidamente atentar contra los derechos constitucionales consagrados (art. 84 CRE); por lo tanto, las normas de la Ley de 2004 que no contradigan a la Constitución y, más bien, favorezcan mejor la vigencia del derecho a la información, continúan vigentes.¹³

Adicionalmente, el derecho a acceder a la información pública fomenta la transparencia de la administración, al ser uno de los principales objetivos que persigue el Código Orgánico Administrativo ecuatoriano -COA-, que en su artículo 12 determina: "Principio de transparencia. Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en este Código y la ley".

En mérito de lo expuesto, si bien la *arcanus imperi* y la razón de estado no desaparecen en este modelo de Estado, a través del desarrollo normativo en la esfera legal se pretende dar prioridad a las razones de los individuos por sobre el secretismo estatal, al considerar que las libertades subjetivas son los principales derechos protegidos en un estado de legalidad. Es por ello que el acceso a la información estatal y la transparencia en sus actuaciones, pretende en el Estado de legalidad estar protegido por este tipo de normas regulatorias que, aunque deficientes permiten la protección de estos derechos constitucionales.

12. Art. 9 LOTAIP.- Responsabilidad sobre la entrega de la Información Pública.- El titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso. Su responsabilidad será recibir y contestar las solicitudes de acceso a la información, en el plazo perentorio de diez días, mismo que puede prorrogarse por cinco días más, por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario. Ver, Ecuador. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.

13. Julio César Trujillo Vásquez, Constitucionalismo contemporáneo. 273.

1.3 Estado constitucional (acceso a información como derecho constitucional ejercido mediante AIP)

La configuración normativa del derecho a la información puede tener dos vertientes: en primer lugar, el derecho a la información de carácter personal; y, en segundo lugar, el derecho a la información pública. Con relación a esta última el marco constitucional vigente contempla el derecho de búsqueda, recepción, intercambio, producción y difusión de información sobre hechos o acontecimientos de interés general, así como el de acceder a información generada por instituciones públicas o privadas que manejen fondos públicos. Al respecto el artículo 18 de la CRE determina:

Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación de derechos humanos.¹⁴

Sumado a ello, la Carta Fundamental ecuatoriana contempla los derechos de las personas a participar en asuntos de interés público¹⁵, para lo cual es importante que

la administración transparente sus actuaciones; aquello, al seguir lo que manifiesta O'Donnell, permitirá un ejercicio deliberativo que fortalecerá la democracia.¹⁶

En el mismo sentido la Corte IDH ha referido:

[...] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.¹⁷

Es por ello que, el control democrático de las actuaciones estatales fomenta la participación del soberano en la toma de decisiones estatales, al afianzar otro de los principios clave en el ejercicio de la democracia como es la transparencia.

Para Marco Navas:

La transparencia constituye una actitud de gobierno, un principio de conducta de quienes ejercen el poder, que se desglosa en una serie de obligaciones de presentar en forma clara y comprensible las actuaciones públicas, y quizá además, en el hecho de que estas actuaciones estén "iluminadas", es decir que brillen a la luz

14. Ecuador. Constitución de la República de Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

15. Art. 61 CRE.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: (...) 2. Participar en los asuntos de interés público.

16. Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, *Transparencia en la gestión pública y control social*. 10.

17. Corte IDH, "Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas", Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpccajpcgclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf](https://efaidnbmnnnibpccajpcgclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

pública, que se destaquen, y la ciudadanía las pueda ver fácilmente. Transparencia significa diafanidad, limpieza, buena fe, características que pueden apreciarse a simple vista. La transparencia va más allá del acceso a la información, pero tiene una relación directa en cuanto el acceso es el medio básico de transparencia.¹⁸

En base a lo expuesto dentro de un sistema democrático el principio de transpa-

rencia permite consolidar los derechos de participación de la población, y uno de los mecanismos para realizarlo es mediante el acceso libre a la información que se produce por parte de los diversos órganos estatales, a esto la doctrina le ha denominado *regla de presunción de publicidad de la información estatal*¹⁹; el acceso a la información pública además permite garantizar la transparencia en las actuaciones de funcionarios públicos, y de esta forma combatir la corrupción.²⁰

3 Mecanismos de exigibilidad del acceso y conocimiento a la información pública estatal

Las garantías constitucionales son herramientas jurídicas que permiten la exigibilidad de los derechos. De conformidad con el marco constitucional ecuatoriano podemos clasificarlas en garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales.²¹

Dentro del presente artículo destacaremos a las garantías jurisdiccionales, y el acceso a la información pública como una importante herramienta para la protección de este derecho. Para el efecto se entenderá como garantía jurisdiccional a los mecanismos que permiten la protección de derechos constitucionales a cargo de operadores de justicia, y es deber destacar que el acceso a la información de carácter público

se constituye en un derecho constitucional, el mismo que *prima facie* debe ser ejercido de manera directa, y solo en caso de negativa expresa o tácita de la información solicitada se deberá activar la sede jurisdiccional mediante la garantía de acceso a la información pública.

Así lo prevé el artículo 91 de la CRE al establecer:

Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la

18. Marco Navas, "El derecho de acceso a la información pública: elementos para comprenderlo y exigirlo mejor", en *La promoción del derecho de acceso a la Información Pública en el Ecuador* (Quito: Fundación Esquel - Fondo Justicia y Sociedad / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2004). chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ecuador.fes.de/fileadmin/user_upload/pdf/546%20PRODER2004_0432.pdf

19. Al respecto Gabriela Melo señala "a información que está en poder del Estado no puede ser negada, porque es de conocimiento público. Lo antes mencionado conforma la regla de presunción de publicidad de la información estatal. Instrumento que permite la comunicación entre la estructura estatal y la comunidad en general.". Ver, Gabriela Melo, "Acceso a la información pública", 217.

20. Juan Francisco Guerrero, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*, 135.

21. Cfr. Artículo 84, 85 y 86 de la Constitución de la República del Ecuador.

negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

El artículo en mención determina que esta garantía jurisdiccional tiene por objeto garantizar el acceso a la información, no obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que no solo implica poder acceder sino conocer la información que está en manos del ente estatal²², y que la misma sea completa y fidedigna. Al respecto la sentencia No. 29-21-JI y acumulado/21 señala: “42. (...) . La información pública está sujeta al principio de máxima publicidad, según el cual dicha información debe ser completa, oportuna, actualizada, accesible y de fácil comprensión”.

De igual manera la sentencia No. 839-14-EP/21 de la Corte Constitucional establece que tipo de información puede considerarse como pública:

48. Es decir, al menos incluye la siguiente: (i) **la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado**; (ii) la información que el Estado produce o que está obligado a producir; (iii) la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y, (iv) **la información**

que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones

De igual forma la norma constitucional establece como un requisito para que proceda esta acción, que la información solicitada haya sido denegada expresa o tácitamente, o a su vez si la información no sea completa o fidedigna; se exceptúa del carácter público la información que previamente haya sido calificada como confidencial o reservada. Para Trujillo “El derecho a la información pública puede ser negado por diversas razones; las más comunes son el secreto, reserva o confidencial por exigencias de la defensa nacional, seguridad monetaria, seguridad pública, combate a la delincuencia, a la especulación, y tutela de los niños, de las niñas y de los adolescentes”.²³

En cuanto al carácter reservado o secreto de la información se destaca que dicha declaratoria debe habérsela realizado con anterioridad a la solicitud de la información y dicha regulación debe estar contenida en una norma de rango legal.

Al respecto Guerrero expresa:

... una información puede ser calificada de “reservada” a través de dos vías:
Una reserva directa establecida en un acto normativo de rango legal, o,
La declaratoria de reserva realizada por una autoridad pública que se encuentra expresamente facultada para el efecto por una norma de rango legal.²⁴

22. La Corte Constitucional en la sentencia No. N.º013-16-SEP-CC emitida dentro del caso 1739-14-EP determina: “...el derecho constitucional de acceder a la información pública se ve vulnerado, ya que este no se ve asistido solo por el hecho de entregar la información requerida, sino, más bien, se materializa en la garantía de que dicha información sea entregada en el momento oportuno como señala la Norma Constitucional, de manera que se permita ejercer otros derechos que dependan de ella, por lo que su tutela depende de la valoración de dos conceptos, el de la eficacia y el de oportunidad de acceso eficiente (...)”. Ver, Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia No. 006-17-SCN-CC”, Caso 0011-11-CN, 18 de octubre de 2017.

23. Julio César Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 273.

24. Juan Francisco Guerrero, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*, 135.

Aquello además de acuerdo al artículo 47 de la LOGJCC se ve complementado con la reserva existente para la información considerada estratégica y sensible a los intereses de empresas públicas.²⁵ Y con relación a la información confidencial²⁶, si se sigue a la LOTAIP se considera información de este tipo a aquella relacionada con los derechos personalísimos de un determinado sujeto, o en palabras de la Corte Constitucional, asociada con derechos relacionados directamente con la construcción y el desarrollo de la personalidad.²⁷

En cuanto a la tramitación del acceso a la información pública, la misma participa de las normas comunes de las garantías jurisdiccionales de competencia de los jueces constitucionales de instancia, es decir, la competencia para conocer esta garantía la tienen los jueces de primera instancia del lugar en donde se encuentra la información pública solicitada, al tomar en consideración que existe legitimación abierta para presentar esta acción constitucional.

En relación a los requisitos de la demanda, se estará a lo previsto en el artículo 10 de la LOGJCC, luego el juez deberá calificar la demanda y convocar a una audiencia, en la cual, bajo el principio de inversión de la carga probatoria, será la institución pública demandada quien demuestre que la información solicitada no tiene el carácter de pública o a su vez que la misma es confi-

dencial, reservada o secreta. Cabe precisar que conforme la sentencia No. 006-17-SCN-CC la institución no tiene la obligación de producir información que no la posea o que sea inexistente:

... Asimismo, es fundamental señalar que la información pública requerida debe existir al momento de presentarla acción, pues no es obligación de la entidad pública y/o concesionaria del Estado, crear o producir información que no disponga al momento de efectuarse el pedido; sin embargo, dicha institución o entidad comunicará motivadamente por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.²⁸

Al ser una garantía de conocimiento en caso de comprobarse la vulneración de derecho se establecerá la reparación integral de los derechos del accionante, y puede la sentencia de instancia ser apelada ante la Corte Provincial de Justicia. Cabe destacar que en la emisión de la sentencia, el juez deberá observar los parámetros del artículo 17 de la LOGJCC, y una vez ejecutoriada la decisión debe remitir una copia de la sentencia a la Corte Constitucional para una eventual selección y revisión del caso con el objeto de construir precedente constitucional obligatorio.

4 Jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la garantía Acceso a la Información Pública y el principio de transparencia

La Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución ecuatoriana a través de su línea jurisprudencial ha

ido configurando el alcance del acceso a la información pública en nuestro país, es por ello, que a continuación se establecerá

27. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 161-18-SEP-CC", Caso 1601-12-EP, 2 de mayo de 2018.

28. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 006-17-SCN-CC", Caso 0011-11-CN, 18 de octubre de 2017.

brevemente los principales criterios emitidos por este organismo respecto a esta garantía jurisdiccional.

En primer lugar, se debe destacar la sentencia No. 256-17-SEP-CC²⁹ en donde se establece que el acceso a la información pública genera dos obligaciones para las autoridades públicas que pueden verse pasmados en distintos escenarios: la primera otorgar la información solicitada, y, la segunda motivar por qué no se puede entregar la información por el carácter confidencial o reservado de la información. Es decir, al partir de la regla de presunción de publicidad de información estatal, la entidad pública tiene el deber de entregar la información solicitada, sin embargo, en caso de una negativa justificada, debe expresar y justificar el carácter confidencial o reservado de la información, declaración que conforme hemos expuesto en líneas anteriores debe ser anterior a la solicitud y estar respaldada en una norma jurídica de carácter legal.

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia No. 006-17-SCN-CC establece la doble dimensión del acceso a la información pública –como derecho y como garantía jurisdiccional-. Al respecto determina:

De las fuentes normativas expuestas, se determina que el acceso a la información pública constituye un derecho constitucional y una garantía jurisdiccional que permite que las personas puedan acceder a la información considerada como pública, que consiste en todo documento, en cualquier formato que se encuentre en poder de las instituciones o personas jurídicas públicas; contenidos, creados u obteni-

dos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado³⁰.

Al continuar con la jurisprudencia constitucional, la sentencia No. 839-14-EP/21 establece los elementos esenciales de acceso a la información pública entre los que destaca al titular del derecho, y, al sujeto obligado.

En cuanto al titular del derecho parte de la legitimación activa abierta, para que cualquier persona pueda solicitar la información sin que deba acreditar un interés directo ni una afectación personal, determinándose además un elemento innovador en cuanto al ejercicio de este derecho vinculado con la difusión al establecer: “el ejercicio de este derecho incluye el derecho a divulgar la información, en el sentido de que circule en la sociedad para que ésta pueda conocerla, acceder a ella y valorarla”.

Con relación al sujeto obligado señala: “... los obligados a proporcionar el acceso a la información pública son todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. Inclusive, quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten recursos públicos, en nombre del Estado”, aquello es consecuente con el principio de transparencia que se irradia a todos los servidores públicos e instituciones.

En la sentencia de precedente constitucional obligatorio No. 29-21-JI y 34-21-JI/21³¹ acumulados, la Corte Constitucional revisa dos acciones de acceso a la información pública presentadas por la Defensoría del Pueblo en contra del Ministerio de Salud

29. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia No. 256-17-SEP-CC”, Caso1553-12-EP, 18 de agosto de 2017.

30. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia No. 006-17-SCN-CC”, Caso 0011-11-CN, 18 de octubre de 2017.

31. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia No. 29-21-JI y 34-21-JI/21”, Caso 29-21-JI y 34-21-JI, 01 de diciembre de 2021.

Pública, en las que se solicita se entregue información sobre el número de vacunas, el listado de personas vacunadas y el protocolo de vacunación por el virus COVID-19; y resuelve sobre la información que debe ser entregada por considerarse pública. Adicionalmente, se destaca en esta sentencia importantes elementos relacionados con el acceso a la información pública y su vinculación con otros preceptos constitucionales como la participación ciudadana, la democracia, transparencia, buena gestión pública.

45. La publicidad, el acceso a la información y la participación ciudadana fortalecen la democracia, garantizan la transparencia y la buena gestión pública, previenen la corrupción mediante la fiscalización de la administración pública y de los recursos, facilitan la efectiva participación ciudadana, e impiden el ejercicio autoritario del poder porque obligan a publicar y motivar las decisiones que se toman.

En esta sentencia también se destaca la legitimación abierta para solicitar información pública, sin que para realizarla se deba justificar el interés directo de la persona solicitante o justificar el pedido; sin embargo, destaca que el derecho a la información pública no es absoluto, al operar la excepción a la regla cuando se trata de información calificada como reservada o confidencial, para lo cual el órgano público debe demostrar que cabe dicha excepcionalidad.

52. La Corte ha establecido que el derecho a la información pública no es absoluto y que tiene limitaciones y que constituyen excepciones a la regla: la información reservada y la información confidencial. La información reservada por razones de se-

guridad nacional, la que haya sido declarada previamente como tal por la autoridad competente y la información confidencial por el derecho a la privacidad e intimidad de las personas. En estos casos, le corresponde a las servidoras y los servidores públicos, a la entidad estatal o a la entidad tenedora de la información demostrar y motivar la excepcionalidad.

La institución de acceso a la información pública es quizá una de las garantías menos desarrolladas en el constitucionalismo ecuatoriano, desde una perspectiva normativa si bien existe una ley especial que regula este derecho como es la LOTAIP, al tener esta un carácter pre constitucional pese a estar vigente, entra en contradicción con la LOGJCC y con la propia Constitución, en donde, dicho sea de paso, el desarrollo del legislador y el constituyente también ha sido austero. Es por ello que los principales lineamientos y configuración de esta acción lo encontramos en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, lo que nos invita a pensar en reformas integrales a la LOGJCC o la expedición de una nueva LOTAIP que articule los pronunciamientos del máximo órgano de administración de justicia constitucional, pues de la mano de este acceso están en juego importantísimos derechos como la transparencia de la administración, para de esta manera fomentar un Estado democrático, participativo y deliberativo.

5 Conclusiones

- Conforme a lo expuesto, el acceso a la información pública tiene una doble dimensionalidad, expresada como derecho y a su vez como una garantía jurisdiccional. En aquel sentido, el derecho de acceder a la información pública es un derecho que puede ejercerse directamente sin que medie un proceso jurisdiccional, se encuentra consagrado en el artículo 18 de la CRE y se ve interconectado con varios principios constitucionales como la transparencia, democracia, y lucha contra la corrupción. En caso no ser tutelado de manera directa e inmediata, se puede acudir a la garantía jurisdiccional de acceso a la información pública cuando exista una negativa expresa o tácita de acceder a la información estatal o a su vez, cuando la misma no sea completa o fidedigna.

- Dentro de la evolución del principio de transparencia en la administración pública se ha transitado desde una *arcana imperii* en cuanto a la información estatal, hasta la configuración de la regla de presunción de publicidad de la información, al establecer excepciones relacionadas a la reserva y confidencialidad de cierto tipo de información, para lo cual se han desarrollado garantías normativas expresadas en legislación como la LOTAIP y la LOGJCC para que regulen esta acción, sin embargo, debido a la naturaleza pre constitucional

de la primera de aquellas normas, mucho de su articulado no se adecua a los preceptos constitucionales y se contradice con disposiciones contenida en la ley de garantías, por lo que se debe emprender en una reforma integral de la LOTAIP para hacerla acorde con la Constitución y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana.

- El mayor desarrollo al acceso a la información pública se ha visto evidenciado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en donde se ha delimitado a esta institución jurídica, y se han desarrollado importantes conceptos que permiten entender la naturaleza jurídica, el alcance y requisitos a observarse para que esta opere. No obstante, se requiere aún de regulación específica sobre el procedimiento y la forma de ejecución en cuanto a la entrega de la información pública estatal, por ejemplo, la forma, los medios y el tiempo en que debería entregarse la información solicitada.

- Finalmente, es importante que los diversos organismos públicos, sus autoridades y funcionarios mejoren los mecanismos de difusión y conocimiento de la información pública estatal, ya que la misma se convierte en un derecho constitucional y un baluarte en la configuración de un Estado democrático.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

- Ávila-Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Editorial Abya Yala, 2011.
- Carpizo, Enrique. *Del Estado legal al constitucional de derecho*. México: Editorial Porrúa, 2015.
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, segunda edición. Madrid: Trotta, 2009.
- Guerrero, Juan Francisco. *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- Hobbes, Thomas. *Leviathán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil* México: Fondo de Cultura Económica, 2018.
- Melo, Gabriela. "Acceso a la información pública", en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides y Johel Escudero editores. Quito: CEDEC, 2013.
- Navas, Marco, "El derecho de acceso a la información pública: elementos para comprenderlo y exigirlo mejor", en *La promoción del derecho de acceso a la Información Pública en el Ecuador*. Quito: Fundación Esquel - Fondo Justicia y Sociedad / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2004.
- Secretaría Nacional de *Transparencia de Gestión, Transparencia en la gestión pública y control social*, Jeanneth Yépez, coord., Quito: Editorial Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2010.
- Trujillo Vásquez, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.