

## **ACCESO ABIERTO A LA INFORMACIÓN: GARANTÍAS Y RETOS EN EL ECUADOR**

### **OPEN ACCESS TO INFORMATION: GUARANTEES AND CHALLENGES IN ECUADOR**

José Correa Calderón, Mgs.\*

\*Universidad Técnica de Machala, Ecuador; jecorrea@utmachala.edu.ec

#### **RESUMEN**

El presente trabajo ofrece una perspectiva jurídica del acceso abierto a la información. Su objetivo consiste en identificar las garantías y retos del derecho al acceso abierto a la información en el Ecuador, utilizando el método analítico-sintético y la técnica de derecho comparado. Como todos los derechos, merece atención, protección y garantías. En los conceptos tradicionales del derecho constitucional, existen dos tipos de garantías: primarias (leyes y políticas públicas) y secundarias (jurisdiccionales), en el presente caso, el derecho de acceso a la información pública está garantizado de ambas formas, mediante la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública como garantía primaria, replicada en varios países de Latinoamérica, y mediante la Constitución de la República y la creación de la Acción de Acceso a la Información Pública como garantía secundaria. Sin embargo, en el debate mundial de la comunidad académica, se ha comenzado a discutir respecto del acceso abierto a la información científica, respecto de lo cual, países como Argentina y Perú ya se han expresado normativamente exigiendo la creación de repositorios digitales abiertos, tema que está pendiente en el Ecuador.

**PALABRAS CLAVE:** Información. Libre acceso. Acceso abierto. Garantías.

## ABSTRACT

This paper provides a legal perspective of open access to information. Its objective is to identify the challenges and guarantees the right to open access to information in Ecuador, using the analytic-synthetic method and comparative law technique. Like all rights, deserves attention, protection and guarantees. In the traditional concepts of constitutional law, there are two types of guarantees: primary (laws and public policies) and secondary (jurisdictional), in this case, the right of access to public information is guaranteed both ways, by the Act Transparency and Access to Public Information as primary collateral, replicated in several Latin American countries, and by the Constitution of the Republic and the creation of Action for access to Public Information as secondary collateral. However, in the global debate in the academic community, it has begun to discuss about open access to scientific information regarding which countries like Argentina and Peru have already been expressed normatively demanding the creation of open digital repositories, topic which is pending in Ecuador.

**KEYWORDS:** Information. Free access. Open access. Guarantees.

## INTRODUCCIÓN

El acceso a la información es un derecho colectivo del siglo XXI. La transparencia de los gobiernos en la actualidad se mide en función de sus políticas de libre acceso a la información pública. Para el desarrollo de la academia y de la investigación científica es fundamental el reconocimiento y garantía de este derecho, que representa la puerta abierta a la producción científica, poniéndola al alcance de todas y todos.

Una de las razones que motiva esta investigación, se basa en la escasa perspectiva jurídica acerca del tema, siendo los investigadores de otra ciencias los que mayor interés han puesto sobre el tema.

De manera especial, quienes hacen investigación en las ciencias médicas en varias ocasiones han emitidos sus criterios respecto a este tema, donde se ha considerado “necesario” el acceso a la información para el desarrollo de la investigación.

En nuestro criterio, el tema de la trasciende de la necesidad, para convertirse en lo que es, en lo que siempre debió ser, un derecho.

En las líneas siguientes trataremos de hacer una revisión brevísima de la concepción del acceso a la información desde nuestra óptica jurídica, identificaremos las garantías (primarias y secundarias) que el Ecuador contempla para el ejercicio de este derecho, y analizaremos los retos que se encuentran pendientes a favor de la comunidad académica, en su búsqueda por la existencia de mecanismos que permitan acceder libremente al conocimiento y la producción científica.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

En la presente investigación se utilizó el método analítico – sintético. Esta metodología, como se lo conoce tradicionalmente, nos permite descomponer el todo en varias partes; así, partiendo de la idea de que el acceso a la información es un bien público, logramos establecer el alcance de dicha afirmación, para posterior identificar sus garantías según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, exponiéndolas de forma clara y concreta.

De igual forma, utilizamos el derecho comparado como una herramienta que nos permitió contrastar nuestra realidad con la de otros países acerca del tema, como Argentina y Perú, donde han existido importantes aportes normativos.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 1. El acceso a la información como bien público.

Cuando hablamos de bienes públicos lo correcto es pensar en el derecho que tenemos sobre las cosas de forma colectiva, como sociedad. Creer que el edificio donde funciona el municipio local es nuestro, y no del Alcalde, es un claro ejemplo de la idea base de un bien público. Sin embargo, estos bienes no siempre existen de forma tangible, por el contrario, los bienes públicos más importantes, en nuestro humilde criterio, existen de forma intangible. Así, muchos autores coinciden en la idea de que los bienes públicos intangibles son los que también se conocen con el nombre de “bienes jurídicos” o “derechos subjetivos”.

Los derechos subjetivos se pueden definir como las facultades o expectativas que tiene una persona hacia otra (particulares o públicas), de hacer o no hacer, reconocidas en norma jurídica (corriente ius-positiva) o fundamentada en la dignidad de la persona humana (corriente ius-natural). De esta forma, pensemos en el “derecho” a la salud, “derecho” al sufragio, “derecho a la educación, entre otros. Bienes públicos que cuando reciben tutela jurídica tienen consecuencias materiales, por lo que aparecen los hospitales, la papeleta electoral, las escuelas, etc.

De esta forma, producto del permanente debate social y académico de las últimas décadas, en Latinoamérica se generaron legislaciones que reconocen el acceso a la información como bien público a través de las leyes de transparencia y acceso a la información, sancionadas en diferentes países.

En el Ecuador, como regla general, se permite el acceso a toda la información que repose en los archivos de las instituciones públicas, con excepción de lo que se considera información confidencial o información reservada.

La primera se trata de información personal que deriva de los derechos personalísimos de cada persona, ya que “en lo relativo a la protección de los datos de carácter personal, la tutela de este tipo de información es considerada como una derivación del derecho a la intimidad” (Sanz, 2013); y, la segunda, información que por importantes intereses del Estado, sea declarada su reserva mediante resolución motivada, como la información de las bases o armamentos militares, cuya “procedencia está condicionada a las siguientes características para su validez: debe ser limitado en el tiempo, circunstancial, necesario, fundado y restringido a persona o personas determinadas” (Vásquez, 2010).

A las anteriores, se agregó una excepción en los últimos años, referente a la información estratégica de las “empresas públicas”, con el objeto de permitirle al Estado (cuando actúa como empresario) competir en igualdad de oportunidades comerciales frente a los privados.

## **2. Las garantías para el acceso a la información en el Ecuador: de la protección legal a la tutela constitucional.**

Debido a que “el ejercicio de los derechos contemplados en la Constitución... exige la existencia de ciudadanos informados, con acceso a los documentos” (Ramirez, 2011), en la actualidad es normal que nos resulte intolerable cualquier tipo de restricción a la información pública. Sin embargo, siguen existiendo muchos casos por lo que ha correspondido al Estado blindar el derecho de acceso mediante garantías reales, materiales y palpables en favor de los ciudadanos.

De esta forma, en el año 2004 el Congreso Nacional expidió la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP) que aprovecha los avances tecnológicos y obliga a las instituciones a publicar toda su información en sus portales web, lo que constituyó un avance importantísimo en la satisfacción de este derecho.

En las democracias modernas “la sanción de leyes de Acceso a la Información Pública y la utilización de tecnologías de información como medio de publicidad de las acciones de gobierno... (son) herramientas básicas de promoción de las nuevas reglas de juego existentes en la relación gobierno – ciudadanía” (Farioli, Capanegra, & Costa, 2015).

Ahora bien, las garantías constitucionales se conocen de dos formas: primarias (leyes y políticas públicas) y secundarias (jurisdiccionales). La LOTAIP es un buen ejemplo de una ley cumpliendo su función de garantía primaria, adoptando los mecanismos antes resaltados como garantías del derecho de acceso a la información pública, y que, además, creó un recurso judicial que permita dicho control. Con el paso del tiempo, aprobada la Constitución 2008, se produce una evolución en la tutela de este derecho, transitando de la legalidad a la constitucionalidad, cuando aparece la Acción de Acceso a la Información Pública, acción de garantías jurisdiccionales que hace las veces de una garantía secundaria, que inclusive servirá para “controlar que la información que haya sido declarada como confidencial o reservada se encuentre dentro de los supuestos establecidos a la ley, a fin de evitar que la información que está en manos del Estado pueda injustificadamente ser catalogada como tal” (Porrás & Romero, 2012).

La legitimación activa de esta garantía, recae sobre cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada de su derecho constitucional de acceso a la información público, mediante un proceso rápido, sencillo, eficaz y oral en todas sus partes e instancias, según el procedimiento contemplado en la Ley Orgánica de Control Constitucional y Garantías Jurisdiccionales. Por su parte, la legitimación pasiva se establecerá tomando en cuenta que “la información requerida sea de carácter público y se encuentre bajo la custodia de cualquier institución estatal u organización de carácter privado que incurriere en actividades de carácter público, en calidad de concesionarios o tengan participación del Estado” (Melo, 2013).

### 3. Las tareas pendientes para garantizar el acceso a la información en el Ecuador.

Si bien en el Ecuador se han adoptado un gran número de acciones para garantizar el acceso a la información, dichos esfuerzos han tenido su enfoque únicamente a la información pública. Lizarazo (2014) asegura que “con el desarrollo de la Internet, el acceso a la información y al conocimiento, ha cambiado radicalmente. El acceso a la información científica ha pasado de ser limitado a un reducido número de personas, a ser un bien público”, esta premisa, donde se plantea que la información científica también debe entenderse como un bien público, ya ha comenzado a multi-direccionar el accionar de los países latinoamericanos.

Decimos “multi-direccionar” en virtud de que ya no solo se piensa en la información pública como objeto de garantía, sino que ahora también se piensa, se habla y se legisla en favor del acceso a la información científica. Así, desde el año 2013 “Argentina cuenta por primera vez con una ley de acceso a la información científica que obliga a las instituciones nacionales de ciencia y técnica a publicar las investigaciones en repositorios digitales” (Novelli, 2014), similar a lo que ya ha sucedido en Perú, que “también posee una ley de acceso abierto... convirtiéndose en el segundo de América Latina, después de Argentina, en elevar una legislación nacional al respecto” (Lizarazo, 2014), cuyo propósito fundamental es buscar que cuando las investigaciones reciban financiamiento estatal, sus resultados sean publicados en repositorios de acceso abierto y gratuito.

De esto se ha discutido en la última década, curiosamente como una necesidad y no como un derecho, y me ha sorprendido la especial atención que le han dado los estudiosos de las ciencias médicas, afirmando que “la accesibilidad a la información médica es la única vía para lograr la equidad y la preparación adecuada del personal en formación... el conocimiento es poder tan solo cuando lo compartimos” (Nass De Ledo, 2011).

Los abogados y, en general, los estudiosos de las ciencias sociales y los defensores de los derechos humanos, hemos guardado demasiada distancia en este tema.

A nivel mundial, desde lo que se conoce como la iniciativa Budapest en el año 2002, se ha constituido un movimiento de acceso abierto a la información donde “abogan por la ampliación del acceso a la información científica, a través de la eliminación de barreras económicas, tecnológicas y de permisos” (Hinojosa, Serra, Gutierrez, & Luis, 2014), que demuestra las intenciones de la comunidad científica por permitir un acceso universal, general y equitativo al conocimiento.

En el Ecuador aún hacen falta claras expresiones normativas que reconozcan y garanticen el libre acceso a la información científica. Lo poco que existe lo encontramos en la Segunda Disposición del Reglamento de Proyectos de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación (I+D+i), de la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, SENACYT, publicado en el Registro Oficial No. 296 del 08 de octubre del 2010, donde se establece que: “...Lo expuesto no obstará al derecho de SENACYT a publicar los informes que reciba, siempre que a su juicio, tal publicación no afecte los propósitos establecidos en este numeral”; siendo muy escueta la posibilidad de permitirle a los ciudadanos acceder a toda la información, incluso cuando ésta haya recibido financiamiento público, debido al conflicto que podría existir con los derechos de propiedad intelectual, lo cual, en definitiva, amerita un análisis más amplio y posterior.

## CONCLUSIONES

Finalmente, la presente investigación nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El acceso a la información es un derecho de las personas. En el Ecuador, ese derecho tiene como alcance toda la información contenida en las instituciones del sector público, con las excepciones de la información confidencial, información reservada y la información estratégica de las empresas públicas.
2. La Ley y la Constitución ofrecen garantías primarias y secundarias para la satisfacción y ejercicio del derecho de acceso a la información. En ese sentido, con la aparición de la Constitución 2008 existió un tránsito de protección legal a la protección constitucional, ya que en la actualidad existe una garantía jurisdiccional que permite a las personas exigir el respeto de este derecho mediante un proceso rápido, sencillo, eficaz y oral en todas sus partes, aún cuando haya sido negada por las excepciones contempladas en la ley.
3. En la actualidad no solo se busca el libre abierto a la información que reposa en poder de las instituciones públicas, para la comunidad académica es importante garantizar el acceso abierto a la información científica. Para dicho efecto, países como Argentina y Perú han sido los primeros en expedir normas claras que exigen la creación de repositorios digitales donde las personas puedan acceder libremente a la producción de conocimiento cuando las investigaciones han sido financiadas por sus gobiernos. En el Ecuador, aún no existe normativa clara acerca del tema.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Farioli, M., Capanegra, H., & Costa, O. (2015). *La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina. REDALYC: Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, 15 (24), 153 - 157. Recuperado el 05 de septiembre de 2016, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337541096006>
2. Hinojosa, M., Serra, S., Gutierrez, T., & Luis, I. (2014). *Iniciativas para el acceso equitativo a la información científica en el Instituto Nacional de Higiene, Epidemiología y Microbiología de Cuba. SCIELO: Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*, 52 (3), 411 - 417. Recuperado el 06 de septiembre de 2016, de [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1561-30032014000300013](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-30032014000300013)
3. Lizarazo, F. (2014). *Acceso libre a la información. REDALYC: Revista Horizonte Médico*, 14 (3), 4 - 5. Recuperado el 15 de septiembre de 2016, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371637136001>
4. Melo, G. (2013). Acceso a la información pública. En J. Benavides, & J. Escudero, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (págs. 215 - 244). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
5. Nass De Ledo, I. (2011). *El acceso abierto a la información médica. REDALYC: Revista Venezolana de Oncología*, 23 (4), 213. Recuperado el 01 de septiembre de 2016, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=375634869003>
6. Novelli, D. (2014). *Acceso libre a la Información Científica. REDALYC: Revista de Investigaciones Agropecuarias*, 40 (2), 134 - 138. Recuperado el 10 de septiembre de 2016, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86431785005>
7. Porras, A., & Romero, J. (2012). La acción de acceso a la información pública. En J. Montaña, & A. Porras, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* (págs. 193 - 224). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

8. Ramirez, F. (2011). *Acceso a la información ambiental*. REDALYC: *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2), 391 - 393. Recuperado el 28 de julio de 2016, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177019958014>
9. Sanz, F. (2013). *Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero*. SCIELO: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 41, 457 - 502. Recuperado el 30 de agosto de 2016, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512013000200014](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200014)
10. Vásquez, V. (2010). *La acción constitucional de acceso a la información pública*. *Repositorio Digital de la Universidad de Cuenca*. Recuperado el 02 de septiembre de 2016, de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2963/1/td4416.pdf>