

Los derechos sociales

del acceso a la información a la justiciabilidad

Ramiro Ávila Santamaría
Coordinador

María-Helena Carbonell Yáñez
Javier Dávalos González
Fidel Jaramillo Paz y Miño
Carolina Silva Portero

Centro de Derechos Humanos
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad

Ramiro Ávila Santamaría
Coordinador

María-Helena Carbonell Yáñez
Javier Dávalos González
Fidel Jaramillo Paz y Miño
Carolina Silva Portero

Primera edición: Octubre 2007
Todos los derechos reservados
ISBN: 978-9942-01-316-3
Derechos de autor: 027446

Supervisión editorial
Fidel Jaramillo Paz y Miño

Corrección de textos
Miguel Romero Flores
091-689 804

Diseño de portada y diagramación
Giovanni Leone Mancilla
094-616 222

Impresión
Color Offset
Juan de Azcaray 190 y 10 de Agosto
Quito
245-2639

Este libro se publica en el contexto de la ejecución del proyecto “La ley de transparencia y acceso a la información pública como herramienta para la investigación y litigio de casos de violación de derechos humanos”, financiado por el Fondo Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y dentro de un proceso de ejercicio del derecho a la información pública llevado a cabo por el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), como parte de la Coalición Acceso a la Información.

Los contenidos y opiniones expresadas en este estudio corresponden a las de sus autores y autoras y no reflejan los puntos de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.

Los derechos sociales

del acceso a la información a la justiciabilidad

Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad

PRESENTACIÓN	9
<i>(Juan Dumas)</i>	
ESA LIBERTAD QUE SE ESTÁ PERDIENDO	11
<i>(Pablo Ortiz García)</i>	
INTRODUCCIÓN	17
EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS	21
<i>(Ramiro Ávila Santamaría)</i>	
Introducción	21
I. El derecho al acceso a la información: el derecho como fundamental relación con otros derechos, el contenido, el principio de publicidad, los titulares, los obligados, la responsabilidad, la estructura, los límites	22
II: El derecho al acceso a la información como herramienta frente a las violaciones de derechos humanos: prevenir violaciones y fundamentar demandas	38
LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	43
<i>(Carolina Silva Portero)</i>	
Introducción	43
I. Las medidas positivas para garantizar el derecho a la educación: la educación como un derecho fundamental, las obligaciones para garantizar un derecho social, obligación de progresividad y prohibición de regresividad, obligación de garantizar niveles esenciales	45
II. El acceso a la información pública y la reconstrucción de los hechos del caso “asignaciones presupuestarias”	54
III. Violación del derecho a la educación en las asignaciones presupuestarias	58
IV. Conclusiones	62
EL DERECHO AL AGUA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN	65
<i>(María-Helena Carbonell Yáñez)</i>	
Introducción	65

I. El derecho al agua: 1. Accesibilidad (Barreras físicas y económicas) 2. Cantidad mínima, 3. Calidad mínima, 4. La responsabilidad y obligaciones del Estado (negativas y positivas)	66
II. el derecho al acceso a la información pública y la reconstrucción de hechos: 1. El derecho a la información, 2. La información en el caso Abanico, 3. El caso de la central hidroeléctrica Abanico	84
III. Análisis del caso Abanico: violación al derecho al agua	93
EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA PARA FUNDAMENTAR ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES	99
<i>(Javier Dávalos González)</i>	
Introducción	99
I. El amparo como recurso efectivo para la garantía de derechos sociales	101
II. El acceso a la información y la acción de amparo	112
III. Estudio de caso: el derecho a la vivienda y el desalojo	116
IV. Conclusiones	127
EL INACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO OBSTÁCULO PARA EL LITIGIO DE DERECHOS SOCIALES	129
<i>(Fidel Jaramillo Paz y Miño)</i>	
Introducción	129
I. El inaccesso a la información: la experiencia, gastos suntuarios, la discriminación en las remuneraciones, igualdad de acceso y circulación en vías públicas con discapacidades físicas, discriminación en la repartición del dinero a comunidades para solventar crisis volcánica, caso Programa “Aliméntate Ecuador”, Caso Porta, desalojos arbitrarios, utilización inadecuada de fondos en el IESS.	131
II. El inaccesso a la información: los datos y las cifras	156
III. Conclusiones	158
IV. Recomendaciones	160
BIBLIOGRAFÍA	163

PRESENTACIÓN

Juan Dumas
Director Ejecutivo
Fundación Futuro Latinoamericano (FFLA)

Cuántas veces nos hemos lamentado los latinoamericanos de la ausencia de las universidades en la vida social y política de nuestros países. Cuántas veces las hemos llamado “cajas de cristal” que se quedan en la abstracción teórica y que poco se adentran en los territorios escabrosos de la realidad concreta.

En el libro *Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad* hay una respuesta esperanzadora desde el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Estudiantes y docentes, motivados por la necesidad de progresar en la exigibilidad de los derechos humanos en el Ecuador, presentan con rigurosidad y contundencia los resultados de un esfuerzo por hacer valer el derecho de acceso a la información pública.

Por medio de sus experiencias prácticas, los autores demuestran que, sin acceso a la información pública, la capacidad del ciudadano para lograr una garantía efectiva de los derechos humanos se ve seriamente cercenada. Por esta razón, este libro es, en buena medida, *una denuncia*

debidamente documentada sobre el incumplimiento del Estado de sus obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover el derecho a la educación, al agua, a la vivienda, a la no discriminación, entre otros derechos fundamentales. Ilustra con fundamentos, tan claros como alarmantes, la lentitud estatal para crear las condiciones necesarias que permitan cumplir adecuadamente con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP).

El libro es también *un cuestionamiento*. Nos invitan los autores a revisar nuestra coherencia democrática, mostrando la relevancia del acceso a la información no sólo en la esfera pública estatal, sino también en el ámbito privado familiar. Y configura, sin duda, un llamado a evaluar nuestra actuación como ciudadanos. Hoy por hoy, estamos lejos de ser los ciudadanos activos, atentos y vigilantes del más alto deber del Estado: respetar y hacer respetar los derechos humanos.

Por último, en un contexto regional en el que las medidas de hecho marcan el paso de la protesta social ante los oídos sordos del Estado, este libro es, principalmente, *una apuesta* por la recuperación de las vías institucionales para canalizar los reclamos de la ciudadanía. Marca una posición de revalorización y recuperación del Estado como gestor de políticas públicas incluyentes, basadas en un acceso pleno a la información pública, y propone una construcción colectiva y democrática de las condiciones necesarias para garantizar este derecho fundamental, instalando incluso el debate sobre las limitaciones aceptables a su pleno ejercicio.

La Fundación Futuro Latinoamericano se siente orgullosa de haber podido brindar al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, el apoyo administrativo necesario para que este libro pueda estar hoy en manos del lector.

ESA LIBERTAD QUE SE ESTÁ PERDIENDO
(A manera de Prólogo)

Pablo Ortiz García
Decano (e)
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

La mayor parte de mi vida estudiantil, y la de mi generación, transcurrió en regímenes de facto, tanto de las llamadas dictaduras de izquierda como de derecha. La democracia como sistema de gobierno, era algo que se elegía en las votaciones, y se la perdía con las botas. Esto sucedía no sólo en Ecuador, sino en la mayoría de países de Latinoamérica en los que casualmente viví, como consecuencia de la profesión de mi padre, funcionario del Servicio Exterior ecuatoriano. Tanto en este país, como en los otros de América, los militares arranchaban el mandato a los elegidos, por ambiciones propias de ciertos seres humanos: poder y dinero. En el caso de Ecuador, el resultado de no vivir en un Estado de Derecho, fue calamitoso: se sacrificaron vidas humanas, recursos económicos y, también, tiempo. La investigación y cultura no tuvieron cabida en nuestra sociedad.

Una de las características de las dictaduras es el control de la información y de los medios de comunicación. Sin libertad de información, no hay libertad de expresión, ni de cultura. No hay

ESA LIBERTAD QUE SE ESTÁ PERDIENDO

acceso a la educación. El gobernante determina lo que los habitantes deben oír, ver, leer y decir. Sin libertad de información los derechos humanos son atropellados, sin que la gente pueda expresar su rechazo a tales violaciones. Sin poder acceder a los datos que la maquinaria estatal posee de los ciudadanos de una nación, el presidente se convierte en tirano, y el pueblo en marioneta.

De allí la importancia de las investigaciones que se presentan en esta obra: todas giran alrededor del Derecho a la Información. En el trabajo de Ramiro Ávila Santamaría, con relación a los Derechos Humanos; en el de Carolina Silva Portero, respecto al Derecho a la Educación; María-Helena Carbonell desarrolla un tema que cada día los habitantes de este planeta van adquiriendo más conciencia: el Derecho al Agua desde el punto de vista del Derecho a la Información; Javier Dávalos González estudia el acceso a la información como herramienta para presentar el Recurso de Amparo Constitucional; y, Fidel Jaramillo Paz y Miño, enfoca el inaccess a la información como obstáculo para reclamar derechos sociales.

Leí con especial interés estas investigaciones, por lo que decía al principio: mi niñez, juventud y el inicio de la década de mis treinta años, transcurrieron en dictaduras de derecha e izquierda en Ecuador, España, Argentina, Perú, y en las hoy desaparecidas Alemana Oriental y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Todas ellas marcaron a una generación, nacida en los cincuenta, haciéndonos, a muchos de nosotros, admiradores de la Constitución, y de los derechos fundamentales previstos en las Convenciones de Teherán (1968) y Viena (1993), en las cuales se da énfasis a la información, sin la cual no “se pueden ejercer los demás derechos... En suma, todo derecho para ser conocido y ejercido tiene relación con la información. Sin información, el derecho no se conoce, no se respeta, no se lo ejerce adecuadamente” (Ramiro Ávila Santamaría).

LOS DERECHOS SOCIALES, DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN A LA JUSTICIABILIDAD

Estoy plenamente de acuerdo con el doctor Ávila cuando afirma que “en los estados que tienen una fuerte tradición patriarcal, autoritaria, militar, religiosa, y, para utilizar un término del filósofo Norberto Bobbio, en el que prevalece “la era de las obligaciones”, prima el secreto. El secreto es una forma de ejercer y mantener el poder”. Es por ello importantísimo contar con la más amplia información para que la sociedad controle de mejor manera al poder público; para que el sistema democrático sea realmente sólido; y, para que se respeten los derechos humanos.

La información pública, como muy bien lo sostiene Carolina Silva Portero, “es un medio para hacer justiciables las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en la medida que tal acceso permite establecer el estado de goce de un derecho social, tales como salud, vivienda, educación”. La educación de los jóvenes debe ser, como lo dijo el filósofo español José Ortega y Gasset, universal. Esa educación, según Silva, “es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho”.

Si se escatima la libertad de información, la cultura se afecta, y el pueblo se vuelve esclavo de su ignorancia y del humor del gobernante de turno.

Sin información no hay cultura. Y si además de ello, no se tiene acceso a otro derecho fundamental, el del agua potable, la civilización puede desaparecer. Para poder hacer valer nuestros derechos, entre ellos, tener agua de buena calidad para el consumo humano, es necesario conocerlos. La Organización Mundial de la Salud (OMS), según María-Helena Carbonell, “establece que todas las personas deben tener “acceso seguro y fácil” a fuentes de agua; pero esto no siempre se verifica debido a la existencia de barreras...”. El primer obstáculo, según la OMS, es la distancia para

ESA LIBERTAD QUE SE ESTÁ PERDIENDO

conseguir el líquido: “Aquellas personas que tienen que caminar largas distancias para recoger el agua y regresar a sus casas, consumen menos agua que las personas que cuentan con una fuente cercana”. Esto, como lo dice Carbonell, hace que las costumbres higiénicas varíen entre los distintos grupos humanos.

La falta de información y conocimiento de la importancia del agua, trae como secuela que la salud también se afecte, puesto que se es más propenso a enfermedades diarreicas y a la deshidratación. El Estado debe difundir la importancia del líquido, ya que es vital para la subsistencia de la especie humana, pero de este derecho constitucional, poco o nada se dice, de ahí la validez de la investigación de María-Helena Carbonell.

Para hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Magna (y de los cuales se ha hablado en los párrafos precedentes), es fundamental poder acceder a la información pública, para sustentar los recursos de amparo constitucional. Muy acertadamente sostiene Javier Dávalos González, que “la doctrina coincide en que la acción de amparo es una de las medidas jurídicas que la Constitución pone a disposición de los habitantes para impedir que sus derechos sean violados, lo mismo que para hacer cesar la violación cuando esto sea posible y, por último, para reclamar los perjuicios que se les ocasionare con los actos u omisiones que violaren sus derechos”.

Pero es importante contar con los elementos necesarios (léase información), para proponer un recurso de amparo constitucional, lo que a veces es difícil conseguir por las trabas burocráticas.

Si se analiza el capítulo de la Constitución que trata del Recurso de Amparo, se aprecia que es amplio “respecto al derecho fundamental violado, ya que el único límite que impone es que se trate de un derecho fundamental”. Por ello, el acceso “a la información pública es una herramienta útil para fundamentar las acciones de amparo constitucional”, de ahí la necesidad de hacer

LOS DERECHOS SOCIALES, DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN A LA JUSTICIABILIDAD

valer este derecho consagrado en la Carta Magna, para la plena vigencia de las normas previstas en la legislación ecuatoriana.

Para hacer valer los derechos consagrados en la Constitución, se debe reunir la información que el Estado tiene respecto a sus propias actividades. Se debe conocer qué hacen los gobernantes con el dinero de los impuestos que recaudan; cuáles son las remuneraciones extra presupuestarias que reciben los burócratas, etcétera. Es preocupante lo que al respecto dice Fidel Jaramillo Paz y Miño sobre el inaccess a la información pública, por cuanto temas como los mencionados en este párrafo, son “secretos de Estado”, que ningún mortal puede conocer. “El derecho fundamental de acceso a la información pública es violado cotidianamente”. Esta violación, señala Jaramillo, se presenta por temor de los empleados públicos a que lo que entreguen, se revierta en su contra. Por burocracia, ya que se “extravían” las peticiones. Y, finalmente, por desconocimiento del derecho a la información pública.

En esta época en que la libertad de información se halla trastabillando. En estos días en que los derechos humanos son vulnerados, mientras muchos de sus pseudo defensores son comensales diarios en los centros de toma de decisiones. Hoy que la educación está manejada como nunca, para someter a los estudiantes a la esclavitud de una doctrina totalitaria. Ahora que el agua es una herramienta de fuerza en contra del desarrollo de poblaciones. En estos instantes en que el Recurso de Amparo está desamparando a quienes recurren a él, y en el que el inaccess a la información es cada vez más cotidiano, se hace imperativo leer este aporte preparado por Ávila, Silva, Carbonell, Dávalos y Jaramillo, quienes han tenido la suerte de vivir sus jóvenes años en democracia, aun cuando ésta haya sido manipulada y golpeada por gente que, como yo, no tuvimos la dicha de educarnos en el espacio que es indispensable para desarrollar, libremente, el intelecto.

Julio de 2007

INTRODUCCIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador es un espacio de reflexión, investigación y litigio (nacional e internacional) sobre derechos humanos.

Este libro representa la culminación de un período de reflexión intensa sobre derechos humanos, desde varias cátedras dictadas en la Facultad de Jurisprudencia¹, y desde la investigación jurídica², tanto en cada uno de los casos que hemos litigado en el Centro³, como en la búsqueda de insumos para la elaboración de tesis de grado.

En este período varias han sido las personas, docentes y estudiantes, que nos han ayudado a llevar adelante y a hacer realidad

¹ Teoría y práctica de los derechos humanos; Derechos económicos sociales y culturales; Género y derecho; Administración Internacional de Justicia; Clínica Internacionalista; *Human Rights in Context*; Derecho Humanitario.

² Centro de Derechos Humanos, “El estado social de derecho en el Ecuador”, en Revista Ruptura, 2005. Además, innumerables tesis de licenciatura en derecho sobre derechos humanos.

³ En el ámbito internacional: caso sobre la destitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Vocales del Tribunal Constitucional en contra de Ecuador; caso de acceso a la información denegada por el Partido Social Cristiano e Izquierda Democrática; caso Friend; caso Guachalá; caso Tibi. En el ámbito nacional: caso Porta; caso del programa de alimentación escolar; caso expulsión de estudiante de centro educativo; caso fumigaciones; caso asignación del 30 por ciento del Presupuesto General del Estado para educación; préstamos quirografarios; discriminación de remuneraciones; desalojos del barrio La Ronda; caso ley de maternidad gratuita.

la convicción de que los derechos humanos además de estar reconocidos pueden ser comprendidos y exigidos. Algunas de estas personas nos hemos esforzado en escribir este libro que, consideramos, tiene solidez académica.

El libro se centra en los derechos sociales y en dos derechos que son instrumentales para su efectividad: el acceso a la información y la tutela efectiva. Pretendemos construir, esquemáticamente, la estructura y el contenido de estos derechos. Reflexionamos sobre el acceso a la información, que es abordado desde una perspectiva instrumental y buscamos demostrar, a pesar de las falencias prácticas, que es una buena herramienta para fundamentar casos de violación a los derechos humanos. Recogemos la interpretación y alcance de los derechos humanos sociales, en particular las obligaciones positivas que emanan de estos derechos y el derecho al agua; por último, en la tutela efectiva reflexionamos sobre el amparo y sobre casos que han sido estructurados para ser litigados.

Las fuentes que hemos utilizado para escribir los ensayos se basan en doctrina actualizada, en particular de las Naciones Unidas (Observaciones Generales) y de los grandes tratadistas de derechos humanos, en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cortes constitucionales, en normas de carácter nacional e internacional, y, para reconstruir los hechos de los casos analizados, en datos obtenidos mediante el ejercicio del derecho al acceso a la información.

Los ensayos fueron escritos entre octubre de 2006 y julio de 2007, y han sido comentados y editados por todos quienes aparecemos como autores.

Este libro se publica en el contexto de la ejecución del proyecto “La ley de transparencia y acceso a la información pública como herramienta para la investigación y litigio de casos de

LOS DERECHOS SOCIALES, DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN A LA JUSTICIABILIDAD

violación de derechos humanos”, financiado por el Fondo Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel, y dentro de un proceso de ejercicio del derecho a la información pública llevado a cabo durante varios años como parte de la Coalición Acceso a la Información.

Esperamos que este esfuerzo de sistematización y reflexión incida en el debate actual de los diferentes derechos abordados que, en nuestro país, a fondo, poco han sido analizados.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Ramiro Ávila Santamaría

SUMARIO

Introducción. I. El derecho al acceso a la información: el derecho como fundamental relación con otros derechos, el contenido, el principio de publicidad, los titulares, los obligados, la responsabilidad, la estructura, los límites. II. El derecho al acceso a la información como herramienta frente a las violaciones de derechos humanos: prevenir violaciones y fundamentar demandas.

Introducción

El acceso a la información puede ser analizado desde múltiples perspectivas. En este ensayo vamos a abordarlo desde dos ángulos: por un lado, el acceso a la información como derecho fundamental y, por otro, el acceso a la información como una herramienta para investigar y exigir por las violaciones a los derechos humanos.

I. El derecho al acceso a la información

1. El derecho al acceso a la información como fundamental y su relación con otros derechos

El profesor italiano Luigi Ferrajoli distinguía dos clases de derechos: los primarios y los secundarios⁴.

Los derechos primarios no están sujetos a limitación alguna. Son derechos absolutos *prima facie* (a primera vista). Sólo podrían estos derechos ser restringidos cuando colisionen con otros y cuando, después de un proceso de ponderación y argumentación, sea necesario. En otras palabras, los derechos son absolutos en abstracto y siempre podrían ser limitados. Además, los derechos primarios no pueden disponerse. Los titulares de derechos por ninguna razón podrían vender, prestar o eliminar la titularidad del derecho. Por último, los derechos primarios son incluyentes, todas las personas deberían gozar de ellos.

Los derechos secundarios, en cambio, pueden usarse y enajenarse, están sujetos a la voluntad y al mercado de intercambio de bienes. Los derechos secundarios son limitables por disposición de los titulares o por el Estado; quienes definen la ley tienen un amplio margen de discrecionalidad en su regulación. Estos derechos son excluyentes. En general estos derechos tienen relación con los derechos patrimoniales.

¿El derecho al acceso a la información es primario o secundario?

El acceso a la información no está regulado por las leyes que protegen el patrimonio. Luego, podríamos deducir que no es un bien que está sujeto a las leyes del mercado.

⁴ Ferrajoli Luigi, “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 19-56.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho al acceso a la información es un derecho reconocido de forma autónoma, es decir, establecido como tal en instrumentos internacionales:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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 elección⁵.

Y también en la Constitución Política del Ecuador:

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.

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 [...]⁶.

El derecho al acceso a la información no es disponible en cuanto a su titularidad y sólo puede ser limitado cuando colisiona con otros derechos que tengan igual protección constitucional, como el derecho a la intimidad.

Estamos, entonces, ante un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, desde la Convención de Teherán (1968) y

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, Art. 13 (1).

⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 81.

con mucho más énfasis en la Convención de Viena (1993), son considerados como derechos interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Esto querría decir que si se viola un derecho, se afectan los demás.

En el caso del derecho a la información, esto es particularmente evidente: sólo con información se pueden ejercer los demás derechos. En términos generales, el contenido y el alcance de los derechos, desarrollados mediante instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de los órganos de protección, sólo se pueden conocer a través del acceso a la información.

En términos específicos, y a manera de ejemplo, en cuanto a las garantías judiciales o debido proceso, tenemos derecho a conocer sobre lo que nos inculpan, a conocer que la conducta esté predeterminada, a comunicarnos con un defensor/a, a tener medios para preparar la defensa, a conocer los medios de prueba de la otra parte para poder contradecir. Podemos afirmar que tenemos un derecho de acceso a la información en cualquier procedimiento.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión, si alguien puede decir algo que no atente contra los derechos de otros, hay otro que puede escucharlo. En otras palabras, el derecho significa que puedo producir información y que otro puede recibirla.

Si tengo derecho a la propiedad privada que puede subordinarse al interés público, debería tener acceso a la información sobre los procedimientos y sobre las concepciones de interés público.

En cuanto a los derechos relacionados con el medio ambiente o la propiedad ancestral, se tiene derecho a conocer sobre los proyectos de extracción petrolera o minera, los planes de manejo ambiental y las maneras cómo se va a mitigar el daño ambiental o, incluso, más fuerte aún, tengo derecho a conocer qué podría pasar

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

con el medio ambiente o con mi cultura para oponerme y resistir. El acceso a la información, que se garantiza a través de los procesos de consulta, resulta ser de suma importancia.

En suma, todo derecho para ser conocido y ejercido tiene relación con la información. Sin información, el derecho no se conoce, no se respeta, no se ejerce adecuadamente.

2. El contenido del derecho al acceso a la información: el principio de publicidad

Los derechos humanos se encuentran en normas plasmadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y son considerados por la doctrina como principios. Los principios, a diferencia de las reglas, no tienen un supuesto de hecho, ni tampoco tienen prevista la consecuencia jurídica. Es decir, el contenido del derecho no está agotado con el enunciado constitucional o normativo.

Para conocer el alcance de un derecho humano se requiere utilizar múltiples fuentes. Entre las fuentes, se encuentra sin duda la ley. Ecuador ha expedido la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). En adelante vamos a utilizar esta fuente para intentar comprender las dimensiones jurídicas del derecho al acceso a la información pública.

Uno de los aspectos más importantes del derecho al acceso a la información es la comprensión del principio de publicidad. El principio es que la información que está en manos del Estado y que éste produce, es información pública⁷.

Si la información es pública, luego la información pertenece a todas las personas que habitan en el Ecuador. La lógica es simple:

⁷ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 1.

si el régimen político se basa en la idea de soberanía popular y se ejerce mediante la representación, la información pertenece al pueblo.

La excepción a la regla es la información reservada y la información confidencial. Mientras no se alegue y fundamente una de estas excepciones, debemos presumir que la información es pública.

El derecho protege, promueve, garantiza el acceso a la información pública. El derecho se ejerce contra toda persona o entidad que tenga información pública.

Intentemos explicar la razón del principio de publicidad, además de las razones expresadas en la ley⁸. Conviene comparar el ámbito de aplicación pública de la ley con lo que se ha llamado por algunos pensadores como **metáfora doméstica**⁹.

Pensemos en la manera cómo se maneja, en los países latinoamericanos, en términos de transparencia y a grandes rasgos, la economía de un hogar en la realidad, y luego pensemos en cómo se manejaría en el hogar ideal. Utilicemos dos paradigmas: el uno, de un hogar típico patriarcal; el otro, un hogar democrático. Al final de la comparación, resaltaremos la diferencia que existe entre un Estado autoritario secretista y un Estado democrático en donde el principio de publicidad es la regla.

En un hogar **patriarcal** la información importante es secreta. Quien toma las decisiones importantes es una sola persona: el hombre. Es válido recordar que para tomar decisiones, y en

⁸ *Ibidem*, considerandos y Art. 4.

⁹ Michael Waltzer usa la metáfora doméstica, en *Guerras justas, guerras injustas*, para explicar el delito de agresión; la metáfora consiste en comparar un allanamiento de domicilio a una invasión de un Estado a otro; de igual forma Amartya Sen, en *La libertad individual como compromiso social*, para explicar aspectos de la macroeconomía.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

general para hacer uso de las libertades, se requiere información. Quien tiene la posibilidad de decidir es quien tiene la información. ¿Cuánto se gana en la familia? ¿Cómo se gasta? ¿En qué se gasta? ¿Cuáles son las prioridades de la persona que decide? ¿Existen secretos? Si existen secretos es porque alguien quiere que esa información no sea pública; no puede ser público lo que generaría vergüenza o repudio.

Imaginemos respuestas a esas preguntas. Una familia gana 500 dólares. De ese dinero existen tres tipos de gastos: (1) los de supervivencia (alimentación, salud) y reproducción (vivienda, educación), que bordean los 300 dólares; (2) los suntuarios (diversión); y, (3) ahorros para contingencias. El hombre de la casa es el único que conoce el monto total de lo ingresado, de este modo evitará que los gastos de supervivencia aumenten (legítimas demandas de mejora en la cantidad y calidad de alimentación, por ejemplo) y que se cuestionen los gastos en diversión (fútbol, otro hogar). El secreto es la regla. Esto suele pasar.

En un hogar **democrático** la información es pública. Todos los miembros de la familia están debidamente informados: discuten, toman las decisiones y rinden cuentas entre sí. El secreto es la excepción. Los únicos secretos tendrían que ver con asuntos relacionados con la intimidad o con la seguridad de la supervivencia de la familia. En el ejemplo anterior, los gastos en (1) y (3) seguramente aumentarían y en el número (2) serían gozados por todos.

En la relación entre acceso a la información y Estado, sucede algo parecido. En los estados que tienen una fuerte tradición patriarcal, autoritaria, militar, religiosa, y, para utilizar un término del filósofo Norberto Bobbio¹⁰, en el que prevalece “la era de las obligaciones”, prima el secreto. El secreto es una forma de ejercer y

¹⁰ Bobbio, Norberto, *El Tercero Ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-173.

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

mantener el poder. Cuando las sociedades son altamente inequitativas, hay muchos datos que ocultar, en particular la circulación de bienes y servicios, de privilegios y oportunidades sociales, los montos de recaudación y las formas de decidir las prioridades.

El Estado ideal garantiza, entre otros ingredientes, el derecho al acceso a la información pública. La democracia se nutre de la participación de personas adecuada y suficientemente informadas.

Las ecuaciones sobre la relación entre el acceso a la información y el rol del Estado, podrían formularse del siguiente modo:

1. A menor información, mayor discrecionalidad del poder público.
2. A menor información, mayor autoritarismo.
3. A menor información, mayor violación de derechos humanos.

Por el contrario:

1. A mayor información, mayor control social al poder público.
2. A mayor información, mayor democracia.
3. A mayor información, mayor ejercicio de derechos humanos.

Entonces, el objeto del derecho al acceso a la información pública es toda información que esté en manos del poder público, o de quienes actúen con su consentimiento.

Ahora veamos, en esta relación dual, cómo se encuentran las personas ante la información pública.

3. Las personas con relación al derecho al acceso a la información

Hay dos tipos de actores que, para simplificar, los dividiremos en dos grupos: (1) desde la naturaleza de las funciones, que pueden ser vistas como sujetos de obligaciones y titulares de derechos; (2) desde el rol que juegan los actores, que pueden ser activos y pasivos.

3.1 Desde la naturaleza de sus funciones

- a. Sujetos de obligaciones: tienen obligaciones frente a la gente todos los funcionarios del Estado y todos los que, por su autorización, por los servicios que prestan o por los fondos que usan, se asemejan al Estado aun siendo particulares. Por ejemplo, las universidades privadas tienen recursos públicos y tienen el deber de reportar a cualquier persona que se interese sobre su uso.
- b. Titulares de derecho: somos todas las personas que habitamos el país y que tenemos el derecho constitucional de acceder a la información pública.

3.2 Desde el rol de los actores

- a. Rol activo de los funcionarios públicos: rol activo significa que el Estado y los particulares obligados, tienen que hacer su mejor esfuerzo para que, sin que se les solicite y para hacer efectivo el derecho, pongan a disposición de la ciudadanía la información.

Las entidades del Estado deben, en cumplimiento de este rol:

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

- Tener un portal de internet¹¹.
 - Cuando no existe esta posibilidad, deben utilizar “los medios necesarios a disposición del público”¹². Esta norma es un llamado a la creatividad de los sujetos obligados. Cualquier medio disponible es válido: periódicos comunitarios, folletos, pizarras, circulares, mensajes radiofónicos.
 - Establecer un programa de difusión y capacitación, según sus posibilidades¹³.
 - Elaborar informes consolidados sobre la forma cómo se ha difundido la información¹⁴.
 - Contestar las peticiones de acceso¹⁵.
 - Cuidar la información para poder entregarla¹⁶.
- b. Rol activo de la ciudadanía: las personas podemos presentar y mover al Estado o a los particulares obligados para que entreguen la información. Los requisitos son mínimos. Sólo se debe ser en claro en especificar:
- Identidad de la persona que solicita.
 - Requerimiento de información¹⁷.

No se necesita poner "por qué" o "para qué" se necesita la información. Esto podría ser una traba y prevenir la inacción del Estado. Además, si la información me pertenece, no tengo que justificar su uso.

¹¹ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 7.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, Art. 8.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 11 (e) y (g)

¹⁵ *Ibidem*, Art. 9.

¹⁶ *Ibidem*, Art. 10.

¹⁷ *Ibidem*, Art. 19.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

- c. Rol pasivo de la ciudadanía: cuando el Estado tiene el rol activo, la ciudadanía tiene un rol pasivo en el sentido de que la información le llega sin actuar. Sin que el ciudadano tenga iniciativa; lo descrito en el literal "a" de este acápite le debería llegar sin que lo solicite.
- d. Rol de la Defensoría del Pueblo: la Defensoría debe vigilar y promover la ley.

La vigilancia del cumplimiento de la ley la tiene tres actores importantes: (1) el ciudadano/a, (2) la Defensoría del Pueblo, y, (3) los jueces y tribunales del país.

- (1) El ciudadano/a tiene las atribuciones para rendir cuentas y exigir el cumplimiento de obligaciones. Sin la ciudadanía activa, este derecho tiene pocas probabilidades de ser útil y funcional, de cumplir sus objetivos declarados.
- (2) La Defensoría del Pueblo tiene como misión “defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales”¹⁸. En este marco, la Defensoría del Pueblo tiene varias obligaciones para vigilar el cumplimiento del derecho a acceder a la información.
 - a. Tiene amplias posibilidades para tener iniciativa y creatividad para promover el derecho¹⁹.
 - b. Tiene el deber de hacer un seguimiento del cumplimiento del derecho por parte de los sujetos obligados, en cantidad y calidad.

¹⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 96.

¹⁹ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 11 (a)

- c. Debe patrocinar a la ciudadanía en los recursos de acceso, cuando las peticiones hechas por la ciudadanía no han sido respondidas.
 - d. Presenta informes al Congreso Nacional sobre el cumplimiento de la ley.
 - e. Puede hacer recomendaciones cuando los sujetos obligados no cumplen con la ley y hasta puede pedir la destitución de los funcionarios irresponsables.
- (3) Los jueces y tribunales tienen también la obligación de vigilar por el cumplimiento del derecho al acceso a la información pública. Al ser un derecho humano fundamental, su aplicación y desarrollo está sujeta al control constitucional de los jueces.

4. La responsabilidad por el incumplimiento del derecho al acceso a la información

¿Quién es el responsable por incumplir el derecho al acceso a la información?

Podríamos identificar tres responsables:

1. El titular de la entidad, el cual tiene que dar la cara públicamente²⁰.
2. El tenedor de la información, que es solidariamente responsable con el titular.
3. El receptor de la petición de acceso a la información²¹.

¿En qué consiste la obligación que emana del derecho al acceso a la información?

²⁰ *Ibíd*em, Art. 9.

²¹ *Ibíd*em, Art. 7 (o)

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Podemos identificar dos niveles de responsabilidad:

1. Cuidar la información, para lo cual conviene tener archivos adecuados. No hay que olvidar que la información pública no pertenece a quien la posee, y al ser ajena, el tenedor debe extremar los cuidados con lo que pertenece a otra persona.
2. Entregar la información, tanto por medio de los portales de internet o con respuestas a las peticiones de acceso.

Desde la perspectiva negativa, las personas estarían violando el derecho cuando ocultan, alteran o pierden la información²².

¿Qué pasa si las personas obligadas por esta ley no cumplen con sus responsabilidades? Los funcionarios públicos pueden tener tres tipos de responsabilidad: (1) la Defensoría del Pueblo podría pedir un sumario administrativo²³; (2) el Juez podría imponer una multa, o la suspensión o destitución del cargo, dependiendo la gravedad del acto del funcionario; (3) el juez penal podría imponer una pena.

5. La estructura del derecho al acceso a la información

Después de haber descrito brevemente al derecho según lo trata la Constitución, algunos instrumentos internacionales y la ley, y de haber destacado algunas características, estamos en condiciones de replantear lo desarrollado desde la determinación de la estructura

²² *Ibíd*em, Art. 10 y Art. 13.

²³ *Ibíd*em, Art. 13 y Art. 26.

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

del derecho al acceso a la información como un derecho fundamental.

Rodolfo Arango sugiere que un derecho fundamental debe tener tres elementos: (1) personas titulares, (2) personas obligadas, y, (3) objeto de la obligación²⁴.

(1) Los titulares son los individuos. Si el derecho es subjetivo, la persona debe tener una posición jurídica con razones válidas y suficientes para poder exigir el derecho. Por ejemplo, una persona tiene derecho a saber cuál es el presupuesto destinado a maternidad gratuita que maneja el centro de salud. Esta persona es una mujer que podría estar embarazada y usar los servicios del centro. Además le interesa, en uso del derecho, participar en los asuntos que le conciernen, saber cuánto y a qué se destinará el presupuesto.

(2) Personas obligadas son todas aquellas que tienen información pública, ya sean funcionarias públicas, o particulares que actúan con el consentimiento del Estado.

(3) El objeto de la obligación puede tener dos características: positivas u obligaciones de hacer, y, negativas u obligación de abstención.

Obligación positiva: cuando cualquier persona presenta una petición: hay que entregar la información. En otros casos existe la obligación de producir cierta información; si ésta es la competencia del ente público. También, por ejemplo, cuando se impone la obligación de poner portales de información en la red electrónica.

²⁴ Arango, Rodolfo, “La estructura de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis-Univesidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 60-113.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Obligación negativa: cuando el Estado no puede ni debe impedir la libre circulación de información por los medios de comunicación (TV, internet, radio, prensa).

6. Los límites al derecho al acceso a la información pública

Los instrumentos internacionales y la doctrina de derechos humanos admiten como posibilidad de limitación de los derechos humanos dos causales: (a) cuando hay colisión con otros derechos²⁵; (b) el orden público u otras fórmulas parecidas²⁶.

Cuando hay colisión con otros derechos, que en el caso del acceso a la información pública podría presentarse contra la honra, la intimidad y hasta en contra el desarrollo de la personalidad, estamos ante lo que se denomina la información confidencial.

Si el principio es que toda información que tiene el Estado es pública, la excepción es que esa información no es del interés más que de la persona a quien se refiere. Las instituciones del Estado tienen abundante información que sólo alude a los individuos. Piénsese, por ejemplo, el Registro Civil, los hospitales públicos, los centros educativos.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 13 (2) (a): “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.”

²⁶ *Ibidem*, Art. 13 (2)(b): “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” Y, en el mismo instrumento, Art. 30: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

Los datos personales tienen que manejarse con cautela. Hemos dicho que los funcionarios públicos son los guardianes de la información: no sólo tienen que cuidar que no se dañe la información, sino también tienen que ser garantes de la privacidad de las personas.

La información que no importa al quehacer público, no puede ser divulgada y más bien tiene que ser protegida. Así mismo, la información que atente contra el orden público.

El orden público es una denominación ambigua que puede ser interpretada de múltiples maneras y, por tanto, corresponder a paradigmas distintos de estados.

El orden público en un régimen autoritario será la puerta de entrada a la arbitrariedad. Por orden público podría entenderse la “razón de estado” y la defensa de intereses de quienes constituyen una mayoría con poder.

En un estado social de derecho, el orden público no puede sino entenderse en función de los principios que lo inspiran. En otras palabras, el orden público sólo se justifica cuando se puede hacer una lectura desde la promoción de los derechos humanos²⁷.

En cuanto al acceso a la información, existe el consenso de que sólo podría restringirse por razones de seguridad nacional, que es la información reservada.

Una primera lectura errónea sobre información reservada sería equipararla con toda la actividad de las Fuerzas Armadas.

²⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 217-260.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Como toda institución pública, las Fuerzas Armadas tienen información y ésta deberá ser pública. Piénsese en los recursos públicos para compra de equipos, inversiones en infraestructura, manejo de proyectos comunitarios y otros. Toda esta información debe estar sujeta al control ciudadano.

Una segunda lectura, más restringida, estaría relacionada con cuestiones de defensa de la soberanía. Otra vez, la soberanía legitima la restricción a la publicidad. Deberá existir un análisis de proporcionalidad entre el daño que se produce por la restricción del derecho al acceso, y el bien que se logra por su limitación. Es decir, más gana la persona por el secreto que por su publicidad.

La defensa de la soberanía tiene sentido sólo si en el lugar al que se defiende, existen buenas razones para vivir. Ese lugar no puede ser otro que en donde se puedan ejercer y garantizar los derechos humanos. La defensa de la soberanía, por el contrario, pierde sentido si en el estado se violan sistemáticamente los derechos.

Dentro de la finalidad para legitimar un Estado que defiende su organización, conviene tener en secreto la forma y la estrategia cómo se ha planificado la defensa. De lo contrario, el estado sería vulnerable y la garantía de los derechos en él sería ilusoria en caso de agresión externa. En este supuesto, la información que es pública por estar en manos del estado, no conviene que sea entregada. Pero estos casos, insistimos, son la excepción y tienen que ser debidamente justificados y estar establecidos con precisión en la ley.

Cuando una autoridad pública o personas privadas que tienen información pública niegan la entrega de información por razones de confidencialidad y reserva, las personas afectadas pueden impugnar ante un juez para que determine, en ese caso, el alcance del principio de publicidad. Si el juez, en ejercicio de sus funciones

constitucionales, niega la información, éste debe justificar adecuadamente esta negativa.

II. El derecho al acceso a la información como herramienta frente a las violaciones de derechos humanos

El derecho al acceso a la información, desde la perspectiva de los derechos humanos, puede ser útil para dos propósitos: (1) prevenir violaciones a los derechos humanos, y, (2) fundamentar peticiones o demandas de derechos humanos para reparar violaciones a los derechos humanos.

1. Prevenir violaciones a los derechos humanos

Una petición de acceso a la información puede prevenir violaciones a los derechos humanos. Hemos afirmado que el secreto es el ambiente propicio para disponer de bienes o recursos que de otra manera no se haría. La popular frase de “cuando el gato se va, los ratones disponen del queso”, se aplica también para la administración de lo público.

Parecería que en el sistema de control imperante, la vigilancia es importante. Sin vigilancia o con vigilancia deficiente, los presos huirían; los estudiantes (sin ánimo de generalizar) copiarían en el examen; los responsables de tomar decisiones sobre el quehacer público, serían arbitrarios.

En este punto: ¿cuál es la relación entre el quehacer público y los derechos humanos? Y ¿qué tiene que ver esto con la prevención de los derechos humanos?

Se supone que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos²⁸ y que la soberanía radica en

²⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 16.

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

el pueblo²⁹. Si el Estado no destina los recursos que posee para la promoción y protección de los derechos humanos, entonces no está cumpliendo con sus fines. Si no cumple con sus fines, entonces no está protegiendo ni promoviendo los derechos humanos.

Ejemplifiquemos esta afirmación. Atrás de las palabras corrupción y pobreza, que desvían la atención hacia otros temas, básicamente relacionados con quienes la provocan o la sufren, se oculta el problema sustancial sobre la relación con los derechos humanos. La corrupción parecería que es un problema exclusivamente asociado con dinero o influencias que recibe u otorga la persona corrupta.

Si nos aproximamos al fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de derechos humanos, podríamos encontrar dos violaciones: al principio de igualdad y la prohibición de no discriminación; y al principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

El principio de igualdad y no discriminación, porque se consiguen actos o recursos por la capacidad económica o la clase social (categorías prohibidas). Si no se tiene las condiciones para influir o corromper, no se consigue el acto o bien de parte del Estado, al que se tiene derecho. Por ejemplo, el acceso a la justicia sería difícil o imposible si no se tiene dinero o influencias.

En cuanto a la progresividad, sin duda el desvío de fondos que se produce hacia el bolsillo de la persona corrupta, es dinero que pierde la posibilidad de ser distribuido o de promover los derechos humanos.

Entre tanto, la pobreza no es otra cosa que el efecto de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde la

²⁹ *Ibidem*, Art. 1.

perspectiva de derechos humanos, si la pobreza es efecto de violación de derechos, debe haber un responsable y debe repararse la violación. El acceso a la información proporcionaría el dato de quiénes manejan la economía y qué hacen para que el sistema produzca tanta iniquidad.

Con información adecuada y formas de gobierno transparentes, ser corruptos o provocar pobreza debería ser difícil. Si el corrupto y el corruptor saben que tienen ojos que les miran, dejarían de hacerlo o lo harían de forma que no sean vistos. Si las personas vigilan a quienes administran sus recursos, los administradores van a ser más cuidadosos en las inversiones sociales.

Por tanto, en estos dos ejemplos, podemos apreciar cómo el acceso a la información podría prevenir violación de derechos humanos.

2. Fundamentar demandas de violaciones a los derechos humanos

Una buena demanda por violación de derechos humanos, cualquiera que esta sea, depende del acceso a la información.

Por ejemplo, en un caso en el que una persona portadora de VIH-SIDA necesita de retrovirales que le ha proveído el Estado, requerirá saber si hay esta medicina en el Ministerio de Salud y cómo se la distribuye. Si no hay medicina, significa que hay una omisión en conseguirla; si hay medicina y ésta no llega al paciente, probablemente significa que está mal distribuida. Este caso, como cualquier otro, requiere de información.

Vamos a suponer que los únicos centros legales de detención están bajo las órdenes de la Dirección de Rehabilitación Social. Sin embargo, existen lugares que son administrados por la Policía Nacional, que son lugares donde están aquellas personas detenidas en delito flagrante y que no tienen aún orden de un juez

EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

para estar privadas de libertad. Sólo con información pública se podría demostrar la existencia de esos lugares, de igual modo la justificación de su creación y funcionamiento, para poder impugnar sobre la constitucionalidad de su establecimiento.

No hay que olvidar que generalmente las violaciones de derechos humanos se producen por acciones u omisiones del Estado, el cual por tradición y por imagen suele ocultar las violaciones a los derechos humanos. Además, muchas de las pruebas están bajo el control y manejo de información exclusiva del él. En estas circunstancias, el derecho al acceso a la información y el principio de publicidad cobran particular importancia.

No es casual que cada vez más existan presunciones de veracidad sobre las afirmaciones del particular cuando no puede acceder a la información pública. Así, por ejemplo, el silencio administrativo y la presunción de veracidad cuando la prueba está en control del Estado.

Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para contravertirlos...³⁰

En cuanto a la investigación de derechos económicos, sociales y culturales, Abramovich y Courtis³¹ sostienen que, a través del derecho al acceso a la información pública, se puede saber sobre el cumplimiento de las conductas debidas del Estado y sobre el cumplimiento de la obligación de producir información.

En derechos económicos, sociales y culturales, los Estados tienen obligaciones positivas que emanan de compromisos

³⁰ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 39.

³¹ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, "El acceso a la información y derechos sociales", en *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp 171-198.

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

internacionales y de la misma Constitución: respetar, garantizar y lograr progresivamente los derechos. Garantizar a su vez implica prevenir, investigar, sancionar, reparar. Lograr progresivamente requiere elaborar un plan de acción, ejecutar el plan y no adoptar medidas regresivas³².

Sólo con acceso a la información pública cualquier persona podría estar en condiciones de saber qué medidas ha adoptado el gobierno, cuánto es el máximo de recursos, cómo ha progresado el cumplimiento de un derecho, cuál es el plan de acción, cómo se ha ejecutado.

El Estado está obligado a producir información para algunos órganos de supervisión internacional, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas. Estos informes son también indicadores de cumplimiento de derechos.

En suma, el derecho a la información pública previene violaciones a derechos humanos y sustenta peticiones sobre violaciones a estos derechos.

En los siguientes ensayos y en los casos que se describen más adelante, se comprobará suficientemente la necesidad del acceso a la información como una herramienta para sustentar casos de violación a los derechos humanos.

³² Véase Tara Melish, *La protección de los Derechos Económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Servigrafic, 2003, pp. 171-214. Véase también Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Buenos Aires, 2002. pp. 65 – 116.

**LAS DIMENSIONES POSITIVAS
DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN
Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**
El caso de las asignaciones presupuestarias

Carolina Silva Portero

SUMARIO

Introducción. I. Las medidas positivas para garantizar el derecho a la educación: la educación como un derecho fundamental; las obligaciones para garantizar un derecho social, obligación de progresividad y prohibición de regresividad; obligación de garantizar niveles esenciales. II. El acceso a la información pública y la reconstrucción de los hechos del caso asignaciones presupuestarias. III. Violación del derecho a la educación en las asignaciones presupuestarias. IV. Conclusiones.

Introducción

La premisa de la que se parte en este trabajo es que el acceso a la información pública es un medio para hacer justiciables

las obligaciones estatales en materia de derechos económicos sociales y culturales, en la medida en que tal acceso permite establecer el estado de goce de un derecho social, por ejemplo, salud, vivienda, educación³³.

Para comprender mejor lo anterior, es necesario recordar que una de las obligaciones en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, son las “obligaciones de hacer” y es por ello que se les denomina “derechos-prestación”³⁴. La prestación estatal para garantizar estos derechos, representa el contenido esencial de los mismos, y tal intervención por parte del Estado tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado³⁵. Cuando se habla de prestaciones del Estado, se hace referencia a una serie de medidas, que en el ámbito jurídico específico de los derechos sociales se las conoce como “obligaciones positivas”, que, aunque son cuestiones de política pública en temas sociales, no pueden basarse en decisiones arbitrarias y discrecionales de la autoridad debido a que están reguladas jurídicamente para garantizar la efectividad de los derechos sociales. Así por ejemplo, en el caso específico del Ecuador, la Constitución Política establece que el sector educativo contará con una asignación presupuestaria del 30 por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central³⁶.

Esta norma eleva a lo jurídico una cuestión de política pública, pues establece una obligación básica que debe orientar a la

³³ Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “La información como vía de exigibilidad de derechos sociales”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 234 y ss.

³⁴ Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 419 y ss.

³⁵ Cfr. Francisco Contreras Peláez, *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21, citado por Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 287.

³⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 71.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

política estatal sobre educación. Sin embargo, quienes somos beneficiarios del cumplimiento de esta obligación sólo podemos verificar el cumplimiento de la norma constitucional, cuando conocemos las decisiones de la administración sobre el presupuesto del Estado. En este sentido, el derecho de acceso a la información pública constituye una herramienta para hacer efectivos los derechos sociales mediante el control de políticas públicas³⁷, que al estar normadas por la Constitución dejan de estar fundadas en la discrecionalidad de la Administración para convertirse en obligaciones jurídicas concretas, y por tanto, exigibles judicialmente. En tal virtud, el Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso a la información pública.

En este análisis, se logró establecer por medio del acceso a la información pública, la violación del mandato constitucional que determina que el sector educativo contará con una asignación presupuestaria del 30 por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, tal como se examinará a continuación.

I. Las medidas positivas para garantizar el derecho a la educación

1. La educación como un derecho humano fundamental

El derecho a recibir educación está consagrado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos³⁸. En el

³⁷ Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 165, México, 2003, p. XV. Internet. <http://www.bibliojuridica.org> Acceso: 20 febrero 2007.

³⁸ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas

Ecuador, la Constitución Política establece que “la educación es derecho irrenunciable de las personas, deber inexcusable del Estado [...] es responsabilidad del Estado definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar estos propósitos”³⁹. Además, el Ecuador ha ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”), los mismos que declaran el derecho de toda persona a la educación⁴⁰.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para acentuar la importancia del derecho a la educación, determinó que “la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico”⁴¹.

En este sentido, Katarina Tomaševski, relatora Especial sobre el derecho a la educación de la ONU, manifiesta que “muchos

las formas de Discriminación Racial (Art. 5.6); Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la mujer (Art. 10); Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 28), y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (Art. 8).

³⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 66.

⁴⁰ Protocolo de San Salvador, R.O. 175, 23 abril 1993, Art. 13, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, R.O. 101, 24 enero 1969, Art. 13.

⁴¹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 13, *El derecho a recibir educación* (párrafo 2 del Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999, párr. 1.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

derechos individuales, especialmente los asociados al empleo y la seguridad social, están fuera del alcance de quienes han sido privados de educación. La educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho”⁴².

De igual forma los tratadistas argentinos, Juana M. Kweitel y Pablo Ceriani Cernadas, opinan que “la educación es una condición para el ejercicio de muchos otros derechos. Es sin duda un elemento fundamental para el ejercicio de los derechos políticos pero es además un componente elemental del derecho a la libertad religiosa. Por otra parte, los derechos derivados del empleo y de la seguridad social quedan fuera del alcance de aquellos que han sido privados del acceso a la educación”⁴³.

2. Las obligaciones para garantizar un derecho social

En nuestra Constitución, al igual que en los distintos instrumentos internacionales, el derecho a la educación está incluido dentro de la categoría de derechos económicos, sociales y culturales⁴⁴. La posición oficial con relación al “status jurídico”, tanto de los derechos civiles como de los derechos sociales, es que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”⁴⁵.

⁴² Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación Katarina Tomaševski*, E/CN.4/2001/52, 11 enero 2001, párr. 11.

⁴³ Kweitel, Juana, *et al.*, “El Derecho a la Educación” en *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, Abramovich, Víctor y Christian Courtis (comps.), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 225.

⁴⁴ Véase Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Capítulo IV: De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 30 y ss.

⁴⁵ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 12 julio 1993.

De igual forma, en el ámbito doctrinario, se sostiene que no existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos, por el contrario, existen **obligaciones comunes** a todos los derechos humanos⁴⁶. En concordancia con lo dicho, doctrinariamente se ha sostenido que existen cuatro niveles de obligaciones estatales correlativas a los derechos humanos, tanto civiles como sociales, y que consisten en: respetar, proteger, garantizar y promover⁴⁷.

Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos al reconocer derechos humanos fundamentales, al mismo tiempo incluye **obligaciones estatales** para proteger dichos derechos⁴⁸. Estas obligaciones son las de *respetar* y *garantizar*. De manera general, se puede establecer que la obligación de respeto es de naturaleza negativa ya que corresponde a un “no hacer” por parte del Estado, “una *prohibición* absoluta y definitiva *al abuso de poder por parte del Estado*”⁴⁹; mientras que la obligación de garantizar es de naturaleza positiva ya que requiere que los Estados adopten medidas afirmativas o positivas para satisfacer el derecho en cuestión⁵⁰.

⁴⁶ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 304. (La negrilla es nuestra.)

⁴⁷ Esta distinción de las obligaciones fue originalmente sugerida por Henry Shue, “Basic Rights”, Princeton, 1980, citado por Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 289.

⁴⁸ Estas obligaciones están establecidas en los artículos 1, 2 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁹ Tara, Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 176.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 177.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales está identificada tanto con la obligación de respetar como con la *obligación de garantizar*. Enfatizaremos en esta última, en virtud de que la prestación estatal representa una de las formas más importantes para asegurar estos derechos. En este contexto, la prestación estatal constituye también una *obligación de hacer* y por tanto una *obligación positiva* para el Estado. No obstante, insistimos, resulta claro que la obligación de garantizar un derecho es común tanto a derechos civiles como a derechos sociales, los cuales no se caracterizan por medio de las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas⁵¹.

Las medidas positivas que se derivan de la obligación de garantizar, encuentran su fundamento en el artículo 2 de la Convención Americana, el cual establece la obligación del Estado de “adoptar [...] las medidas legislativas o de **otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁵². Concretamente, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado *a hacer* o a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar los sistemas de educación, diseñar programas de vivienda, entre otras medidas.

Resulta claro que llevar a cabo este tipo de medidas positivas supone la erogación de recursos estatales. Por sí misma, la destinación de recursos por parte de la Administración para la satisfacción de necesidades básicas, no agota la obligación de garantizar derechos sociales. Como analizaremos a continuación, existen obligaciones jurídicas concretas respecto de la obligación general de garantizar, que deben verificarse al momento de adoptar

⁵¹ En este sentido, véase, Stephen Colmes y Cass R. Sunstein, “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, en *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Henry J. Steiner y Philip Alston (comps.), Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 260 y ss.

⁵² Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2. (La negrilla es nuestra.)

medidas, como las asignaciones presupuestarias, por parte del Estado.

3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

El PIDESC establece como obligación general para garantizar la vigencia y el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, que “cada uno de los Estados [...] se compromete a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente** por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”⁵³.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU estableció que la progresividad es “un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [La progresividad] impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”⁵⁴.

En opinión de Víctor Abramovich y Christian Courtis, la noción de progresividad comprende dos sentidos complementarios: en primer lugar, la *gradualidad* en la satisfacción plena de los

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2(1). (La negrilla es nuestra.)

⁵⁴ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 9.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

derechos sociales, de esta forma, la realización requiere un cierto tiempo para asegurar los derechos en cuestión. En segundo lugar, la satisfacción de estos derechos requiere un *progreso*, es decir mejorar las condiciones de goce y ejercicio de cada derecho⁵⁵.

A la obligación de progresividad es correlativa la obligación de *no regresividad*, que, a criterio de los tratadistas citados, constituye una obligación susceptible de revisión judicial. En virtud de la no regresividad, los Estados están prohibidos de adoptar medidas y políticas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. Cuando un Estado asume la obligación de mejorar estos derechos, al mismo tiempo, asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes.

En el Ecuador, una obligación progresiva respecto del derecho a la educación consiste en el aumento del 0,5 por ciento anual de la participación del sector educativo en el producto interno bruto (PIB) hasta el año 2012, consagrada en el Plan Decenal de Educación⁵⁶, adoptado como parte del cumplimiento de los Objetivos del Milenio⁵⁷.

El Plan contiene ocho medidas para mejorar la educación en el Ecuador, las medidas 1, 2 y 8 son: 1. Universalización de la

⁵⁵ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 334-335

⁵⁶ Véase el portal en Internet <http://www.educacion.gov.ec> Acceso: 10 marzo 2007.

⁵⁷ La comunidad internacional estableció objetivos y metas con plazos definidos para alcanzar el desarrollo, a través de los "Objetivos de Desarrollo del Milenio" que se adoptaron en la Cumbre del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas a través de la "Declaración del Milenio", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 55/2, 8 septiembre 2000. Los Objetivos del Desarrollo del Milenio consisten en: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

CAROLINA SILVA PORTERO

Educación Inicial de 0 a 5 años; 2. Universalización de la Educación General Básica de primero a décimo; 3. Aumento del 0,5 por ciento anual en la participación del sector educativo en el PIB hasta el año 2012, o hasta alcanzar al menos el 6 por ciento del PIB. Estas medidas fueron aprobadas como Políticas de Estado por la población mediante consulta popular el pasado 26 de noviembre del 2006⁵⁸.

El Ecuador, al haber establecido el Plan Decenal de Educación como Política de Estado y como parte del plan de acción para el cumplimiento de los Objetivos del Milenio, se comprometió a asegurar la enseñanza primaria universal y además estableció una medida concreta para asegurar las demás políticas: aumento del 0,5 por ciento anual en la participación del sector educativo en el PIB hasta el año 2012, o hasta alcanzar al menos el 6 por ciento del PIB. Esta medida, a la luz de lo establecido anteriormente, es una obligación positiva de carácter progresivo.

4. Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”⁵⁹. En el mismo sentido, Danilo Türk, relator Especial de la ONU, ha afirmado sobre la realización de los derechos sociales que “los Estados están obligados, sin importar su nivel de desarrollo económico, a asegurar el respeto por los derechos de subsistencia mínima para todos”⁶⁰.

⁵⁸ Al respecto, véanse los resultados publicados por el Tribunal Supremo Electoral en <http://www.tse.gov.ec> Acceso: 15 marzo 2007.

⁵⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párr. 10.

⁶⁰ Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Danilo Türk*, E/CN.4/Sub.2/14991/17, 1991, párr. 52.d.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Al respecto, los *Principios de Limburgo*⁶¹, los cuales fijan lineamientos para interpretar derechos sociales, establecen que existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Estos principios admiten que el cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos está supeditado a la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. No obstante, el no cumplimiento de las obligaciones mínimas puede atribuirse a la falta de recursos sólo si se demuestra que se ha realizado todo esfuerzo para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición⁶².

Respecto del derecho a la educación, el Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU sostiene que la obligación mínima de los Estados comprende el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; proporcionar enseñanza primaria universal y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y, velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros⁶³. A esto hay que agregar que uno de los parámetros para identificar un contenido esencial de un derecho social es, como

⁶¹ Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht, Países Bajos, un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EEUU) para considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por ello, emitieron los *Principios de Limburgo*, los cuales constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales de derechos económicos, sociales y culturales.

⁶² Principios de Limburgo, principios 25-28.

⁶³ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 13, *El derecho a recibir educación* (párr. 2 del Art.13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999, párr. 57.

sostiene Víctor Abramovich, el grado de protección ya alcanzado por un determinado sistema jurídico⁶⁴.

En el caso del Ecuador, esta obligación mínima se adoptó como norma constitucional, la cual fija que “en el presupuesto general del Estado se asignará no menos del **treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central**, para la educación y la erradicación del analfabetismo”⁶⁵. Esta asignación presupuestaria constitucional reflejó la voluntad y capacidad del Estado de fijar mediante una norma **el contenido esencial del derecho a la educación** en materia de presupuesto.

II. El acceso a la información pública y la reconstrucción de los hechos del caso “asignaciones presupuestarias”

El derecho de acceso a la información pública puede definirse como “la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas y empresas privadas que ejercen gasto público y/o cumplen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática”⁶⁶.

La reivindicación de este derecho se encuentra concretada en diversas declaraciones e instrumentos internacionales, como la

⁶⁴ Cfr. Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 97: “la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado [...] elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes”.

⁶⁵ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 71. (La negrilla es nuestra.)

⁶⁶ Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 165, México, 2003, p. XXIV. Internet. <http://www.bibliojuridica.org> Acceso: 20 febrero 2007.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual manifiesta, respecto del derecho a la libertad de opinión y de expresión, que este derecho incluye la facultad de investigar y recibir informaciones⁶⁷. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratifican el mismo principio al consagrar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión⁶⁸.

En la Constitución Política ecuatoriana, se garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública⁶⁹. En orden a la consecución de este mandato constitucional, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública consagra el **Principio de Publicidad de la Información Pública**: “el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan

⁶⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, Resolución 217 A (III), 1948, Art. 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

⁶⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984, Art. 13 (1): “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A(XXI), R.O. 101, 24 enero 1969, Art. 19(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”.

⁶⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 81. Véase también los considerandos de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, R.O. 337, 18 mayo 2004.

participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades [...] están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”⁷⁰.

Como quedó señalado anteriormente, la obligación de asignar un porcentaje presupuestario para garantizar el derecho a la educación era la medida positiva que se buscaba verificar a través del acceso a la información pública. Para ello, necesitaríamos contar con la información disponible respecto a las asignaciones presupuestarias del gobierno para educación en el año 2007.

En primer lugar, la Constitución Política dispone que la formulación de la pro forma del Presupuesto General corresponde al Presidente de la República, y que, en el año de su posesión, la pro forma deberá ser presentada hasta el 31 de enero al Congreso y aprobada hasta el 28 de febrero por este organismo⁷¹. La pro forma presupuestaria contiene asignaciones en materia de salud, educación, vivienda, entre otras, y el valor de dichas asignaciones es información pública por cuanto son datos administrados por el Estado e inciden en el goce de derechos, es decir, afectan a la calidad de la vida de las personas. Por este motivo, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al regular la difusión de la información pública, dispone que las instituciones del Estado que conforman el sector público difundirán información a través de un **portal de información o página web**⁷².

Con base en esta disposición, decidimos acceder a la página web del Ministerio de Economía⁷³, para encontrar la pro forma del Presupuesto General enviada por el Presidente de la República al

⁷⁰ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 1.

⁷¹ Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 171(17) y 258.

⁷² Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Art. 7.

⁷³ Internet <http://www.mef.gov.ec> Acceso: 01 julio 2007

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Congreso Nacional. En esta página, logramos localizar la pro forma presupuestaria del año 2007⁷⁴.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al regular la difusión de la información pública, señala que el Congreso Nacional publicará en su página web, los textos completos de todos los proyectos de Ley que sean presentados al Congreso Nacional⁷⁵.

Por este motivo, accedimos a la página web del Congreso Nacional⁷⁶, y encontramos la “Aprobación de la pro forma del Presupuesto General del Estado para el ejercicio económico del 2007”⁷⁷. De igual forma, accedimos a la página web de la Presidencia de la República⁷⁸.

Por último, además de la posibilidad de acceder a la información pública a través de un portal de información o página web, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública manifiesta que el interesado/a en acceder a la información pública puede hacerlo mediante solicitud escrita ante el/la titular de la institución en cuestión⁷⁹. Por esta razón, se presentaron peticiones de acceso a la información al Ministerio de Educación y al Ministerio de Economía y Finanzas. En dichas peticiones se solicitaron, al Ministerio de Educación, el monto de las partidas asignadas a educación durante los últimos cinco años y, al Ministerio

⁷⁴ El documento es un archivo de Microsoft Power Point, titulado: “Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador, Pro Forma Presupuestaria 2007, Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República”. Internet. www.mef.gov.ec Acceso: 08 marzo 2007.

⁷⁵ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Art. 14.

⁷⁶ Internet. <http://www.congreso.gov.ec> Acceso: 01 julio 2007.

⁷⁷ Resolución No. R-28-044. Internet. <http://apps.congreso.gov.ec> Acceso: 08 marzo 2007.

⁷⁸ Internet. <http://www.presidencia.gov.ec> Acceso: 01 julio 2007.

⁷⁹ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 19.

CAROLINA SILVA PORTERO

de Economía, el monto de los Ingresos Corrientes Totales del Gobierno Central de los últimos cinco años⁸⁰.

Toda la información recopilada por los medios antes descritos, nos permitió establecer la existencia de una violación a un derecho social, y, por tanto, constituyó el factor principal para reconstruir los hechos del caso.

III. Violación del derecho a la educación en las asignaciones presupuestarias

El Presidente de la República envió la Pro forma del Presupuesto General del Estado, correspondiente al año 2007, al Congreso Nacional en virtud de que la Constitución dispone que la formulación del Presupuesto corresponde a la Función Ejecutiva; y, así mismo establece que en el año que se poseione el Presidente, la pro forma deberá ser presentada hasta el 31 de enero al Congreso y aprobada hasta el 28 de febrero por el mismo⁸¹.

En la pro forma enviada por el Presidente de la República, se establece como **Ingresos Corrientes del Gobierno Central** el monto total equivalente a **USD \$ 5.218.000.000,00**. En esta pro forma, la asignación para el Ministerio de Educación corresponde a **USD \$ 1.290.757.252,68**, lo que equivale al **24,73** por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central⁸².

En la Resolución No. 28-044 el Congreso Nacional realizó una reasignación presupuestaria para el sector de la educación de **USD \$ 55.979.929,00**, monto que sumado a la asignación presupuestaria inicial del Ejecutivo para este sector, ascendió a un

⁸⁰ Todas las solicitudes fueron contestadas por el Ministerio de Educación y el Ministerio de Bienestar Social, respectivamente.

⁸¹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Arts. 171(17) y 258.

⁸² Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador, pro Forma Presupuestaria 2007, Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, p. 16. Internet. www.mef.gov.ec Acceso: 08 marzo 2007.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

total de **USD \$ 1.346.737.181,68**. Esta cifra equivalía al **25,80** por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central.

El Presidente Constitucional de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 189, asignó 45 millones de dólares adicionales para educación, con lo que el monto total destinado a esta partida ascendió a **USD \$ 1.391.737.181,68** equivalente al **26,67** por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central calculados para este año⁸³.

Por tanto, en el presente año, al no haber asignado el 30 por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central sino el **26,67** por ciento, el Estado incumplió la obligación de asegurar el mínimo esencial fijado por la Constitución, lo que le provocó un **perjuicio** al sector de la educación por un monto aproximado de **173 millones de dólares**⁸⁴.

Sobre la base de estos hechos y de los fundamentos jurídicos expuestos, se decidió elaborar una **demanda de inconstitucionalidad** de la **Resolución No. R-28-044** mediante la cual el Congreso Nacional aprobó el Presupuesto General del Estado para el año 2007; y del **Decreto Ejecutivo No. 189**, mediante el cual el Presidente de la República asignó 45 millones de dólares adicionales al presupuesto para el sector de la educación.

Como hemos analizado hasta el momento, los derechos económicos, sociales y culturales entrañan obligaciones que pese a tener una naturaleza positiva, poseen aspectos concretos susceptibles de verificación por los órganos jurisdiccionales. En este sentido, cabe anotar que la exigibilidad de los derechos sociales está

⁸³ Presidencia de la República, Decreto No. 189, Internet. <http://www.presidencia.gov.ec> Acceso: 19 marzo 2007.

⁸⁴ Este monto corresponde a la diferencia entre la asignación del 30 por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central, que sería por USD \$ 1.565.400.000,00 y la asignación real de este año del 26,67 por ciento que es por USD \$ 1.391.737.181,68.

subordinada a la definición previa de la conducta debida por el Estado. Por ejemplo, para exigir el logro progresivo de un derecho fundamental como es el derecho a la salud, se debe conocer el estado actual o anterior del goce de dicho derecho. De ahí que la constitucionalización de los derechos sociales en los países de Occidente durante los últimos veinte años constituye, a juicio de Luigi Ferrajoli⁸⁵, la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo pasado⁸⁶.

Sin embargo, estos *nuevos estándares de verificación judicial*, como son la *progresividad* o los *mínimos esenciales*, plantean dificultades a la hora de ser alegados ante un órgano judicial. Efectivamente, en el ámbito doctrinario se observa que uno de los obstáculos para la exigibilidad judicial de los derechos sociales es la *autorrestricción* del Poder Judicial frente a cuestiones políticas. Es decir, “cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, [...] los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema”⁸⁷.

En el caso del Ecuador, el Tribunal Constitucional se ha restringido de realizar un control judicial respecto de la constitucionalidad de las asignaciones presupuestarias en materia de salud.

⁸⁵ Luigi Ferrajoli es uno de los juristas contemporáneos más destacados. En la actualidad se desempeña como profesor de Teoría del Derecho en la Universidad de Roma III y ha publicado entre otros libros: *Derecho y Razón*; *Teoría del Garantismo Penal*; *Derechos y Garantías*; *La ley del más débil*; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, y *Epistemología jurídica y garantismo*.

⁸⁶ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 9.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 127.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

En el año 1999, el secretario general del Sindicato Único de Trabajadores (en representación de 14.000 trabajadores de la salud), propuso un amparo constitucional en el que se cuestionaba la constitucionalidad de las reducciones en el Presupuesto de 1999 en perjuicio del sector de la salud. En 1998, la asignación presupuestaria para salud equivalía al 4,09 por ciento del presupuesto total, mientras que en 1999 la asignación correspondía al 3,81 por ciento del presupuesto, es decir, disminuyó. El Tribunal Constitucional negó el amparo argumentando que el Presidente y el Congreso habían cumplido con sus obligaciones constitucionales de procedimiento al elaborar y aprobar el Presupuesto⁸⁸ y, por tanto, al no existir violaciones a la Constitución, la aprobación del presupuesto constituía un acto legítimo y constitucional. El Tribunal no realizó un análisis del detrimento en la protección del derecho a la salud, al haberse otorgado una cantidad que constituía una medida regresiva en relación con la asignación del año anterior⁸⁹.

Esta “autorrestricción” tiene su fundamento en el *principio de separación de poderes* que caracteriza a un Estado de Derecho, de manera que cada rama del poder tiene funciones propias y no puede intervenir en el campo que le corresponde a las otras. Por tanto, las decisiones respecto de políticas sociales y públicas –p.e. la asignación de una determinada cantidad del presupuesto para la compra de medicamentos o los lugares donde serán construidas nuevas escuelas— quedarían a discrecionalidad del poder ejecutivo y legislativo⁹⁰, sin que sean susceptibles de revisión judicial.

Sin embargo, todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder –entendido como las tres funciones del Estado– inevitablemente ha correspondido a un aumento de los

⁸⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 130(13).

⁸⁹ Tribunal Constitucional, Resolución No. 1118-99-RA.

⁹⁰ En el caso del Ecuador, la pro forma del Presupuesto General del Estado es elaborada por la Función Ejecutiva y aprobada por la Función Legislativa. Véase Constitución Política, Art. 258.

espacios de jurisdicción⁹¹, y con ello la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido, si bien la misma autorrestricción del Poder Judicial es una dificultad para la exigibilidad de las obligaciones positivas, herramientas como el *acceso a la información pública* nos permiten a todos los titulares de derechos sociales, tener la posibilidad de acceder a las fuentes de información que nos permiten verificar el cumplimiento de obligaciones estatales determinadas, y de esta forma, acudir ante los órganos judiciales para exigir su cumplimiento.

Este trabajo se propuso bosquejar, a partir de la explicación de las obligaciones positivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como el acceso a la información pública es una herramienta para hacer justiciables las obligaciones estatales en materia de derechos económicos sociales y culturales; y de esta forma, contribuir a superar los obstáculos que plantea la exigibilidad de estos derechos en nuestro sistema judicial.

IV. Conclusiones

1. Una de las obligaciones en relación con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, es la *obligación de garantizar*, la cual encuentra su fundamento en el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
2. La obligación de garantizar derechos económicos, sociales y culturales, por parte del Estado, supone la adopción de *medidas positivas*, es decir, se requiere de una *prestación estatal* para asegurar estos derechos.

⁹¹ Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, 2005, p. 88. Internet. <http://www.bibliojuridica.org> Acceso: 05 febrero 2007.

LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

3. En el caso del Ecuador, una de las prestaciones estatales que garantiza el derecho a la educación por parte del Estado, es la asignación presupuestaria del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, disposición que se encuentra fijada en el art. 71 de la Constitución.
4. Esta prestación estatal equivale al **contenido esencial del derecho a la educación** en materia presupuestaria, en virtud de que se encuentra regulada mediante norma constitucional. La consecuencia jurídica de precisar el contenido esencial de un derecho social es que el Estado no puede garantizar un nivel menor de protección de aquel que se ha delimitado como contenido esencial. De ahí que se establezca que la fijación del contenido esencial de un derecho social es instituir un **mínimo esencial**. La prohibición de garantizar un nivel menor de protección de aquel que se encuentra señalado como **mínimo esencial** es conocida como **prohibición de regresividad**.
5. En nuestro caso, el contenido esencial del derecho a la educación que consta en la norma constitucional estipula que el **mínimo esencial** es la asignación presupuestaria del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central. De esta manera, una cuestión de política pública quedó elevada a una obligación jurídica para el Estado.
6. Por lo tanto, garantizar un nivel menor de protección al derecho a la educación que aquel fijado en la Constitución, constituye un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones y una violación al derecho a la educación.
7. Quienes somos beneficiarios de este derecho sólo podemos verificar el cumplimiento de la norma constitucional, cuando conocemos las decisiones de la Administración sobre el presupuesto del Estado. En este sentido, el derecho de acceso a la información pública constituye una herramienta para hacer

CAROLINA SILVA PORTERO

efectivos los derechos sociales mediante el control de políticas públicas.

8. Tal como quedó demostrado a lo largo de este artículo, mediante el acceso a diversas fuentes de información pública, logramos establecer que la asignación presupuestaria de este año para educación fue del 26,67 por ciento del presupuesto y no del 30 por ciento.
9. El Estado violó el derecho a la educación al incurrir en la prohibición de regresividad en relación con el derecho a la educación, puesto que no garantizó el mínimo esencial fijado en nuestra Constitución. Por tanto, el Tribunal Constitucional en este caso tiene el deber de incidir en las políticas públicas y enmendar este tipo de violaciones a los derechos.

EL DERECHO AL AGUA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

María-Helena Carbonell Yáñez

SUMARIO

Introducción. I. El derecho al agua: 1. Accesibilidad (barreras físicas y económicas), 2. Cantidad mínima, 3. Calidad mínima, 4. La responsabilidad y obligaciones del Estado (negativas y positivas). II. El derecho al acceso a la información pública y la reconstrucción de hechos: 1. El derecho a la información, 2. La información en el caso Abanico, 3. El caso de la central hidroeléctrica Abanico. III. Análisis del caso Abanico: violación al derecho al agua.

Introducción

El derecho al agua como un derecho humano ha sido desarrollado por la doctrina de las Naciones Unidas, y, desde este

parámetro, se ha cobrado conciencia sobre la importancia de este bien y también sobre las violaciones a este derecho.

El derecho constitucional ha mencionado al agua como un elemento de otros derechos, como la salud o la vida digna. Sin embargo, conviene analizarlo como un derecho autónomo.

En este ensayo se demostrará, en la primera parte, que el derecho al agua tiene la estructura de cualquier otro derecho humano, en el que se puede identificar al titular, el contenido mínimo de este derecho y el destinatario de las obligaciones.

En la segunda parte se desarrollará doctrinariamente el derecho al acceso a la información como herramienta para investigar una violación al derecho al agua. Se demostrará que, con información pública, se podría conocer si un determinado proyecto puede violar el derecho humano al agua. Tanto con información pública como con otras fuentes secundarias, se reconstruirá el caso de la hidroeléctrica Abanico.

En la tercera y última parte, se analizará si en el caso de la represa hidroeléctrica Abanico existe, de acuerdo con los parámetros desarrollados en el capítulo I, un caso de violación al derecho al agua.

Con los datos obtenidos, se concluirá que existe una violación al derecho al agua en la ejecución del proyecto hidroeléctrico Abanico.

I. El derecho al agua

En la Constitución se establece que “el Estado reconocerá y garantizará a las personas [...] el derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, **agua potable**,

EL DERECHO AL AGUA

saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios”⁹².

A pesar de la importancia de este reconocimiento, la protección y contenido dados a este derecho, en el ámbito nacional, son extremadamente vagos. El derecho al agua está desarrollado superficialmente en la Ley de Aguas⁹³, cuerpo en el que se señala que todas las aguas son bienes nacionales de uso público que están fuera del comercio⁹⁴. No existe desarrollo jurisprudencial de este derecho.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante “Comité DESC”), analizó el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y el derecho a la salud física y mental, contenidos en el artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respectivamente. Como resultado emitió la Observación General N° 15 (en adelante “OG N° 15”) sobre el derecho al agua⁹⁵.

Cabe señalar que en ningún artículo del PIDESC se lo menciona concretamente. De acuerdo con la Organización de Naciones Unidas (ONU), la “exclusión del agua como un derecho explícito se debió ante todo a su naturaleza; como el aire, se consideró tan fundamental que su inclusión explícita se creyó innecesaria”⁹⁶. Así pues, el Comité DESC realizó una interpretación

⁹² Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Artículo 23(20). Al momento de escribir este artículo, en Ecuador entrará en un proceso de elaboración de una nueva Constitución. Muchas propuestas están encaminadas a considerar al agua como un derecho autónomo. El resaltado en la cita es nuestro.

⁹³ Decreto Supremo No. 369. RO/ 69 de 30 mayo 1972.

⁹⁴ Ley de Aguas, Artículos 2 y 3.

⁹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29º periodo de sesiones (2002), Observación General N° 15.

⁹⁶ Centro de Noticias ONU, “El derecho al agua”, Internet. <http://www.un.org> Acceso: 15 febrero 2007.

extensiva (teniendo en cuenta la interdependencia de los derechos) de la enumeración no taxativa del artículo 11⁹⁷.

La OG N° 15 establece un estándar que permite distinguir los casos en los que se comete una violación al derecho al agua. Este *test*, por así decirlo, contiene tres parámetros: accesibilidad, calidad y cantidad.

1. Accesibilidad: disponibilidad del recurso

Un bien se encuentra disponible cuando, para alcanzarlo, no existe obstáculo alguno: no hay nadie ni nada que lo impida. Esto incluye no sólo el acceder a éste libremente, sino que es necesario que sea posible usarlo sin dificultad. En el caso concreto del agua, la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que todas las personas deben tener un “acceso seguro y fácil”⁹⁸ a fuentes de agua; pero esto no siempre se verifica debido a la existencia de barreras que son, en general, de dos tipos: físicas y económicas. A continuación un análisis de estos obstáculos.

a. Barreras físicas

En cuanto a las barreras físicas, se las dividirá en dos para facilitar el estudio: por un lado, la distancia que deba recorrer una persona hasta llegar a la fuente de agua más cercana (aquí se incluye la distancia en sí y el tiempo necesario para llegar al suministro) y, por otro, las injerencias externas.

⁹⁷ El artículo 11 establece que los “Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, **incluso** alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.” (La negrilla es nuestra.)

⁹⁸ Organización Mundial de la Salud (OMS), *The right to water* (El derecho al agua), Suiza, 2003, p. 16.
Internet. <http://www.who.int> Acceso: 05 diciembre 2006.

EL DERECHO AL AGUA

En cuanto al primer obstáculo, según la OMS, la cantidad de agua de la cual disfrutaban las personas depende de **la distancia** a la cual se encuentre la fuente⁹⁹. De esta manera, aquellas personas que tienen que caminar largas distancias para recoger agua y regresar a sus casas, consumen menos agua que las personas que cuentan con una fuente cercana. Cuando las distancias son superiores a varios cientos de metros, la cantidad de agua recolectada será usada principalmente para consumo humano directo, dejando de lado el uso relacionado con la higiene (esto incluye: el lavado de manos, de ropa)¹⁰⁰. A medida que aumenta la distancia, la cantidad de agua destinada a este último fin decrece extremadamente rápido. La OMS señala que menos de un kilómetro (entre el hogar y el suministro más cercano) es una distancia razonable para que las personas puedan acceder libremente a su derecho al agua¹⁰¹.

Otra barrera física importante son las **injerencias externas**: cuando la imposibilidad de acceder al agua no depende del titular del derecho, sino de un tercero. Éste puede ser un agente estatal o no. De acuerdo con las Naciones Unidas, dentro de las libertades que entraña el derecho al agua, está el “derecho a no ser objeto de injerencias”¹⁰².

b. Barreras económicas

En este apartado se analizarán las barreras económicas mencionadas anteriormente. Este tipo de obstáculo hace que el agua no sea asequible (connotación económica) para las personas y sus familias. Es un derecho de todos/as que el agua sea asequible (*affordable* en inglés)¹⁰³. La conclusión a la que se ha llegado es que a medida que el costo relacionado con el agua aumenta, el consumo

⁹⁹ Véase Howard, Guy, *et al.*, *Domestic water quantity, service level and health*, Suiza, OMS, 2003, pp. 17-19. Internet. <http://www.who.int> Acceso: 05 febrero 2007.

¹⁰⁰ Véase OMS, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰¹ Véase Howard, Guy, *et al.*, *op. cit.* Véase también, OMS, *op. cit.*, p. 13

¹⁰² Comité DESC, OG N° 15, párr. 10.

¹⁰³ Véase OMS, *op. cit.*, p. 16.

disminuye. Esto incluye dos escenarios principales: el primero, que se refiere a lo que deja de percibir una persona por ir a recoger agua lejos de su hogar; y, el segundo, a la cantidad de dinero o bienes que un individuo debe dar a cambio del agua que necesita. Como se vio anteriormente, el tiempo destinado entre ir hasta el suministro de agua y regresar, podría ser usado en otro tipo de actividades, como trabajar por ejemplo. Durante este tiempo se dejó de percibir una determinada cantidad de dinero o bienes, lo que afecta la realidad económica de las familias. A causa de esto, el recoger agua será dejado en manos de personas cuyo “valor social” es inferior, cuyo tiempo es menos valioso (como las mujeres y los/as niños/as), afectando así las posibilidades de realizar actividades más productivas en beneficio propio o de sus familias¹⁰⁴.

Así mismo, el costo monetario (ya sea dinero u otra clase de bienes) que una persona debe gastar influirá directamente en la cantidad de agua que utilizará. De esta manera se deja de lado los usos considerados como secundarios (higiene), dando preferencia al consumo y a la preparación de alimentos. En algunos casos el costo del agua puede llegar a ser privativo¹⁰⁵. Estas situaciones se han intensificado a causa del fenómeno de privatización de los recursos hídricos.

En este subcapítulo se ha analizado el primer filtro del *test* propuesto por el Comité DESC: la disponibilidad. Una vez estudiado, se puede pasar al segundo: la cantidad de agua.

2. Cantidad mínima: ¿Por qué se habla de una cantidad mínima?

Entre las principales obligaciones de los Estados está “el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades

¹⁰⁴ Véase The 2nd United Nations World Water Development Report: 'Water, a shared responsibility', Internet. <http://www.unesco.org> Acceso: 30 agosto 2007.

¹⁰⁵ Véase Deckwirth, Cristina, “Agua: sector hirviente de la economía”, en *Las canillas abiertas de América Latina II*, Montevideo, Casa Bertolt Brech, 2006, p. 24.

EL DERECHO AL AGUA

fundamentales”¹⁰⁶, lo cual incluye una satisfacción plena de todos los derechos humanos, sin excepción alguna. La falta de cumplimiento de un derecho implica una violación a éste y acarrea la responsabilidad del Estado. Un Estado no puede excusarse y dejar sin cumplimiento los derechos sino que tiene la obligación de satisfacer un mínimo esencial de cada derecho que corresponde a un límite básico referente a su contenido. Al respecto, el Comité DESC, en su Observación General N° 3 (en adelante “OG N° 3”), señala que es deber del Estado el satisfacer niveles mínimos para cada derecho¹⁰⁷. De la misma manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”) considera que es obligación de los Estados el “garantizar un umbral mínimo” de cada derecho¹⁰⁸.

De acuerdo con los Principios de Limburgo, “se considerará que el Estado Parte comete una violación al Pacto si, por ejemplo [...] no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya satisfacción está capacitado”¹⁰⁹.

Así pues, este mínimo es el límite bajo el cual se configuran las violaciones a los diferentes derechos.

¿Cuál es el mínimo en el derecho al agua?

El desarrollo de la obligación mínima en referencia a la cantidad de agua que necesita una persona ha estado, principalmente, en manos de la Organización Mundial para la Salud

¹⁰⁶ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Véase también: Art. 16 de la Constitución Política de la República del Ecuador: el “más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos”.

¹⁰⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5° periodo de sesiones (1990), Observación General N° 3, párr. 10.

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1993, capítulo IV. Internet. <http://www.cidh.oas.org> Acceso: 18 febrero 2007.

¹⁰⁹ Principios de Limburgo, principio 72.

(OMS). Este organismo establece la cantidad mínima de agua (CMA) según lo necesario para prevenir enfermedades o cualquier riesgo a la salud, como enfermedades diarreicas y la deshidratación. La CMA necesaria, determinada después de varios estudios, es de 20 litros por persona al día¹¹⁰. En este número se incluyen dos aspectos: el monto destinado al consumo y a la higiene. De acuerdo con la OG N° 15, esta CMA es necesaria para “evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”¹¹¹.

El consumo¹¹², principal factor debido a su importancia, comprende aquella cantidad de agua que un individuo necesita para ingerir (consumo directo) para evitar deshidratación, y para la preparación de alimentos (consumo indirecto). La OMS señala que esta CMA variará según el clima, la edad, el trabajo realizado, la dieta y otras condiciones particulares como son el embarazo, la lactancia o enfermedades terminales, entre otros. Por esto los valores dados cambian: pueden ir desde 2 litros por persona al día hasta 4,5. A esto hay que aumentar el consumo para la preparación de alimentos, para lo cual, según la OMS, se necesitan 2 litros por persona al día mínimo¹¹³.

En cuanto a la higiene, “el revisar los datos referentes a las prácticas de la higiene y las enfermedades no permite definir una cantidad mínima de agua recomendada para asegurar la práctica de una higiene efectiva”¹¹⁴. Pero, una cosa es segura: mientras más agua

¹¹⁰ OMS, *The right to water* (El derecho al agua), Suiza, 2003, p. 12.

¹¹¹ Comité DESC, OG N° 15, párr. 2.

¹¹² Consumir es utilizar comestibles u otros bienes, como el agua, para satisfacer necesidades o deseos.

¹¹³ Véase Howard, Guy, *et al.*, op. cit., pp. 3-8.

¹¹⁴ “Review of the data regarding hygiene practices and disease therefore does not enable the definition of a minimum quantity of water recommended for use to ensure effective hygiene is practiced”, Traducción de la autora. Véase Howard, Guy, *et al.*, op. cit., p. 16.

EL DERECHO AL AGUA

se gaste en este aspecto, menores serán los riesgos para la salud¹¹⁵. En el rubro *higiene* se incluye el agua para lavar los alimentos, para bañarse y para lavar la ropa. Se ha comprobado que los riesgos para la salud disminuyen considerablemente cuando una persona se lava las manos y lava los alimentos antes de consumirlos. A pesar de esto, el monto de agua utilizado para estos fines es considerado, por muchas personas, como secundario (el primario sería el consumo).

La OMS concluye que una persona necesita al menos 20 litros de agua al día. Esta cantidad representa lo mínimo que se necesita por persona en vista de los factores antes mencionados, pero excluye los otros usos dados por el ser humano a este recurso, por ejemplo, el agua necesaria para el riego y para la generación eléctrica.

3. Calidad mínima del agua

Como se vio anteriormente, entre las obligaciones intrínsecas del derecho al agua no sólo está la de satisfacer un nivel mínimo en relación con la cantidad de agua, sino también con su calidad. Es decir, no es suficiente contar con bastante agua sino que es necesario que ésta sea apta para el consumo humano. “El agua debe ser segura para beber y para otros usos domésticos.”¹¹⁶ Este líquido puede llegar a ser sumamente peligroso para la salud y la vida de quien lo ingiere debido a que puede contener elementos (orgánicos o inorgánicos) más o menos nocivos. El tema de la calidad óptima del agua fue desarrollado por la OMS en vista de la necesidad de determinar los parámetros básicos para prevenir enfermedades relacionadas con el agua¹¹⁷.

¹¹⁵ Véase Howard, Guy, *et al.*, op. cit., p.16.

¹¹⁶ “Water must be safe for drinking and other household uses.”, Traducción de la autora. Véase OMS, op. cit., p. 15.

¹¹⁷ “El consumo de agua que no es potable causa siete dolencias”, *El Comercio* (Quito), 12 febrero 2007. Véase también “Estándares del reglamento nacional primario de agua potable” de la Environmental Protection Agency (Agencia de Protección Ambiental) de

El agua, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia*, es un “líquido incoloro, inodoro e insípido”. En la OG N° 15, el Comité DESC señala que “el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre¹¹⁸, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico”¹¹⁹. La OMS considera que el agua “no debe contener microbios ni parásitos ni peligros químicos, físicos y radiológicos que puedan constituir una amenaza para la salud. También debe ser aceptable en cuanto al color y al olor para que los individuos escojan esta agua en lugar de otras que están contaminadas y que puedan verse más atractivas”¹²⁰.

4. Responsabilidad estatal en materia del derecho al agua

En la normativa se ha establecido que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos”¹²¹. Este artículo servirá para clasificar las obligaciones que tiene el Estado con respecto del derecho al agua. Por un lado existen aquellas obligaciones a respetar y, por otro, aquellas de hacer respetar.

los Estados Unidos, Internet. <http://www.epa.gov/> Acceso: 21 febrero 2007. Véase también: Guías para la calidad del agua potable, 1993. Internet. <http://www.who.int> Acceso: 21 febrero 2007.

¹¹⁸ En la versión en inglés se utiliza el término “safe”: segura.

¹¹⁹ Comité DESC, OG N° 15, párr. 12.

¹²⁰ “Drinking-water must be free from microbes and parasites, and chemical, physical and radiological hazards that constitute a threat to a person’s health. It must also be acceptable in terms of colour and odour so that individuals will choose this water rather than polluted alternatives that may look more attractive.”, Traducción de la autora. Véase OMS, op. cit., p. 15.

¹²¹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 16.

4.1. Obligaciones de carácter negativo

a. Obligación de respetar

La obligación de respetar los derechos humanos se configura como una prohibición absoluta, un deber de negativo hacia el Estado: debe abstenerse de realizar cualquier acto que viole uno o varios derechos fundamentales, estén o no recogidos en algún instrumento internacional. Dentro del sistema interamericano de protección de derechos, la Convención Americana establece que la primera obligación del Estado es la de respetar los derechos humanos¹²². La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce también la importancia de esta obligación al señalar, en su preámbulo, que “los Estados Miembros se han comprometido a asegurar [...] el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”¹²³. Según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, cualquier reserva presentada en relación con esta obligación resulta incompatible con los propósitos del PIDCP. Siguiendo este criterio, tampoco cabría una reserva en cuanto a esta obligación en materia de DESC, teniendo en cuenta los propósitos y objetivos planteados en el PIDESC.

Por otro lado, de acuerdo con el derecho internacional, el Estado es responsable por “los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”¹²⁴.

¹²² Convención Americana, Artículo 1(1): “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (La negrilla es nuestra.)

¹²³ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

¹²⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 julio 1988 (serie C, N° 4), párr. 170. Véase también: Corte IDH, *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 enero 1989 (serie C,

El Comité de Derechos Humanos señala que esta obligación es para el Estado entendido “como un todo. Todas las ramas del gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial), y otras autoridades públicas y gubernamentales, de cualquier nivel -nacional, regional o local- están en la posición de generar la responsabilidad el Estado Parte”¹²⁵.

El Comité DESC ha establecido que la “obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua”¹²⁶. Su deber es claro: no obstaculizar ni impedir, negar o restringir, el ejercicio de este derecho para todas las personas dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción. El “inmiscuirse arbitrariamente”¹²⁷ en el ejercicio del derecho al agua constituye una violación a la obligación de respetarlo.

Teniendo en cuenta el test presentado por el Comité de DESC (accesibilidad, cantidad y calidad del agua), existen varias posibles situaciones en las que el Estado debe intervenir directamente en la violación del derecho al agua en razón de su accesibilidad, cantidad y calidad de la misma.

b. Prohibición de discriminación

De acuerdo con el Comité DESC, que reconoce que la satisfacción de los DESC es de carácter progresivo, existen también

Nº 5), párr. 173; Comisión Interamericana, Informe Nº 43/00 (14 abril 2000), *Caso Alcides Sandoval Flores*, caso 10 670, párr. 64-65.

¹²⁵ Comité de Derechos Humanos, 80º periodo de sesiones (2004), Observación General Nº 31, párr. 4.

¹²⁶ Comité DESC, OG Nº 15, párr. 21.

¹²⁷ *Ibíd.*

EL DERECHO AL AGUA

obligaciones que son de cumplimiento inmediato, entre las cuales está la prohibición de discriminación¹²⁸.

El PIDESC, en el artículo 2 establece que los “Estados Partes [...] se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna”. Una definición completa de este concepto es la contenida en la *Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés). En este instrumento, el factor determinante es el sexo, pero se puede realizar una extensión a cualquier otro factor como la raza, las creencias religiosas, el origen nacional. Así pues, tomando como base la definición contenida en la CEDAW, se entiende por discriminación “toda distinción, exclusión o restricción basada (en cualquier factor internacionalmente prohibido) que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio (por las personas) de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”¹²⁹.

La prohibición de discriminación se extiende a todo derecho humano, sin excepción. En el artículo 8 de la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*¹³⁰, los Estados reconocen “la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a recursos básicos”, incluida el agua. De acuerdo con la definición anterior, a nadie se le puede anular o menoscabar el ejercicio de su derecho al agua por motivos internacionalmente proscritos. Respecto a esto, cabe señalar que la discriminación puede estar presente a todo nivel del *test* que se ha analizado en materia del derecho al agua.

¹²⁸ Véase Comité DESC, OG N° 3, párr. 1.

¹²⁹ CEDAW, Art. 1.

¹³⁰ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 41/128, aprobada el 4 diciembre 1986.

c. Prohibición de regresividad

El Estado tiene la “obligación de no adoptar políticas y medidas, o de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los (DESC) que gozaba la población al momento de ser adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”¹³¹. Aquí su deber es el garantizar que no disminuya, con el paso del tiempo, el nivel al que los DESC han llegado. Teniendo en cuenta que es deber del Estado satisfacer progresivamente los derechos, la adopción de cualquier medida regresiva implica, necesariamente, una violación a este compromiso. De acuerdo con Melish, “en su nivel más básico, el deber de progresividad constituye una prohibición de regresividad”¹³². De este modo se está tratando con las dos caras de una misma moneda.

Considerando que la adopción de cualquier medida regresiva implica una violación *prima facie* (a primera vista) del PIDESC¹³³, éstas se constituyen en una limitación para el poder público, al mismo tiempo que llegan a ser una garantía de mantenimiento para las personas (conservación del nivel al que ha llegado el goce de los DESC, nivel que sólo podría aumentar; en ningún caso, disminuir)¹³⁴. Es debido a esto que cualquier medida regresiva cuenta con una presunción de invalidez que obliga al Estado a justificar su decisión¹³⁵.

¹³¹ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, op. cit., p. 58.

¹³² Melish, Tara, op. cit., p. 200.

¹³³ Varias Observaciones Generales del Comité DESC reconocen que las medidas regresivas violan *prima facie*, de manera directa el PIDESC. Véase, por ejemplo, la Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud.

¹³⁴ Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Buenos Aires, Editorial Trotta, 2002, pp. 95-96.

¹³⁵ De acuerdo con Abramovich, Víctor y Christian Courtis, en primera instancia, corresponde a el/la demandante demostrar que la norma es regresiva. Teniendo en cuenta la presunción de invalidez, corresponde entonces al Estado la justificabilidad de la norma o medida adoptada. Véase también, Comité DESC, Observación General N° 13 (sobre el derecho a la educación), párr. 45: “Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más

EL DERECHO AL AGUA

La prohibición de regresividad se extiende al derecho al agua como a cualquier otro derecho fundamental. En este caso, existe una violación a esta prohibición cuando el Estado adopta medidas o normas que impliquen un retroceso en cuanto a la protección del derecho al agua en el ámbito nacional. De manera general, dos casos son posibles: que se menoscabe el ejercicio del derecho (sigue existiendo protección para el derecho al agua pero disminuye su fuerza, la protección resultante es inferior a la que estaba vigente) o que se deroguen derechos que sí estaban protegidos.

4.2. Obligaciones de carácter positivo

a. Obligación de proteger

El Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que el Estado debe proteger a las personas no sólo en lo que respecta a las actuaciones y omisiones de sus agentes, sino también a aquellas cometidas por terceros¹³⁶. Cuando se habla de “terceros”, se entiende “particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre”¹³⁷. En este caso, el papel del Estado es evitar que estos últimos menoscaben o impidan el ejercicio de los derechos humanos. Es su deber, entonces, el regular la conducta de estos agentes a fin de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales. A pesar de que la violación directa venga de manos de estos terceros, el Estado también será considerado responsable por “permitir o no tomar las medidas adecuadas o actuar con la debida diligencia al momento de prevenir, castigar, investigar,

cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte.”

¹³⁶ Comité de Derechos Humanos, OG N° 31, párr. 8.

¹³⁷ Comité DESC, OG N° 15, párr. 23.

resarcir el daño causado por actos cometidos por personas privadas naturales o jurídicas”¹³⁸.

En materia del derecho al agua, el Comité DESC establece que “la obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”¹³⁹.

Siguiendo el *test* de la OG N° 15, existen, al igual que en el caso anterior, varios escenarios en los que se configura una violación al derecho al agua (teniendo en cuenta su disponibilidad, calidad y cantidad).

b. Obligación de satisfacer

La segunda obligación del Estado es la de cumplir o satisfacer todos los derechos humanos; tiene un carácter positivo. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁴⁰. Este deber se divide en tres: el de facilitar, promover y garantizar. El primero consiste en “adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades ejercer”¹⁴¹ sus derechos. El promover implica difundir información que ayude al desarrollo de cada uno de los derechos fundamentales. El deber de garantizar implica ayudar a

¹³⁸ Comité de Derechos Humanos, OG N° 31, párr. 8.

¹³⁹ Comité DESC, OG N° 15, párr. 23.

¹⁴⁰ Comisión Interamericana, Informe N° 43/00 (14 abril 2000), *Caso Alcides Sandoval Flores*, caso 10 670, párr. 66.

¹⁴¹ Comité DESC, OG N° 15, párr. 25.

EL DERECHO AL AGUA

aquellas personas o grupos de personas que no pueden satisfacer sus derechos de manera personal, “por razones ajenas a su voluntad”¹⁴².

También se incluye otra obligación de cumplimiento inmediato por parte del Estado: adoptar medidas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos. Esto responde a la necesidad de que los derechos recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos tengan efecto a nivel interno, sin importar la forma de gobierno ni el sistema económico nacional.

En ningún momento se precisa la naturaleza de las medidas que debe tomar el Estado: las de naturaleza legislativa no son las únicas adecuadas y necesarias para lograr la plena efectividad de los DESC. Éstas “no serán suficientes para poder cumplir con las obligaciones que se derivan del Pacto”¹⁴³. También deben implementarse medidas “administrativas, financieras, educativas y sociales”¹⁴⁴. Estas consisten entonces en “actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible”¹⁴⁵ a la satisfacción total de los DESC, sin importar su naturaleza.

Un punto importante en este caso es reconocer la presencia de un condicionante, en materia de DESC, al momento de adoptar las medidas necesarias: la disponibilidad de recursos. El Pacto reconoce que satisfacer plenamente todos los derechos representa un alto costo para el Estado que no puede ser satisfecho en un corto tiempo, por eso especifica que deberá hacerlo en la medida en que tenga los medios para hacerlo. Su obligación no implica que se comprometa a reservar todos sus recursos (económicos, logísticos, humanos) para lograr este fin; lo que se busca es que se destine el máximo de recursos de los que se disponga. Tampoco implica

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Principios de Limburgo, principio 18. Véase también: Corte IDH, OC N° 7, voto razonado del juez Piza Escalante, párr. 28.

¹⁴⁴ Comité DESC, OG N° 3, párr. 7.

¹⁴⁵ Abramovich, Víctor y Christian Curtis, *op. cit.*, p. 50.

postergar esta obligación: hay que tomar medidas y estas deben contar con los máximos recursos disponibles.

c. Obligación de progresividad

Este deber, a pesar de haber sido desarrollado principalmente en el campo de los DESC, se extiende a todos los derechos humanos (no sólo a los DESC sino también a los llamados derechos civiles y políticos (en adelante “DCP”). Dentro del sistema interamericano de protección de derechos, en referencia a la obligación de progresividad, “se ha encontrado que [...] es aplicable a todos los derechos protegidos por la Convención (Americana)”¹⁴⁶: este instrumento incluye tanto DESC como DCP. La Comisión Interamericana ha señalado que “el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían”¹⁴⁷.

A pesar de que se reconoce la imposibilidad de una satisfacción inmediata, es obligación del Estado el comenzar a dar pasos (*take steps*) hacia esa plena satisfacción de los DESC. De acuerdo con el Comité DESC, se impone al Estado el deber de avanzar lo más rápida y efectivamente como le sea posible hacia este fin¹⁴⁸. No es posible que el Estado alegue este mecanismo de flexibilidad para incumplir con sus obligaciones internacionales.

En materia del derecho al agua, el Comité DESC señala que “los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles

¹⁴⁶ Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES, 2003, p. 191.

¹⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de 1993, capítulo V. Internet. <http://www.cidh.oas.org> Acceso: 15 febrero 2007.

¹⁴⁸ Comité DESC, OG N° 3, párr. 9.

EL DERECHO AL AGUA

hacia la plena realización del derecho al agua”¹⁴⁹. El Estado, continúa el Comité, tiene la obligación de “adoptar una estrategia o un plan de acción para asegurar el ejercicio del derecho al agua”¹⁵⁰, esto en miras a la progresiva consecución del derecho. De la misma manera, según Melish, “el primer elemento de la ‘obligación de logro progresivo [...] se relaciona con el deber de desarrollar un plan que asegure el cumplimiento de las obligaciones de los DESC por parte del Estado”¹⁵¹.

Considerando lo anterior, el Estado viola el derecho al agua si es que no adopta las medidas necesarias para lograr la plena realización del este derecho, es decir, si no da los pasos hacia adelante. De igual forma, será responsable si es que no toma la iniciativa de elaborar un plan de acción o estrategia en la que se desarrollen los puntos clave para cumplir con la obligación de progresividad en materia del derecho al agua. También será responsable si es que los objetivos previstos no son cumplidos a tiempo debido, a retrasos injustificados o a desvíos de los fondos.

d. Sostenibilidad

El principio de sostenibilidad ha sido tomado por el Comité DESC en la OG N° 15 sobre el derecho al agua¹⁵². La sostenibilidad implica un manejo responsable de los recursos en vista, no sólo de las necesidades presentes sino también de las generaciones futuras. Este principio trae consigo el reconocimiento de que las decisiones tomadas por el Estado *hoy* influyen directamente en la disponibilidad de los recursos *mañana*. Así pues, la cantidad, la calidad y el acceso al agua por parte de las generaciones futuras están ligadas estrechamente al uso y manejo que actualmente se le da a este

¹⁴⁹ Comité DESC, OG N° 15, párr. 18.

¹⁵⁰ Comité DESC, OG N° 15, párr. 47.

¹⁵¹ Melish, Tara, op. cit., p. 196.

¹⁵² Comité DESC, OG N° 15, párr. 28.

recurso. Si es que no se lleva a cabo un manejo responsable con una visión de futuro, las generaciones venideras no podrán ejercer plenamente su derecho al agua.

No es suficiente que actualmente el Estado asegure a todas las personas un ejercicio pleno de su derecho al agua. El Estado tiene un deber a futuro, un deber que no se agota con una satisfacción presente. Así pues, debe asegurar que exista agua accesible, asequible, de calidad y cantidad suficientes, tanto para las generaciones presentes como para las futuras.

II. El derecho al acceso a la información pública y la reconstrucción de hechos

1. El derecho a la información

Generalmente, al derecho a la información se lo ha entendido como parte de la libertad de expresión. Así lo conciben el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” (en adelante “la Convención Americana”), señalando que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de **buscar, recibir y difundir** informaciones e ideas de toda índole”¹⁵³. De la misma manera se pronuncia la Constitución ecuatoriana, cuando reconoce que la libertad de expresión, incluye el “derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura”¹⁵⁴.

¹⁵³ Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Art. 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Art. 19(2). (La negrilla es nuestra.)

¹⁵⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 81.

EL DERECHO AL AGUA

De esto se desprende que este derecho tiene, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”), dos dimensiones: la social y la individual. La primera responde a una necesidad de “socialización de la información (como) límite a la exclusividad o al secreto de la información”¹⁵⁵. Según este organismo, “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”¹⁵⁶. Así pues, para los/as ciudadanos/as existe el derecho de acceder a esta información; entre tanto para el Estado, se configura la obligación de producir la información¹⁵⁷. Gracias al ejercicio de este derecho se consolida la democracia y, consecuentemente, un Estado Social de Derecho. En cuanto a la segunda dimensión, este derecho permite “maximizar el campo de la autonomía personal”¹⁵⁸, puesto que se pueden tomar decisiones y ejercer de manera auténtica la libertad.

En el caso particular del Ecuador, además del reconocimiento constitucional del derecho a la información¹⁵⁹, está vigente la *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*¹⁶⁰ (LOTAIP), en la que se desarrolla más a fondo este derecho. Esta Ley se aplica tanto para los funcionarios del Estado como para particulares que tengan en sus manos información pública¹⁶¹.

Existen varias situaciones en referencia a la disponibilidad de información pública, el primer caso, el que debería ser el más

¹⁵⁵ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, DJC, México, 2003, p. 322.

¹⁵⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 5, 13 noviembre 1985, párr. 32

¹⁵⁷ Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, op. cit., p. 324.

¹⁵⁸ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, op. cit., p. 323.

¹⁵⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 81.

¹⁶⁰ Registro Oficial N° 337, 18 mayo 2004.

¹⁶¹ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Art. 3.

común, es que “esté ahí”, al alcance de todos/as, pues a medida que se desarrolla la tecnología, los medios para compartirla son cada vez más diversos. Por ejemplo, Internet constituye uno de los medios más fructíferos a la hora de la difusión de información. Esto hay que matizarlo. Para acceder a internet es necesario tener una computadora con el programa y la señal adecuada. Millones de personas en el mundo no cuentan aún con estos requerimientos; pero, no cabe duda de que éste sea el medio por excelencia a través del cual fluye la información de “mano en mano”. La Ley debe reconocer esta situación y establecer que la información pública se la difundirá “a través de un portal de información o página Web”¹⁶².

Conviene, además, señalar que es necesario que tal información esté actualizada para que se ejerza correctamente este derecho. Si es que un/a ciudadano/a cuenta con datos de hace varios años, su derecho a acceder a la información pública no podrá ser ejercido plenamente.

El segundo caso posible es que la información no logre ser obtenida directamente a través de una página web, sino que sea necesario solicitarla a la autoridad o persona que la tenga en su poder. La solicitud deberá hacérsela por escrito dirigida al representante legal o titular de la institución en cuyas manos se encuentre la información requerida. La solicitud deberá ser contestada en un plazo razonable. La negación de dar información trae consigo consecuencias de carácter penal, constitucional y administrativo¹⁶³.

El tercer caso se configura ante la deficiencia del Estado y las personas jurídicas obligadas por la LOTAIP al momento de proveer la información solicitada. La fuente ahora son aquellas personas naturales y jurídicas que no están obligadas por Ley a tener

¹⁶² *Ibíd.*, Art. 7.

¹⁶³ *Ibíd.*, Arts. 9, 19 y 21.

EL DERECHO AL AGUA

o difundir esta información pero que, debido a diferentes razones, cuentan con la misma. Dos ejemplos: las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) o las personas privadas con delegación del Estado.

2. La información en el caso Abanico

A fin de construir el caso de la central hidroeléctrica Abanico, era necesario contar con información de carácter oficial. En un primer momento se la buscó en las páginas web de las diferentes instituciones del Estado y de la empresa ejecutora del proyecto hidroeléctrico, que debían tenerla. Como no existía la página web de Hidroabanico S.A., empresa encargada de la construcción y operación de la central, fue necesario visitar el portal del Consejo Nacional de Energía Eléctrica (CONELEC). Allí, la información referente a los contratos y concesiones vigentes actualmente en el Ecuador no está actualizada. Los últimos datos representados en los mapas correspondientes son de diciembre de 2004¹⁶⁴. Otros documentos necesarios eran aquellos en poder del Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), hablamos de las Resoluciones de las Juntas de Aguas. Al revisar su portal de internet¹⁶⁵, se verificó que no existía ninguna información relacionada con el caso analizado.

Debido a la imposibilidad de obtener los datos necesarios de forma directa, a través de los portales de información oficiales, fue preciso recurrir a varias *peticiones de acceso a la información pública* que se detallan a continuación.

Al CONELEC se solicitaron los documentos siguientes:

¹⁶⁴ La página web del CONELEC es: <http://www.conelec.gov.ec> Acceso: 26 marzo 2007.

¹⁶⁵ La página web del CNRH es: <http://www.cnrh.gov.ec> Acceso: 26 marzo 2007

MARÍA-HELENA CARBONELL YÁNEZ

1. Una copia de la Resolución en la cual se autorizaba la construcción del proyecto¹⁶⁶;
2. Una copia del documento mediante el cual se podría conocer que la empresa aún no contaba con los permisos necesarios al momento de comenzar la construcción de la central¹⁶⁷;
3. Una copia del documento en el que se otorga la Licencia Ambiental a la empresa¹⁶⁸;
4. Una copia del documento mediante el cual se aprueba el *Estudio de Impacto Ambiental Definitivo para la Ampliación de Capacidad de Generación del Proyecto Hidroeléctrico Abanico a 37MW*¹⁶⁹; y,
5. Una copia de la licencia para la construcción y operación del proyecto de ampliación de la central hidroeléctrica Abanico¹⁷⁰.

A la empresa Hydroabanico S.A. se pidió:

1. Una copia del *Estudio de Impacto Ambiental Definitivo para la Ampliación de Capacidad de Generación del Proyecto Hidroeléctrico Abanico a 37MW*; y,
2. Una copia de la carta enviada por Hernán Flores, representante legal de Hydroabanico S.A., al Ing. Rodrigo López, alcalde del cantón Morona, con fecha 18 de enero de 2006.

¹⁶⁶ CONELEC, Resolución N° 113/2003 (21 mayo 2003).

¹⁶⁷ CONELEC, Memorando N° DS-06-380 suscrito por el Director de Supervisión y Control del organismo (17 mayo 2006) en el cual se señala que Hydroabanico S.A no tenía tal requerimiento.

¹⁶⁸ CONELEC, Oficio N° DE-06-33 (R.O. N° 349).

¹⁶⁹ CONELEC, Oficio N° DE-06-0659 (05/04/06).

¹⁷⁰ Licencia Ambiental N° 005/06.

EL DERECHO AL AGUA

Al Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) se requirió:

1. Una copia de la Resolución del 10 de octubre de 2006 de la Agencia de Aguas de Cuenca, en la que se resolvía sobre la adjudicación del caudal del río Abanico solicitada por Hidroabanico S.A.

Las peticiones de acceso a la información fueron presentadas el 21 de marzo de 2007. El CONELEC, Hidroabanico S.A. y el CNRH tenían diez días (prorrogables una sola vez) para contestar y proveer la información requerida. Las dos entidades públicas enviaron la información solicitada. Hidroabanico S.A. comunicó que era necesario concertar una cita para sacar una copia de los documentos necesarios teniendo en cuenta de que los costos de reproducción correrían a cuenta de la solicitante¹⁷¹.

Con la información obtenida formalmente y con otras fuentes, se pudo reconstruir los hechos y estructurar un caso que configura posibles violaciones a derechos humanos.

3. El caso de la central hidroeléctrica Abanico

Gracias a la información obtenida mediante las peticiones de acceso a la información, y aquella que estaba en manos de diferentes Organizaciones No Gubernamentales (ONG), fue posible reconstruir los hechos que configuran el caso de la central hidroeléctrica Abanico. En este apartado se narrarán cronológicamente los hechos.

¹⁷¹ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 4(b).

MARÍA-HELENA CARBONELL YÁNEZ

El 18 de septiembre de 2002, Corbantrade Cía. Ltda¹⁷². presenta la solicitud, ante el CONELEC, para la construcción y operación de una central hidroeléctrica de mediana capacidad (15 MW) en el río Abanico¹⁷³. El proyecto se llevaría a cabo en la provincia de Morona Santiago, en el cantón Morona, parroquia General Proaño, a doce kilómetros al noreste de la ciudad de Macas. La totalidad del proyecto se dividía en dos etapas¹⁷⁴.

El 3 de agosto de 2004, Corbantrade Cía. Ltda. cede sus derechos de construcción y operación de la central hidroeléctrica a Hidroabanico S.A. cuyo único fin era construir y operar la central de generación eléctrica del río Abanico¹⁷⁵.

Al momento de firmar el contrato, la empresa contaba con los documentos requeridos por ley: la licencia ambiental otorgada por el Ministerio del Ambiente¹⁷⁶, la resolución de la Agencia de Aguas de Cuenca concediéndoles el caudal solicitado y el permiso del CONELEC por tratarse de una central pequeña que generaría menos de 50 MW¹⁷⁷. Estos documentos aparecen como **garantías**

¹⁷² Corbantrade Cía. Ltda. es una empresa perteneciente a uno de los accionistas de Hidroabanico S.A. que sirvió de “vehículo jurídico” para la realización de ciertos trámites necesarios, tales como la solicitud ante el CONELEC, la presentación del Estudio de Impacto Ambiental. Esto se debió a que, a la fecha, Hidroabanico S.A. no estaba todavía constituida.

¹⁷³ El permiso fue concedido el 21 mayo 2003. Véase: Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, Resolución N° 113/03, del 21 mayo 2003.

¹⁷⁴ Véase Hidroabanico S.A., Resumen Ejecutivo EIAD 1, p. 1. Las dos etapas del proyecto se financian gracias a dos préstamos de la Corporación Interamericana de Inversiones: el primero de 7 millones de dólares y, el segundo, de 4 millones de dólares. Véase: “Dos proyectos de energía hidroeléctrica firmados en Buenos Aires Ecuador reducirá emisiones de gases de efecto invernadero”, 16 diciembre 2004, Internet. <http://carbonfinance.org> Acceso: 08 enero 2007.

¹⁷⁵ Entrevista telefónica realizada por María-Helena Carbonell a Hernán Flores, gerente General de Hidroabanico S.A., el 16 enero 2007 (archivo personal).

¹⁷⁶ Véase Art. 2 del Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas; Art. 19 y 20 de la Ley de Gestión Ambiental.

¹⁷⁷ De acuerdo con la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (Art. 13 literal n) y el Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para el Servicio de Energía Eléctrica

EL DERECHO AL AGUA

para la protección de ciertos derechos, entre otros: el derecho a un medio ambiente sano y el derecho al agua. Los/as interesados/as debían cumplir con estos requisitos a fin de que sus actividades no violen los derechos protegidos.

De acuerdo con el *Estudio de Impacto Ambiental Definitivo para la Ampliación de Capacidad de Generación del Proyecto Hidroeléctrico Abanico a 37 MW* (en adelante “EIAD de ampliación”), la primera fase utiliza 5 metros cúbicos por segundo (m^3/s) de agua provenientes del río Abanico para el funcionamiento de los dos grupos de turbinas que se instalaron en la casa de máquinas¹⁷⁸. Esto significa que el caudal del río Abanico se vio reducido en $5 \text{ m}^3/\text{s}$ de agua¹⁷⁹.

La segunda fase del proyecto hidroeléctrico¹⁸⁰ consiste en una ampliación de la primera, para el aprovechamiento de un mayor caudal del río Abanico y la construcción de otras instalaciones para la generación total de $37,5 \text{ MW}$ ¹⁸¹. Consecuentemente, el caudal del río disminuiría más aún, ya que éste se vio reducido por la construcción de la primera fase.

El caudal requerido del río Abanico, que luego sería descargado en el río Balaquepe, será de $12,5 \text{ m}^3/\text{s}$ ¹⁸². Según Oswaldo Chacha, dirigente comunitario, “un estudio de la Prefectura de Morona Santiago, (demuestra que) la corriente del río Balaquepe (crecerá) de $0,55$ a 13 metros cúbicos como consecuencia

(Art. 7), le corresponde al CONELEC emitir concesiones y permisos para los proyectos de generación eléctrica.

¹⁷⁸ Véase Hidroabanico S.A., EIAD de ampliación, capítulo 3, p. 3.

¹⁷⁹ De acuerdo al EIAD de ampliación (capítulo 3, pp. 3-4), el caudal medio diario del río Abanico alcanza un valor de $14,1 \text{ m}^3/\text{s}$, con una probabilidad de 95 por ciento.

¹⁸⁰ Para la construcción de esta fase también es preciso contar con los tres documentos antes mencionados: licencia ambiental, permiso del CONELEC y resolución de la Agencia de Aguas de Cuenca.

¹⁸¹ Véase Hidroabanico S.A., EIAD de ampliación, capítulo 3, pp. 3-3 a 3-5.

¹⁸² *Ibíd.*, pp. 3-4.

de la ejecución de la segunda fase”¹⁸³. Al mismo tiempo que el caudal del Abanico **disminuiría** considerablemente.

La autorización para la construcción de la segunda etapa fue dada por el CONELEC el 16 junio de 2003, otorgando un plazo de 12 meses para celebrar el contrato, una vez se cuente con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental Definitivo (EIAD) de ampliación y la resolución de la agencia de Aguas de Cuenca¹⁸⁴.

El contrato se celebra el 13 de diciembre de 2004. El 5 de abril de 2005, el CONELEC aprueba el EIAD de ampliación¹⁸⁵, y el 6 de julio de 2005, se otorga la licencia ambiental para la construcción de la segunda fase del proyecto hidroeléctrico¹⁸⁶.

En mayo del 2006 comienza la construcción sin contar aún con los documentos necesarios, tal como lo reconoce el gerente general de Hidroabanico S.A. al señalar que aún está en trámite la resolución de la concesión de aguas¹⁸⁷. Es decir, no se respetaron las garantías previstas, por parte del Estado, para la protección del derecho al agua.

En agosto de 2006, se rompe una “una tubería de la minicentral hidroeléctrica (inundando) extensos terrenos en ese sector”¹⁸⁸. Como consecuencia, el 30 del mismo mes, la población

¹⁸³ “Hidroabanico suspende la generación de 22,5 MW”, *El Comercio* (Quito), 20 noviembre 2006.

¹⁸⁴ Sin contar con el contrato, no se puede comenzar la construcción como se lo señala en el Memorando N° DS-06-380 (17 mayo 2006), suscrito por el Director de Supervisión y Control del CONELEC.

¹⁸⁵ CONELEC, Oficio N° DE-06-0659.

¹⁸⁶ CONELEC, Oficio N° DE-06-33, publicado en el R.O. N° 349.

¹⁸⁷ Véase Memorando N° DS-06-380 (17 mayo 2006) suscrito por el Directo de Supervisión y Control del CONELEC.

¹⁸⁸ “Gobierno recibe a comisión de Morona en caso Hidroabanico”, *El Universo* (Guayaquil), 9 octubre 2006. Internet. <http://www.eluniverso.com> Acceso: 16 enero 2007.

EL DERECHO AL AGUA

de Jimbitono organiza un paro como protesta en contra de la ejecución de la segunda etapa.

La Resolución de la Junta de Agua de Cuenca fue emitida recién el 10 de octubre de 2006. En la misma se establece que el caudal otorgado a Hidroabanico S.A. es de 6,5 m³/s, respetándose así el caudal ecológico¹⁸⁹ del río Abanico (2,5 m³/s¹⁹⁰).

El paro iniciado por los/as moradores continúa durante 75 días¹⁹¹ hasta que el 12 de noviembre el gobierno nacional llega a un acuerdo con los/as pobladores para detener totalmente las actividades. Este fue firmado por el Ministro de Trabajo, en representación del Gobierno nacional, por los Alcaldes de los diferentes cantones, por el Prefecto y por los miembros de las Juntas Parroquiales y Federaciones.

III. Análisis jurídico del caso Abanico: violación al derecho al agua

1. Accesibilidad: disponibilidad del recurso

De acuerdo con el EIAD de ampliación, la construcción de la central Abanico implica la utilización de 11,5 m³/s del caudal del río de mismo nombre, cantidad que será luego arrojada en el río Balaquepe¹⁹². Este desvío del Abanico ocasiona una disminución de su caudal y un aumento considerable en el del Balaquepe que

¹⁸⁹ El caudal ecológico corresponde al agua reservada para preservar valores ecológicos tales como el hábitat natural y las funciones ambientales. Esto significa que, después del uso humano, agrícola e industrial debe mantenerse un caudal a favor de la naturaleza. Este caudal corresponde al 10 por ciento del caudal medio anual.

¹⁹⁰ Véase Agencia de Agua de Cuenca, Resolución del 10 octubre 2006.

¹⁹¹ “Hidroabanico suspende la generación de 22.5 MW”, *El Comercio* (Quito), 20 noviembre 2006.

¹⁹² Véase Hidroabanico S.A., EIAD de ampliación, capítulo 3, pp. 3-4 a 3-5.

“pasará de 0.55 a 13 m³”¹⁹³. Los/as habitantes de las comunidades de Obono, Proaño y San Isidro, localizadas en las riveras del Abanico y del Upano, el primero es el principal afluente del segundo, son los/as más afectados/as¹⁹⁴. Con la construcción de la central y la disminución del caudal del Abanico que alimentaba el Upano, la población ya no tiene un acceso físico directo a una cantidad suficiente de agua para los usos antes mencionados. Por esto los/as moradores deben encontrar otros medios para obtener el agua necesaria. De este modo la construcción de la central Abanico constituye un factor externo que impide el ejercicio pleno del derecho al agua de las personas de la zona.

Se ha probado que la construcción de la central trae consigo una violación del derecho al agua de las comunidades de Proaño, Obono y San Isidro, en razón de la accesibilidad. Ahora se verificará el segundo filtro: la cantidad y la calidad mínimas.

2. Cantidad

La central hidroeléctrica Abanico necesita utilizar el caudal del río del mismo nombre para poder generar los 37 MW que están especificados en el EIAD de ampliación. Esto implica que, en cierto punto geográfico, existirá un desvío del caudal del río a fin de conducir el agua hacia la casa de máquinas¹⁹⁵. A causa de esto, el caudal medio diario del río en la parte anterior a la central es de 14 m³/s y, en la parte posterior, será de 2,5 m³/s.

Los 2,5 m³/s del Abanico que llegan al Upano no abastecen las necesidades de las comunidades aledañas. Por estas razones se

¹⁹³ “Hidroabanico suspende la generación de 22.5 MW”, *El Comercio* (Quito), 20 noviembre 2006.

¹⁹⁴ Véase Entrevista telefónica realizada por María-Helena Carbonell a Fernando Valarezo, dirigente comunitario de Jimbitono, 18 abril 2007 (archivo personal).

¹⁹⁵ Véase Hidroabanico S.A., EIAD de ampliación, capítulo 3, pp. 3-3.

EL DERECHO AL AGUA

configura una violación del derecho al agua en razón de la cantidad mínima de agua de la que se dispone.

3. Calidad

Actualmente, la población está realizando una serie de estudios para probar que el agua que les llega está contaminada ya que tiene un olor y un sabor “raros”¹⁹⁶. Si es que se llega a demostrar que el agua del río Abanico y del Upano está contaminada se estaría frente a una violación del derecho al agua en razón de la calidad mínima que ésta debe tener.

Por otro lado está el caso del Balaquepe. Este era un riachuelo que, debido al desfogue del agua turbinada proveniente de la casa de máquinas, su caudal ha aumentado en 12,5 m³/s. La rapidez del agua turbinada ocasiona que el lecho del antiguo riachuelo se erosione y que partículas que estaban en reposo se levanten, lo cual satura con sedimentos al Balaquepe y, por tanto, el agua ya no es apta para el consumo humano. Entonces, el Balaquepe ya no podría constituirse en una fuente alternativa de agua para consumo directo e indirecto. En este caso, existe una violación del derecho al agua en razón de la calidad del recurso.

4. Responsabilidad estatal

El primer deber del Estado es el de **respetar** los derechos humanos. De acuerdo con la Corte IDH, “en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente (un derecho), se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto”¹⁹⁷. Este mismo organismo señala que cuando existe una violación a cualquier

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 julio 1988 (serie C, N° 4), párr. 169.

derecho humano, existe, necesariamente, una violación a este deber. Esto significa que si es que se configura la violación de cualquier derecho humano, existe, *prima facie* (a primera vista) una violación a este deber¹⁹⁸.

Como se probó, en párrafos anteriores, la violación al derecho al agua (en razón de la cantidad y la calidad de agua de la que disponen los/as habitantes de la zona), se puede concluir que existe, como consecuencia, una violación al deber de proteger los derechos humanos por parte del Estado ecuatoriano.

Otra de las obligaciones que tiene el Estado es la de **proteger** los derechos humanos: el Estado debe vigilar que terceros que operen dentro de su territorio no violen los derechos fundamentales de las personas que viven en él (nacionales o extranjeras). De acuerdo con la Corte IDH, el Estado podrá ser considerado responsable, no por el hecho violatorio en sí, “sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla”¹⁹⁹.

En el caso concreto del Ecuador, existen una serie de garantías a la hora de proteger el derecho al agua. Entre éstas constan la licencia ambiental, el permiso del CONELEC y la adjudicación del caudal por parte de la Agencia de Aguas correspondiente. El Estado ha previsto mecanismos para evitar la violación del derecho al agua; mecanismos que no son del todo eficaces si es que no cuentan con un seguimiento y vigilancia estatal posterior. De manera que es obligación del Estado vigilar que se cumplan con estos requisitos en cada situación concreta.

¹⁹⁸ Véase Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 162 y 164; *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 enero 1989 (serie C, N° 5), párr. 171 y 173.

¹⁹⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 172.

EL DERECHO AL AGUA

En el caso que atañe este estudio, era necesario que Hidroabánico S.A. contara con los documentos mencionados para el desarrollo del proyecto. Para la primera etapa, la compañía cumplió con este requisito. En cuanto a la segunda etapa, la empresa aún no contaba con la resolución de la Agencia de Aguas de Cuenca²⁰⁰, a pesar de ello, comenzó la ampliación del proyecto. El Estado no se pronunció al respecto sino que permitió que las obras civiles continuasen (la resolución fue emitida posteriormente al comienzo de las obras de ampliación). Debido a la omisión estatal, se irrespetaron aquellas garantías previstas para la defensa del derecho al agua.

La actuación de Hidroabánico S.A. trae consigo una violación al derecho al agua, por lo que el Estado es responsable ya que incumplió con su deber de protegerlo.

Como ya se mencionó, otro de los deberes que tiene el Estado con respecto a los derechos humanos es la **obligación de progresividad** cuya contraparte es la **prohibición de regresividad**, según la cual el Estado no puede adoptar arbitrariamente una medida que implique un retroceso en el ejercicio de un derecho fundamental. En el caso del derecho al agua, le está prohibido adoptar medidas que impliquen un retroceso con respecto del estado en el cual se encontraba el ejercicio de este derecho.

De acuerdo con el EIAD de ampliación, el caudal medio del río Abánico es de 14 m³/s. Antes de la construcción de la central, las poblaciones aledañas podían disponer de esta cantidad de agua. Con la terminación de la primera etapa del proyecto, el caudal del Abánico se vio disminuido en 5 m³/s. La población disfrutaba entonces de 9 m³/s. Con la adjudicación de 6,5 m³/s, por parte de la

²⁰⁰ Véase CONELEC, Memorando N° DS-06-380 (17 mayo 2006), suscrito por el Director de Supervisión y Control.

MARÍA-HELENA CARBONELL YÁNEZ

Agencia de Aguas de Cuenca, el caudal restante es de 2,5 m³/s²⁰¹. De este modo, existe un claro retroceso en cuanto a la cantidad de agua de la que disfrutaba las poblaciones en cuestión.

Existía una situación en la que ejercicio del derecho al agua era mejor que aquella posterior al desarrollo del proyecto. Se concluye que sí existe una regresividad en ejercicio del derecho al agua en razón de la cantidad de agua.

De esta manera, podemos concluir que:

1. El agua es un derecho fundamental en el que se puede identificar el contenido mínimo del derecho y las obligaciones del Estado.
2. El derecho al agua, en el caso Abanico, se ha vulnerado por parte del Estado al no hacer respetar el contenido mínimo del este derecho.

²⁰¹ Véase Agencia de Aguas de Cuenca, Resolución del 10 octubre 2006.

**EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
COMO HERRAMIENTA PARA FUNDAMENTAR
ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL
EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES**

Javier Dávalos González

SUMARIO

Introducción. I. El amparo como recurso efectivo para la garantía de derechos sociales. II. El acceso a la información y la acción de amparo. III. Estudio de caso: el derecho a la vivienda y el desalojo. IV. Conclusiones.

Introducción

Todos los derechos humanos deben tener las garantías necesarias para su real protección y efectiva exigibilidad. Un mecanismo para hacer justiciables los derechos es la acción de amparo constitucional, aunque su aplicación para el litigio de los Derechos Económicos Sociales

y Culturales (DESC) no ha tenido un considerable desarrollo en el litigio constitucional de nuestro país.

A pesar de la existencia formal de esta garantía, la tarea de los diferentes actores del mundo jurídico (jueces/as, abogados/as, ciudadanos/as) está todavía en pañales frente a las necesidades de la sociedad, y es deber de todos encontrar alternativas o herramientas que hagan efectivo el mecanismo que establece la Constitución para exigir nuestros derechos. Entre estas herramientas, podemos señalar a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), que regula el ejercicio del derecho de acceso a la información en el Ecuador.

Según Abramovich y Courtis, la “amenaza potencial al ejercicio de derechos fundamentales, o bien la necesidad de prevenir su frustración dada la consumación de un hecho, requiere la posibilidad de acceder a la información que pueda anticipar la ocurrencia de daños de difícil reparación posterior [...] La conceptualización del acceso a la información como un derecho y la consiguiente obligación estatal respecto a todos los derechos, entre ellos los sociales, amplía sus posibilidades de justiciabilidad”²⁰².

Iniciamos este estudio con un breve análisis del amparo como recurso efectivo para la garantía de derechos fundamentales. Revisaremos los principales problemas y obstáculos que ha tenido el litigio de los DESC a través de la acción de amparo.

En segundo lugar, estableceremos la utilidad del ejercicio del derecho al acceso a la información pública como una herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional para la protección de derechos humanos.

²⁰² Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía*, Editores del Puerto, 2006, p. 176.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

Por último, analizaremos un caso paradigmático, en el que se pudo encontrar violaciones a los derechos a la vivienda y a la no discriminación. Este caso pudo fundamentarse con peticiones de acceso a la información y pudo exigirse a través del amparo constitucional.

I. El amparo como recurso efectivo para la garantía de derechos sociales

La normativa internacional obliga al Estado a ofrecer a todas las personas los instrumentos adecuados para garantizar la totalidad de sus derechos fundamentales, esto ha servido de base para la institución procesal del amparo, que no es más que un recurso sencillo y breve, cuyo objeto es la tutela de los derechos humanos²⁰³.

La doctrina coincide en que la acción de amparo es una de las medidas jurídicas que la Constitución pone a disposición de los habitantes para impedir que sus derechos sean violados, lo mismo que para hacer cesar la violación cuando esto sea posible y, por último, para reclamar los perjuicios que se les ocasionare con los actos u omisiones que violaren sus derechos²⁰⁴.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos proporciona algunos elementos de juicio para precisar las características fundamentales que deben tener las garantías judiciales, entre ellas el amparo. El punto de partida del análisis debe ser la obligación que está a cargo de todo Estado Parte en la Convención de respetar los derechos y libertades reconocidos en

²⁰³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 25.

²⁰⁴ Véase por ejemplo Trujillo Julio César, "La acción de amparo constitucional" en *Garantías Constitucionales*, INREDH, Punto Digital, 2000, pp. 251-254.

ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción²⁰⁵.

De esa obligación se deriva el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Según los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los elementos que resultan indispensables para que una garantía sea adecuada son: idoneidad, generalidad, rapidez, sencillez y eficacia.

Una acción de amparo es **idónea** cuando se cumplen dos requisitos: un diseño de recurso de acuerdo con la urgencia de la violación y a los parámetros del Derecho Internacional, y un órgano especializado que decida sobre él.

El parámetro de **generalidad** se cumple cuando el objeto de protección de la acción es la totalidad de los derechos fundamentales.

La acción es **rápida** cuando, por el tipo de derecho que se afecta, se establecen plazos cortos y ágiles para su trámite. Los plazos previstos se cumplen, sin dejar de lado obligaciones legales como la motivación y la etapa probatoria.

El recurso es **sencillo** cuando el procedimiento permite una amplia posibilidad de legitimación activa, establece pocos requisitos para la petición y permite la procedencia de la demanda siempre que existan violaciones de derechos.

²⁰⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1(1).

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

Finalmente, y como consecuencia de todo lo anterior, un recurso o acción de amparo es eficaz cuando cumple la función para la que fue diseñado: reparar, oportuna y racionalmente, las violaciones de derechos fundamentales.

Ahora, demos una mirada crítica a los principales problemas para el litigio de los derechos sociales a través del amparo en nuestro ordenamiento jurídico, y señalemos algunas oportunidades que podemos encontrar, mediante la utilización de peticiones de acceso a la información pública, para subsanarlos.

En el Ecuador, el mecanismo procesal de defensa y protección efectiva de los derechos subjetivos garantizados en la Constitución Política es la acción de amparo, que en teoría se trata de un mecanismo ágil y sencillo, que tenemos las personas para demandar por la violación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y colectivos²⁰⁶.

El recurso de amparo está reconocido por nuestra ley suprema como una garantía de los derechos, pero está lejos de ser un mecanismo previsto para la tutela de **derechos de incidencia colectiva**, como son la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales. Su exigibilidad judicial todavía encuentra obstáculos procesales derivados del hecho de que las acciones judiciales determinadas por el ordenamiento jurídico —como la acción de amparo— han sido diseñadas para la protección de los derechos individuales.

En ese sentido, Rafael Oyarte opina que “si bien la acción de amparo ha sido quizá la acción constitucional que mayor auge ha tenido en el Ecuador, esta todavía no ha llegado a ser aquel

²⁰⁶ Véase Pólit Montes de Oca Berenice, *El amparo constitucional: su aplicación y límites*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, pp. 56-57.

mecanismo insustituible en su eficacia para la protección de los derechos subjetivos constitucionales y básico para la vigencia del Estado de Derecho”²⁰⁷. Veamos si se produce, mediante el análisis de los parámetros citados, la confirmación de esta afirmación.

a. Respeto a la idoneidad del recurso

La competencia ordinaria para conocer amparos la tienen los jueces de lo civil o tribunales de instancia (Cortes Superiores o Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal) del lugar donde produce sus efectos el acto impugnado o en el que fue dictado. La competencia extraordinaria —fuera del horario de atención de los antes mencionados y en días feriados— la ejercen los jueces y tribunales penales de turno de las mismas jurisdicciones²⁰⁸. La Carta Política prohíbe la inhibición del conocimiento de esta acción por parte de los jueces. Sin embargo, los jueces sí pueden inadmitir —y así lo hacen— amparos por varios motivos, lo cual limita el análisis de la violación de los derechos²⁰⁹.

Berenice Pólit manifiesta que “con un sentido crítico, debemos reconocer que nuestros jueces ordinarios, que se convierten en jueces constitucionales, tienen ciertas limitaciones al no recurrir a la interpretación desde la Constitución, la cual debería constituir su guía orientadora en todas las resoluciones que adopten y tenerla como referente en valores y principios que de ella emanan”²¹⁰.

Debemos recordar que, desafortunadamente, los jueces de primera instancia no tienen el tiempo ni el perfil profesional adecuado para conocer amparos, ya que como tarea principal resuelven temas civiles, penales y administrativos, y su formación,

²⁰⁷ Oyarte Martínez, Rafael, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, 2005, p. 14.

²⁰⁸ Ley de Control Constitucional, art. 47.

²⁰⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 95.

²¹⁰ Pólit Montes de Oca Berenice, op. cit., p. 16.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

experiencia y aplicación del derecho no es suficiente para solucionar los conflictos jurídicos con relevancia constitucional²¹¹.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que representa los fallos del máximo órgano de control constitucional, en gran medida ha puesto más límites a esta acción, debido a la limitada interpretación que se le ha dado al texto constitucional y a la Ley de Control Constitucional²¹².

De este modo en nuestro país, con excepción del derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos económicos, sociales y culturales es verdaderamente escasa.

El hecho de no tener jueces que hagan reflexiones desde el Derecho Constitucional para la decisión de estos casos, podría convertir al amparo en una acción no apropiada para proteger derechos sociales. Estas críticas contribuyen a cuestionar la idoneidad de nuestro amparo, tal como está diseñado, para proteger derechos económicos sociales y culturales.

b. Respeto a la sencillez y rapidez del recurso

Para presentar una acción de amparo constitucional se debe cumplir muchos requisitos, los cuales hacen muy complicado que la “demanda” sea aceptada por los juzgados. El trámite y la sacralidad de las formas es tan importante que el archivo suele ser una prioridad. No importa la gravedad de los hechos ni los derechos humanos implicados²¹³.

²¹¹ Véase Ávila Santamaría, Ramiro, *Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento*, p. 8, Internet. <http://www.uasb.edu.ec> Acceso: 20 julio 2007.

²¹² Véase Oyarte Martínez, Rafael, op. cit., p. 14.

²¹³ Véase Ávila Santamaría, Ramiro, op. cit., p. 11.

De esta manera, si no se señala el nombre o lugar de la citación del funcionario público (aunque sean de conocimiento público), si no se lleva personalmente la notificación o si es que no se justifica la postergación de la audiencia, se declara el archivo sin que sea posible presentar apelación alguna.

Según Hernán Salgado los requisitos para plantear un amparo son: acto u omisión ilegítimos que provenga de autoridad pública o de particulares —sólo en ciertos casos—, la violación de un derecho fundamental y el daño grave e inminente que esto ocasiona²¹⁴. El actor debe probar la existencia de estos requisitos solamente para que la acción sea procedente, ya que el Tribunal Constitucional afirma que éstos deben constar en la demanda, pues según su jurisprudencia son verdaderos requisitos para su procedencia e incluso su admisión a trámite.

Así, para accionar un amparo se debe especificar la autoridad o persona de la que emana el acto u omisión y “para que un acto de autoridad sea calificado como tal, debe haber sido dictado por esta de modo unilateral, en relación de subordinación respecto del destinatario del acto, en ejercicio de su facultad de imperio”²¹⁵. Esta autoridad pública debe determinarse con el fin de que acuda a la audiencia y argumente respecto a su actuación.

Después de probar la existencia del acto u omisión que viole los derechos de las personas, es necesario determinar que éstos carecen de legitimidad. Ilegítimo quiere decir que ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o que se lo haya hecho violando los procedimientos señalados por el orden jurídico, que su contenido sea contrario a dicho ordenamiento o que se lo haya dictado sin la suficiente motivación²¹⁶. Así, para

²¹⁴ Véase Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 78-81.

²¹⁵ Oyarte Martínez, Rafael, *op. cit.*, p. 74.

²¹⁶ Véase Oyarte Martínez, Rafael, *op. cit.*, p. 79.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

demostrar la ilegitimidad de un acto u omisión, se debe analizar varios elementos: competencia para la emisión del acto, forma o procedimiento, contenido, motivación, causa y objeto del acto²¹⁷. Basta que se produzca sólo una de estas causas para que se configure la ilegitimidad.

Demostrar la existencia del daño es indispensable para plantear un amparo constitucional en el Ecuador. Si existe un daño a los derechos fundamentales, la Función Judicial debe actuar; si ese daño no existe, no se la debe activar. El daño debe cumplir los siguientes requisitos: debe ser actual —presente— u ocurrir en un futuro inmediato—inminente-; además, debe ser previsto con certeza y no ser una mera conjetura.

Seguimos con más requisitos: debe ser concreto y real, y el afectado debe precisar en qué medida lo perjudica. En otras palabras, en nuestra legislación el daño tiene que cumplir dos calificativos que hacen que el amparo se vuelva restrictivo: debe ser inminente —lo cual ha sido interpretado como una vinculación temporal.

Según la jurisprudencia del TC, el amparo no procede cuando el daño se ha consumado, cuando han transcurrido más de tres meses del acto u omisión ilegítimos o cuando el daño es eventual o remoto²¹⁸. Rafael Oyarte cita jurisprudencia de este Tribunal en que se ha llegado a decir que la inminencia y el daño grave “se diluyen con el paso de los meses (no hablemos de años), es decir, pierden su fundamento real y, en este contexto, la acción de amparo pierde su razón de ser”.

²¹⁷ Véase Pleno del Tribunal Constitucional, Resoluciones No. 0005-2003-RA, 0012-202-RA, citado por Oyarte Martínez Rafael, op. cit., p. 80.

²¹⁸ Véase Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 333-RA-01-I.S., Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463-2003-RA; Resolución N. 0487-2003-RA, Tribunal Constitucional, Resolución N. 020-RA-00-I.S., citado por Oyarte Martínez, Rafael, op. cit., pp. 127, 128.

También se solicita como requisito que el daño sea grave, es decir, que la acción u omisión produzca un efecto grande, cuantioso o casi permanente²¹⁹. A criterio de Ramiro Ávila Santamaría, “la garantía judicial protege, por tanto, no todas las violaciones de derechos humanos que se producen sino las que, subjetivamente apreciadas, reúnen requisitos que son altos. Esta regulación tiene sentido cuando existen otros procedimientos de conocimiento, en el que se puedan tratar violaciones de derechos que sean leves y remotas o consumadas. Pero estos procedimientos, salvo los casos de derechos patrimoniales o penalmente protegidos, no existen. Entonces, la regulación se torna restrictiva”²²⁰.

c. Respeto a la generalidad del recurso

El amparo protege los derechos fundamentales que están consagrados en la propia Constitución o en un instrumento internacional del cual el Ecuador sea parte, o incluso otro derecho “que se derive de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”²²¹. Esto es lo que en doctrina se conoce como norma abierta, que busca a toda costa la protección de los derechos humanos²²². De esta forma se sientan las bases para que la acción de amparo proteja los derechos sociales al igual que los civiles y políticos.

Coincidimos con Rafael Oyarte en que la acción de amparo constitucional en el Ecuador tiene, al menos en teoría, una concepción amplia respecto al derecho fundamental violado, ya que

²¹⁹ Véase Tribunal Constitucional, Resolución N. 001-RA-99-I.S., Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 438-2000-RA, citado por Oyarte Martínez, Rafael, op. cit., pp. 125, 169.

²²⁰ Ávila Santamaría, Ramiro, op. cit, p. 10.

²²¹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 95.

²²² Véase Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, p. 80.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

el único límite que impone es que se trate de un derecho fundamental.

d. Respecto a la eficacia del recurso

Muchos de los problemas para la utilización del amparo como mecanismo idóneo están vinculados con el carácter colectivo de algunos reclamos, derivado de las características propias de este tipo de derechos, que analizamos a continuación.

Sabemos que “en la práctica, existen derechos que no se adecuan a la teoría clásica del derecho subjetivo y, por tanto, no podrían ser exigibles. Por ejemplo, los derechos sociales y los derechos colectivos; piénsese en un desabastecimiento de vacunas en una zona rural, donde nadie conoce sobre su titularidad de derechos, ni sobre las obligaciones del Estado y peor sobre el amparo. Mucho más, cuando los estándares del TC exigen vulneración directa a los derechos de los accionantes”²²³. Esto nos lleva a analizar el problema de la legitimación activa.

De acuerdo con nuestro orden jurídico, el recurso de amparo sólo lo puede interponer el ofendido o perjudicado por sí mismo. La Constitución ecuatoriana sólo considera la legitimación activa de una persona por sus propios derechos, para la protección, precisamente, de sus derechos individuales²²⁴. Si el accionante no demuestra que el acto reclamado afecta de forma directa sus derechos, la demanda es improcedente y el juzgador al momento de resolver la debe rechazar²²⁵.

El Tribunal Constitucional dice que “el efecto del amparo, de constatarse los elementos de procedibilidad, es la tutela de los

²²³ Ávila Santamaría, Ramiro, op. cit., p. 9.

²²⁴ Véase Oyarte Martínez, Rafael, op. cit., p. 30.

²²⁵ Véase Pólit Montes de Oca Berenice, op. cit., p. 63.

derechos, a través de la suspensión del acto impugnado y, consecuentemente, que la autoridad de la que emanó el acto remedie los daños causados a los afectados, lo cual no puede realizarse respecto de quien no ha justificado su derecho”²²⁶. Así, solo el titular actual del derecho que se pretende vulnerado puede presentar la acción.

En el Ecuador, a diferencia de muchas jurisdicciones, por ejemplo la chilena o la argentina, no se ha previsto la posibilidad de que cualquier persona imponga el amparo a favor de otra. En este caso el amparo simplemente se inadmite por falta de legitimación activa: en el Ecuador se inadmitió una acción de amparo constitucional en el caso del Programa de Alimentación Escolar, que no llegó a ser litigado ya que nuestra legislación y la práctica procesal no aceptan que una persona represente a un grupo de niños y niñas que se quedaron sin desayuno ni almuerzo escolar y que no deseaban que sus nombres figuraran en la demanda por miedo a represalias²²⁷.

La violación general al derecho a la salud, por ejemplo, en nuestro sistema no podría plantearse como una acción particular, encabezada por un titular individual, que alegue una violación producida por la no producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o salud de varias personas, ya que no existiría legitimación activa.

Mientras tanto, en otros países es posible litigar un caso como el de la “Asociación Benghalensis”²²⁸ de Argentina, en donde

²²⁶ Pleno del Tribunal Constitucional, Resolución No. 0401-2004-RA, citado por Oyarte Martínez, Rafael, op. cit., p. 90.

²²⁷ Véase Avila Santamaría, Ramiro, “La inversión social y el Estado: un estudio de caso sobre la exigibilidad en el Ecuador”, Internet. <http://www.uasb.edu.ec> Acceso: 20 julio 2007.

²²⁸ Véase Abramovich, Víctor y Christian Curtis, *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, 2006, p. 115.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

la legitimación activa no fue un obstáculo para el litigio del caso — mediante un amparo colectivo— donde un representante de una asociación pudo representar y comparecer a nombre de un grupo de personas que reclamaban atención en salud.

Ante esto, nuestro instrumento procesal resulta limitado para exigir judicialmente estos derechos, lo que exige imaginar reformas que lo conviertan en un instrumento procesal apto para llevar a cabo estos reclamos, o buscar, como bien propone Luigi Ferrajoli, que la legitimación activa sea ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos²²⁹.

Después de este análisis general de nuestra acción de amparo con relación a las características ideales que impone el Derecho Internacional, no nos queda más que afirmar que ésta es una herramienta que se ha tornado ineficaz. El juez, cuando llega a analizar el recurso y no lo inadmite por algún formalismo, simplemente concede o niega el amparo, sin señalar explícitamente las medidas adecuadas y necesarias para reparar la violación, ni las autoridades encargadas de ejecutarlas, menos aún dicta plazos para tales medidas.

Como resultado, estas sentencias —¿resoluciones?— no reparan de ninguna manera a las personas que han sufrido violaciones a sus derechos, no las restituyen a su situación anterior y mucho menos determinan una justa indemnización para ellas.

En este marco de ineficacia, nos preguntamos, ¿cómo la utilización del derecho de acceso a la información pública puede solventar algunas de estas deficiencias del diseño y problemas de la

²²⁹ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 917-918.

puesta en práctica de nuestra acción de amparo constitucional? Ensayamos una respuesta a estas interrogantes a continuación.

II. El acceso a la información y la acción de amparo

a. El derecho de acceso a la información

El acceso a la información pública es considerado como un derecho fundamental de las personas²³⁰.

Este derecho recoge lo que se conoce como principio de publicidad de la información, por el que “toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la formación tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades [...] están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”²³¹.

Trasladado a la práctica, el derecho de acceso a la información no es más que la facultad de conocer, por un lado, la información pública que se entrega de oficio, sin necesidad de solicitarla a las instituciones que la produce; y por otro, la

²³⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, 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 [...] 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”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 13 (1): “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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”.

²³¹ Véase Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art.3.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

información a petición de parte, que a pesar de no estar incluida en la información de oficio, es pública, por lo cual cualquier persona puede solicitar y obtener su examen y reproducción²³².

Así, el principio de publicidad de la información puede exponerse de dos formas: desde el punto de vista del Estado, en la obligación de producir información sobre sus actos y ponerla a disposición; y desde el punto de vista de la ciudadanía, en el derecho de acceder a dicha información.

Específicamente, en cuanto a los DESC, el Estado tiene la obligación de poner a disposición de los ciudadanos/as información sobre el estado de la situación de los derechos y el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas²³³.

b. El acceso a la información para fundamentar amparos

El objetivo de este apartado es señalar las conexiones entre acceso a la información y derechos sociales, así como las posibilidades de empleo de la información pública para la exigibilidad de estos derechos a través de la acción de amparo.

Debemos empezar por recordar que todo derecho para ser conocido, ejercido y —en caso de violación o peligro de violación— demandado, requiere de información, ya que sin ella el derecho no se conoce, por tanto no se respeta ni se lo ejerce adecuadamente y mucho menos se lo puede exigir de una manera eficaz e idónea.

Según el criterio de Abramovich y Courtis, “tal vez la característica fundamental de la información, es su carácter de

²³² Véase Villanueva, Ernesto, "La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública", en *Derecho Comparado de la Información* (México), Revista UNAM, No. 5, enero – junio 2005.

²³³ Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, op. cit., p. 192.

medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos”²³⁴. Para estos autores, la información tiene un valor propio como derecho —que analizamos anteriormente— y un valor instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos.

Con base en ese argumento, la utilización de peticiones de acceso a la información para recabar información oficial es un elemento de gran ayuda para entablar una acción de amparo constitucional, ya que en determinadas circunstancias, nos permite establecer si un acto es o no ilegítimo, si fue realizado o no por una autoridad pública, si un particular es concesionario de un servicio público, si un acto está produciendo o no efectos jurídicos.

Con el fin de fundamentar una petición dentro de un proceso de amparo constitucional para la protección de un derecho fundamental, es condición necesaria la disposición de información, sólo de esta manera se puede probar la existencia del acto o la posibilidad de la violación.

Ante el cúmulo de requisitos y formalidades necesarias para un escrito de amparo constitucional, el uso de peticiones de acceso a la información pública puede coadyuvar a solucionar algunos problemas de forma y fondo de la petición.

Como vimos anteriormente, para poder entablar un amparo se debe demostrar que las violaciones de derechos humanos se producen por acciones u omisiones ilegítimas del Estado, o en algunos casos, de particulares. En la mayoría de veces, las pruebas necesarias están bajo el control y manejo exclusivo de éstos. En estas circunstancias, el derecho al acceso a la información y el principio de publicidad cobran particular importancia para el litigio constitucional.

²³⁴Ibídem, p. 172.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

De esa manera, con información oficial —incluso certificada— de las entidades públicas, es posible probar la existencia de actos u omisiones ilegítimas, la presencia de daño a los derechos de las personas o la amenaza real de que este se produzca. Podremos también saber cuál es la autoridad que debe responder por ese acto u omisión.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP) consagra la posibilidad de que el interesado/a en acceder a la información pública pueda hacerlo mediante solicitud escrita ante el/la titular de la institución en cuestión.

Eso la convierte en un mecanismo de control institucional, frente a autoridades o particulares, cuya situación de poder les permitiría la violación o puesta en peligro de derechos humanos, y particularmente sociales, como la vida, la salud, el trabajo, la educación o la vivienda²³⁵.

Es necesario recordar que las instituciones obligadas por la LOTAIP, es decir aquellas que disponen de la información catalogada como pública, deben contestar todas las peticiones de acceso que se les plantee. Para presentar este tipo de solicitudes a las instituciones del Estado o a los particulares obligados para que entreguen cualquier información, deben cumplirse solamente dos requisitos: especificar quién solicita la información y cuál es la información solicitada²³⁶.

Por esta razón, acudir a las instituciones públicas o particulares que violen o puedan violar derechos fundamentales de las personas, puede resultar una grata tarea a la hora de recabar

²³⁵ Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *op. cit.*, pp. 174-175.

²³⁶ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 19.

pruebas para fundar una demanda, ya que al estar obligadas a proporcionar la información solicitada, las víctimas o posibles víctimas de la violación logran proveerse de los instrumentos necesarios para iniciar una acción de protección.

La información oficial recopilada por medio de peticiones de acceso a la información permite así establecer de forma objetiva la existencia de una violación o peligro real de esta, por lo que constituye una herramienta real para reconstruir los hechos de un caso.

Una de las formas de enfrentar el reto de hacer de la LOATIP una norma efectiva, es su razonable y progresiva utilización y por tanto cumplimiento, de esto depende que esta ley no quede en buenas intenciones y al mismo tiempo que la acción de amparo constitucional sea más eficaz a la hora de proteger los derechos de las personas.

III. Estudio de caso: el derecho a la vivienda y el desalojo

a. Los hechos

Diez familias de escasos recursos, inquilinos de un inmueble ubicado en las calles Morales 814 y Guayaquil, del barrio La Ronda de la ciudad de Quito, pretendían ser desalojadas de su hogar por autoridades de la Administración Centro del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y de las empresas Fondo de Salvamento (FONSAL) y Quitovivienda, con el fin de readecuarlo.

Desde el día 31 de mayo de 2005, los funcionarios de esas entidades habían insistido a ese grupo de inquilinos para que desocupen el inmueble, sin poseer ningún documento que acredite su derecho a desalojarlos. De haberse concretado esas amenazas de desalojo por parte de las autoridades mencionadas, esas personas de

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

escasos recursos hubieran tenido que salir a la calle, ya que no se les había ofrecido ninguna alternativa real, eficaz e idónea para su reubicación.

El Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador recibió a los inquilinos de ese inmueble, quienes solicitaron asesoría jurídica debido a la amenaza de la violación de sus derechos, lo que obligaba a actuar de manera urgente —por lo que se recomendó la acción de amparo— para evitar este grave daño a su dignidad humana.

De concretarse esas acciones se violaría su derecho a la vivienda, que entra en la clasificación de un derecho de tipo económico, social y cultural. Esas familias son titulares de este derecho ya que habitan legítimamente en el inmueble desde hace un promedio de 14 años, con base en diferentes contratos de arrendamiento, y hasta el momento del supuesto cambio de dueño del inmueble y el inicio de las solicitudes de desalojo, han pagado los cánones de arrendamiento.

La empresa Quitovivienda les había dado la “opción” de comprar o alquilar casas cuyos costos promedian USD \$ 5.000 de entrada y USD \$ 250 de cuota mensual²³⁷, pero esas personas no podían pagar los valores solicitados debido a sus bajos ingresos. Este ofrecimiento no tomó en cuenta la situación de pobreza de las familias, lo que convirtió a estas opciones en inadecuadas y, por tanto, inaplicables para la solución del caso.

Algunas de las familias que habitaban ese inmueble lo han abandonado voluntariamente, al contar con los recursos económicos necesarios para ir a otro lugar; en cambio, las familias

²³⁷ Centro de Derechos Humanos PUCE, Expediente caso la Ronda, fs.53, Quito, enero 2007.

JAVIER DÁVALOS GONZÁLEZ

que todavía están en esa casa, por su bajo poder adquisitivo, quedarían en la calle si se producía el desalojo.

Finalmente, la acción fue presentada el 8 de junio de 2007, y le correspondió en sorteo al conocimiento del Juez Noveno de lo Civil de Pichincha, que la archivó por falta de una formalidad: no haber juramentado que la acción no se había presentado en otra instancia judicial.

La acción se presentó nuevamente el 18 de junio de 2007 y le correspondió en sorteo y fue aceptada por la Juez Vigésimo Tercera de lo Civil de Pichincha.

b. Utilización del derecho al acceso a la información

Con el fin de conocer los hechos y tener pruebas de los mismos, se realizaron varias peticiones de acceso a la información, dirigidas a las instituciones encargadas de la protección del derecho a la vivienda de esas personas, así como a aquellas que pretendían vulnerarlo.

Así, en petición de acceso a la información presentada al Gerente de la empresa Quitovivienda, el 19 de enero de 2007, se solicitó copias certificadas de la escritura de compraventa del inmueble ubicado en las calles Morales 814 y Guayaquil, con su respectiva inscripción en el Registro de la Propiedad, así como copia de la demanda de desahucio del mismo inmueble, presentada ante el Juez de Inquilinato, que eran los únicos documentos que acreditarían el inicio de un proceso legal de desahucio.

Mediante oficio No. 0000591 de 31 de enero de 2007, dirigido a la Clínica (ahora Centro) de Derechos Humanos de la PUCE, en contestación a esta petición de acceso a la información, el Arq. Carlos Pallares, director Ejecutivo del FONSAI, reconoció que esta institución —ni ninguna otra de las implicadas— posee la

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

escritura de compraventa del inmueble debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, ni la respectiva demanda de desahucio ante Juez de Inquilinato²³⁸.

De igual forma, en el oficio No. 0001960 de 9 de abril de 2007, dirigido a la señora María José Punina, concejala del Distrito Metropolitano de Quito, ese mismo funcionario afirma que el descuido en la legalización de la escritura de compraventa de ese inmueble por parte de Quitovivienda ha impedido realizar el desalojo.

También se solicitó al Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, el 19 de enero de 2007, copias certificadas de las Ordenanzas Metropolitanas Nos. 0187 y 046, relativas al Sistema de Gestión Participativa en lo referente a desalojos de inmuebles. Esta petición fue oportuna y correctamente contestada, con lo que tuvimos acceso a las copias certificadas de estas normas.

Por último, debido a que también se había iniciado un proceso al interior de la Defensoría del Pueblo, se solicitó a este organismo el día 23 de enero de 2007, una copia del expediente del caso de desalojo del inmueble del barrio La Ronda. Esta petición fue negada el día 13 de febrero 2007, ya que el proceso se encontraba en etapa de mediación, y la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta que la información de un proceso de este tipo es confidencial y sólo se entrega a petición de una de las partes, y no a terceros, como en este caso era la Clínica (ahora Centro) de Derechos Humanos de la PUCE.

c. Análisis jurídico

Una vez analizados cada uno de los múltiples requisitos, el Centro de Derechos Humanos de la PUCE recomendó interponer

²³⁸ Véase oficio No. 0000591 (31 enero 2007), dirigido a la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, en contestación a una petición de acceso a la información pública realizada el 19 enero 2007.

una acción de amparo que proteja de manera urgente los derechos de esas 14 familias de escasos recursos, entre las que existen mujeres embarazadas, niños, niñas y personas de la tercera edad²³⁹, por lo que, con la información obtenida, se elaboró un escrito de amparo constitucional para defender los derechos a la vivienda y a la no discriminación de esas familias.

1. Derecho a la vivienda adecuada

Las familias que habitan el inmueble ubicado en la calle Morales 814 y Guayaquil del barrio La Ronda son titulares del derecho a la vivienda, pues habitan en él alrededor de 14 años, con base en diferentes contratos de arrendamiento, y hasta el inicio de las solicitudes de desalojo, han pagado los cánones de arrendamiento. Si las amenazas de desalojo se llegasen a concretar, los miembros de estas familias no tendrán un lugar para habitar, ya que no se les ha ofrecido una alternativa acorde con sus posibilidades económicas.

La Constitución determina que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, y que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental, por lo cual es prioridad del Estado garantizar que este derecho sea efectivamente tutelado²⁴⁰.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiesta que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”²⁴¹

²³⁹ Centro de Derechos Humanos PUCE. Expediente caso la Ronda, Oficios No. QV-00000323.2005, 31 mayo 2005; No. QV-501-2005 de 1 agosto 2005, anexo 18 y 19, Quito.

²⁴⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 16 y Art. 32.

²⁴¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Art. 25. (La negrilla es nuestra.)

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifiesta en el mismo sentido que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda** adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”²⁴²

Ya que existe un gran número de niñas y niños que serán afectados por esta medida, cabe recordar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño (como lo es el Ecuador) reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, para lo cual adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la **vivienda**.²⁴³

La primera obligación del Estado respecto al derecho a la vivienda es la de respetar su normal ejercicio. Esta obligación proscribe los desalojos que no incluyan medidas alternativas adecuadas de realojamiento para los afectados²⁴⁴. Más adelante, cuando analicemos el siguiente derecho vulnerado, veremos en detalle por qué las “opciones” dadas por Quitovivienda no son adecuadas para los actores de este amparo.

De la misma manera, el Estado debe proteger de este tipo de violaciones cuando provienen de agentes privados o de empresas que a menudo —como en este caso— actúan en conveniencia con autoridades públicas, como Quitovivienda y FONSAL con el Municipio de Quito. Las instituciones y particulares quedan

²⁴² PIDESC, Art. 11(1). (La negrilla es nuestra.)

²⁴³ Véase Convención de los Derechos del Niño, 1989, Art. 27(3).

²⁴⁴ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: *La índole de las obligaciones de los Estados partes*, 1990.

obligados al respeto del derecho, sobre todo en situaciones que afecten a grupos vulnerables. Cabe recordar que dentro de este grupo de personas están siendo afectados una mujer embarazada, 13 niños y niñas y al menos 2 personas de la tercera edad.

En tercer lugar, el Estado está obligado a garantizar un mínimo establecido para no violar los derechos sociales de las personas. Este nivel mínimo se define como la obligación de dotar de **vivienda adecuada**, y tomar todas las medidas posibles hasta el máximo de sus recursos encaminadas a ello, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades urgentes. Corresponde al Estado ante un reclamo concreto como este, demostrar que se han realizado todos estos esfuerzos.

La Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU manifiesta que el carácter “adecuado” del derecho a la vivienda supone algunos elementos, entre ellos menciona la seguridad jurídica de la tenencia, la que según este órgano de control internacional puede adoptar diversas formas, desde **el alquiler**, la vivienda en cooperativa, el arriendo o los asentamientos informales. Lo que distingue a un derecho es la posibilidad de gozar de él con una cierta certidumbre, esto es, de manera estable y con inmunidad frente a alteraciones arbitrarias en su goce provenientes del Estado o del mercado. Esta seguridad protege al ocupante contra hostigamientos, desalojos, expropiaciones y traslados arbitrarios²⁴⁵.

2. Solución apropiada en caso de desalojo

Según el mismo Comité de DESC de la ONU, en su Observación General No. 7 relativa a desalojos forzosos, “los gobiernos se comprometieron a proteger a todas las personas contra

²⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4: *El derecho a la vivienda adecuada*, 1991.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; y cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras **soluciones apropiadas**²⁴⁶.

Tal como se emplea en la citada observación general, el término “desalojos forzosos” se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos²⁴⁷.

Gerardo Pisarello pone de manifiesto la gran importancia del derecho a la vivienda digna, al decir que es fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad. Incluso expone que la violación de este derecho “acarrea la de otros derechos fundamentales [...] el derecho a un empleo, que se torna difícil de asegurar y mantener, afecta al derecho a la salud, física y mental, dificulta el derecho a la educación, y menoscaba el derecho a la integridad física, a elegir residencia, a la privacidad o a la vida familiar”²⁴⁸.

Con estos antecedentes, podemos afirmar que existe un grave riesgo de violación al derecho a la vivienda adecuada de estas familias de escasos recursos por un acto de abuso de poder que pretenden realizar los funcionarios de las empresas FONSAL y Quitovivienda, auspiciados por autoridades municipales, que no han

²⁴⁶ Véase Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (A/CONF.165/14), anexo II, Programa de Hábitat, párr. 40. (La negrilla es nuestra.)

²⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos, 20/05/97, párr. 3.

²⁴⁸ Pisarello, Gerardo, "El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad", en *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Ed. Coyoacán, México D.F., 2003, p. 181.

brindado una solución apropiada, sino más bien una discriminatoria, tal como demostramos a continuación.

3. Derecho a la no discriminación

Las autoridades de la empresa Quitovivienda han manifestado que “están dispuestas a dar prioridad y preferencia a las carpetas de los inquilinos del inmueble para que puedan acceder a los programas de vivienda, dejando en consideración de las partes, que son las fiduciarias de las administradoras de los programas de vivienda y son ellos quienes asignarán los inmuebles, de reunir los requisitos solicitados”²⁴⁹.

Por su bajo poder adquisitivo, las familias que todavía habitan el inmueble, no pueden acceder a esta “opción” que les ha planteado Quitovivienda. Comprar o alquilar alguna de esas casas (cuyos costos promedian USD \$ 5.000,00 de entrada y USD \$ 250 de cuota mensual) lo cual es imposible para la mayoría de familias y, en otros pocos, al pagar los cánones solicitados estas familias no podrían pagar nada más, ni comida, ni salud, ni educación de sus hijos debido a sus bajos ingresos.

En una certificación emitida por el Director Nacional de Mediación de la Defensoría del Pueblo, se dice textualmente que “los representantes del FONSAL y de Quitovivienda ofrecieron presentar un estudio socio-económico actual de las familias que habitan en dicho inmueble; **su no presentación ha determinado que hasta la fecha no se arribe a acuerdo alguno**”²⁵⁰.

²⁴⁹ Acta de Audiencia Pública, DINATED-23124-PDJ-05, Dirección Nacional de los Derechos de la tercera edad y discapacidades de la Defensoría del Pueblo, Anexo 14 de la carpeta de la Ronda.

²⁵⁰ Certificación emitida por el Lic. Eduardo Zurita Gil, director Nacional de Mediación de la Defensoría del Pueblo, del 11 de enero de 2007. (El resaltado es nuestro).

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

Debido a la falta de este estudio se han hecho ofertas que además de inservibles son degradantes. Tal como lo manifiesta, por citar un ejemplo, la carta enviada al Gerente de Quitovivienda por el Gerente de COOVIAS —una de las empresas de vivienda que trabaja con el Municipio—, según la cual se debería “evitar desarraigarles (a los inquilinos) de su lugar de origen ya que han vivido ahí durante 18 años [...] y en vista de que no se ha podido lograr su inscripción en nuestro proyecto por razones económicas, remitimos a usted las carpetas que nos enviaron”²⁵¹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de [...] **posición económica** [...] o cualquier otra condición social.”²⁵²

Podemos seguir el planteamiento realizado por la Corte Interamericana a la hora de dictar su Opinión Consultiva No. 11 cuando razona: “La parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la *posición económica*. El sentido de la expresión *discriminación* que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.”²⁵³

²⁵¹ Oficio No. 123 AS del 28 de agosto de 2006, firmado por el señor Juan Carlos Clavijo, gerente de COOVIAS.

²⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1. (El resaltado es nuestro).

²⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, 10 agosto 1990, párr. 20.

De igual forma, podríamos afirmar que si una persona requiere de recursos económicos para habitar una vivienda digna como le garantiza la Convención y encuentra que su falta de dinero le impide hacerlo, queda discriminada por motivo de su posición económica frente a otras personas que por ejemplo si pudieron pagar una nueva vivienda y han salido del inmueble a partir de los pedidos de desalojo.

La Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, antes citada, establece que otro elemento para afirmar que una vivienda es “adecuada” es que los gastos habitacionales deben ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro y satisfacción de otras necesidades básicas. Una vivienda adecuada debe ser asequible para todas las personas, es decir, deben estar acordes a sus ingresos reales, pero Quitovivienda y el Municipio no tomaron en cuenta el supuesto estudio socioeconómico que realizó de esas familias.

Tenemos que tomar verdadera conciencia de que “el derecho a tener un hogar y a residir en él en paz, seguridad y dignidad no puede considerarse un lujo, un privilegio o un hecho afortunado para aquellos que pueden costearlo”²⁵⁴.

Según el Comité de DESC de la ONU “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.”²⁵⁵

²⁵⁴ Pisarello, Gerardo, op. cit., p. 183.

²⁵⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del Art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos, 20 mayo 1997, párr. 16.

EL AMPARO EN DERECHOS SOCIALES

En este caso, las autoridades de Quitovivienda y del Municipio amenazan el derecho a la vivienda digna, y no cumplen su deber de adoptar las medidas necesarias para preservar el derecho a la vivienda de esas personas, ya que el ofrecimiento de casas o departamentos de costos elevados constituyen una grave forma de discriminación, ya que esas familias de escasos recursos no pueden pagarlas. Como consecuencia de los actos antes citados, el derecho a la no discriminación se ha visto ampliamente vulnerado en virtud de que se pretende privar del derecho fundamental a la vivienda adecuada a 10 familias por el simple hecho de no tener dinero para costearla.

La acción de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de todos los derechos consagrados en la Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador²⁵⁶. En el presente caso, se busca la tutela efectiva del **derecho a la vivienda** y el **derecho a la no discriminación**, derechos constitucionalmente protegidos, que corren un gravísimo riesgo de ser violentados completamente con peligrosas consecuencias.

IV. Conclusiones

1. El recurso de amparo tiene una serie de requisitos formales y de fondo, que para ser solventados, requieren de la imaginación y creatividad de los actores jurídicos.
2. El derecho de acceso a información y las obligaciones que de él emanan para el Estado, ligadas a los DESC, amplían sus posibilidades de exigencia de cumplimiento por vía judicial.

²⁵⁶ Ley de Control Constitucional, Art. 46.

3. El acceso a la información pública es una herramienta útil para fundamentar acciones de amparo constitucional, ya que permite cumplir con algunos de los requisitos que los tribunales exigen para dar trámite a la petición. Entre estos requisitos podemos mencionar la indicación del acto o la omisión ilegítima, la indicación de la autoridad pública de la que esta emana, entre otros.
4. Las peticiones de acceso a la información son un mecanismo para demostrar la existencia de hechos e incluso de daños provocados por acciones u omisiones de parte del Estado, que están causando o pueden causar daños a los derechos sociales de las personas.
5. En el caso de desalojo se ha demostrado que existe un peligro real e inminente de violación a un derecho a la vivienda y a la no discriminación que provoca un daño, por lo que la acción de amparo fue procedente para tutelar los derechos de las personas que habitan el inmueble en mención.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO OBSTÁCULO PARA EL LITIGIO DE DERECHOS SOCIALES

Fidel Jaramillo Paz y Miño

SUMARIO

Introducción. I. El inaccess a la información: la experiencia, gastos suntuarios, la discriminación en las remuneraciones, igualdad de acceso y circulación en vías públicas para personas con discapacidades físicas, discriminación en la repartición de dinero a comunidades para solventar crisis volcánica, caso Programa “Aliméntate Ecuador”, caso Porta, desalojos arbitrarios, utilización inadecuada de fondos en el IESS. II. El inaccess a la información: los datos y las cifras. III. Conclusiones. IV. Recomendaciones.

Introducción

Este artículo enuncia desde las leyes y las prácticas el incumplimiento de los derechos sociales. Parte de varios estudios de

caso a los que aplica las normas planteadas en la Constitución y la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Parte también de una experiencia, que a manera de experimento, revela la dificultad, lo arbitrario y el componente fuertemente azaroso de la aplicación de nuestros derechos ciudadanos. Nos acercamos a ministerios, hospitales y municipios para buscar respuestas, como base para armar posibles casos de violación a derechos sociales. Experimentamos, paradójicamente, el obstáculo que significa ser sujeto de derechos y querer aplicarlos.

Para investigar sobre la violación de derechos sociales, frecuentemente se requiere acceder a la información pública; así procedimos para determinar si, como parecería evidente al abrir un periódico o mirar la realidad que nos rodea, podíamos configurar casos de violaciones a derechos humanos en el sistema jurídico ecuatoriano.

En el presente ensayo relataremos las experiencias y resultados de nuestra investigación, en cuyo proceso realizamos más de cuarenta peticiones, de las cuales nos propusimos fundamentar al menos cuatro casos. Por ello, responderemos las siguientes preguntas: ¿Qué buscábamos? ¿Qué peticiones presentamos? ¿De qué manera las presentamos? ¿Qué respuestas obtuvimos? ¿Qué no nos quisieron responder? ¿Logramos fundamentar casos de violación de derechos sociales?

En primer lugar relataremos nuestro intento de armar varios casos de violación de derechos sociales. Luego, analizaremos gráficamente las distintas respuestas que tuvieron las entidades estatales, y cuáles de éstas fueron útiles para nuestro propósito. Por último, esbozaremos algunas conclusiones sobre los patrones de comportamiento público frente al derecho de las personas al acceso a la información, y propondremos recomendaciones para evitar o, por lo menos, disminuir las dificultades y obstáculos que encontramos al querer ejercer este derecho.

I. El inaccessión a la información: la experiencia

La intención fue, basándose en el ejercicio del derecho al acceso a la información pública, conocer y fundamentar casos en los que existan violaciones a derechos económicos, sociales o culturales, para litigarlos y procurar su reparación por medio de acciones judiciales.

Para conocer qué información debíamos solicitar, partimos tanto de casos sobre los cuales teníamos conocimiento previo en el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), como de noticias difundidas por medios de comunicación, o de acontecimientos que vemos en nuestras rutinas cotidianas y parecen constituir violaciones a derechos sociales por parte del Estado. Así, procuramos utilizar nuestro derecho a realizar peticiones requiriendo información pública para encontrar evidencias y fundamentar los siguientes casos o situaciones.

1. Gastos suntuarios del Estado

Un Estado sólo puede esgrimir “la falta de recursos” para justificar el incumplimiento de las obligaciones mínimas²⁵⁷ —en cuanto a las obligaciones de prestación de los derechos humanos— cuando demuestra que en la práctica ha emprendido todos los

²⁵⁷ “Al respecto, los *Principios de Limburgo*, los cuales fijan lineamientos para interpretar derechos sociales, establecen que existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Estos Principios admiten que el cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos, está supeditada a la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. No obstante, el no cumplimiento de las obligaciones mínimas puede atribuirse a la falta de recursos solo si se demuestra que se ha realizado todo esfuerzo para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición.”, véase Silva, Carolina, “Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública”, en *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, Quito, 2007.

caminos posibles para destinar los recursos disponibles a la realización de un derecho²⁵⁸.

Con este antecedente, fue en el Centro de Derechos Humanos de la PUCE, en donde emprendimos la tarea de demostrar que las distintas entidades del Estado no habían destinado prioritariamente los recursos disponibles a este fin. Por múltiples fuentes, sospechábamos —aunque en realidad estábamos casi seguros— que el Estado había incurrido en gastos suntuarios e innecesarios, que a corto y mediano plazo imposibilitarían el goce de distintos derechos económicos, sociales y culturales por parte de la gran mayoría de la población ecuatoriana. La forma de demostrar esta violación era a través de peticiones de acceso a la información presentadas ante distintas entidades que manejan los insuficientes fondos públicos. A continuación presentamos una síntesis de la información que procuramos recabar.

Con frecuencia, por las calles de Quito, transitan flamantes vehículos cuatro por cuatro que pertenecen a entidades públicas. En un país de escasos recursos económicos, cuya capacidad de garantizar el cumplimiento de los derechos sociales a sus habitantes es endeble, gastos en este tipo de bienes resulta irresponsable.

Así, presentamos una petición de acceso a la información ante el Ministerio de Turismo, respecto de la marca, modelo y año del automóvil utilizado por la Ministra. En la misma petición, se indagó sobre la cantidad de dinero presupuestado por esta cartera de Estado con este fin²⁵⁹. La petición de información buscaba esclarecer cuánto se había gastado en el automóvil de uso oficial del Ministerio, con el afán de realizar un posterior análisis que nos permita dilucidar si la cantidad de dinero gastado era justificada.

²⁵⁸ Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 90.

²⁵⁹ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información automóvil Ministerio; fe de presentación 14 diciembre 2006.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

La pregunta en la petición presentada fue clara; la respuesta recibida, ambigua.

La respuesta del Ministerio llegó dentro del plazo establecido por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP)²⁶⁰. En el oficio, suscrito por el Subsecretario de Administración y Finanzas de dicha cartera de Estado, se nos detalla la marca, el modelo y el año del automóvil utilizado por la Ministra: un Nissan Pathfinder 2006. Datos que, para quienquiera que se encuentre con uno de estos autos en la calle (el Ministerio tiene varios) son evidentes. La falta de claridad en la respuesta concierne a la segunda parte de la petición:

[...] respecto a la cantidad de recursos financieros [...] no hay un presupuesto específico para cada vehículo, para el año 2006, el presupuesto por operación y mantenimiento de los vehículos que forman parte del parque automotor de la Matriz del Ministerio de Turismo es de aproximadamente US/. 19.100, cantidad que se encuentra sujeta a un incremento porcentual de un 1,25% según los aumentos de la inflación mensual proyectada y que incide en los precios de los repuestos y accesorios del mismo²⁶¹.

No tranquilos con esta contestación, insistimos: “díguese informarme sobre el valor pagado por el automóvil [...] utilizado por usted”²⁶². Esta vez la pregunta no podía ser más clara, no cabía “irse por la tangente” como en la primera contestación. Presumiblemente por esto, el Ministerio de Turismo jamás respondió.

²⁶⁰ Véase Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004, Art. 9.

²⁶¹ Torres C., Danilo, Oficio No. MT-S.S.A-F-20060673, 22 diciembre 2006.

²⁶² Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información automóvil Ministerio; fe de presentación 10 enero 2007.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

¿No hay presupuesto para vehículos? Es decir, ¿nadie controla cuánto dinero se gasta en la compra de vehículos? Hablar sobre dinero siempre es un tema delicado, más aún cuando se trata de instituciones públicas, las cuales por tradición han sido cuestionadas sobre el correcto/incorrecto manejo de sus fondos. Frecuentemente, al ser criticado un ente público por la omisión de alguna de sus obligaciones, éste se defiende esgrimiendo “falta de recursos”. El inconveniente no sería entonces “confesarnos” que sí existen fondos, sino a qué se los destina. En este caso, entre otros gastos suntuosos, podemos ver que se los destina a varios vehículos cuatro por cuatro, cada año. Una cosa es que ciertos funcionarios necesiten vehículos de buen rendimiento para recorrer sectores fuera de la urbe, otra cosa es el despilfarro y el lujo extremo.

Continuamos nuestra búsqueda de gastos en bienes lujosos: esta vez preguntamos al Ministerio de Defensa sobre la cantidad de dinero presupuestado por parte de esa cartera de Estado para la bienvenida de la selección nacional de fútbol, a su retorno del mundial de Alemania 2006²⁶³. Rápidamente se nos respondió que “este Ministerio no contó con valor alguno en su Presupuesto para el concepto de gasto por usted indicado”²⁶⁴.

Pese a esta respuesta, recordábamos claramente los reportajes de los medios de comunicación sobre este recibimiento²⁶⁵: aviones militares escoltando al avión comercial en el que viajaba el equipo. Insistimos con una segunda petición, fundamentándola con anexos que comprobaran la presencia

²⁶³ Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información recibimiento selección nacional de fútbol; fe de presentación 2 enero 2007.

²⁶⁴ Varela M, Fabián, Oficio No. MS-6-2-2007-10, 16 enero 2007.

²⁶⁵ “Ecuador recibe con fiesta y aviones combate a la selección”, Agencia Reuters, Internet. <http://www.elcolombiano.com> Acceso: 10 junio 2007. Véase también “El mejor recibimiento”, EFEC, <http://espndeportes.espn.go.com> Acceso: 10 junio 2007.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

castrense en este arribo²⁶⁶. Este acto militar costó dinero, al menos el gastado en la gasolina de avión. Por eso insistimos en los siguientes términos:

Según oficios de la cartera de Estado que usted dirige y diversos medios de comunicación, la Selección Ecuatoriana de Fútbol fue escoltada a su arribo al Ecuador por dos aviones de combate Mirage F-1 de la Fuerza Aérea, el 27 de junio de 2006 [...] Dígnese informarme cuánto dinero se gastó en el recibimiento de la Selección Ecuatoriana de Fútbol por parte del Ministerio que usted dirige. Dicho monto comprenderá todo lo relacionado con los gastos normales de despegue, vuelo y aterrizaje de los aviones Mirage F-1, así como costos adicionales en los cuales se incurrieron para dicho recibimiento [...] Según el Art. 21 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en caso de denegación de la información pueden proceder recursos legales y sanciones²⁶⁷.

La LOTAIP establece un plazo perentorio de diez días para la contestación: esta vez demoró más de un mes en llegar. En el transcurso de este tiempo acudimos al Ministerio de Defensa para gestionar la respuesta, y la persona tras el escritorio nos informó que nuestra petición tenía falla en la fecha²⁶⁸, y por lo tanto no sería contestada. Sin embargo, a los pocos días, el escrito nos llegó al Centro. Evadía la pregunta:

[...] la escolta realizada [...] no representó ningún gasto extra presupuestario, ya que este tipo de misiones están enmarcadas dentro de la programación de entrenamiento

²⁶⁶ Véase Vivero, Juan Francisco, Tcn. EM. Avc., "Fuerzas Armadas reciben a la selección ecuatoriana de fútbol con aviones de combate", Internet. <http://www.midena.gov.ec> Acceso: 10 junio 2007.

²⁶⁷ Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información recibimiento selección nacional de fútbol el 27 de junio de 2006; fe de presentación 5 febrero 2007.

²⁶⁸ En lugar de escribir año 2007, se escribió 2006. Cabe aclarar que para estos trámites se toma en cuenta la fecha de la fe de presentación.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

para las tripulaciones y el personal de operadores de radar de la Defensa Aérea, a fin de obtener alto nivel de proeficiencia. [...] la Fuerza Aérea dentro del Plan Operativo Anual, tiene programado estas misiones para ofrecer escolta en actos de significativa importancia, como [...] el arribo de nuestra Selección Nacional, actividades que se justifican para mantener a nuestros pilotos con la capacidad de interceptar aeronaves que ingresen ilegalmente a nuestro espacio aéreo²⁶⁹.

¿Mantener a nuestros pilotos con la capacidad de interceptar aeronaves que ingresen ilegalmente? El último enfrentamiento bélico que tuvo el Ecuador fue en 1995. Recientemente se reportó el sobrevuelo ilegal de varios aviones colombianos, ninguna interceptación²⁷⁰. ¿Pilotos en capacidad de qué? El dinero gastado en este tipo de “actos oficiales” es dinero malgastado, cosa que evidencia la falta de prioridades en cuanto al destino de recursos por parte del Estado y sus entidades. Es poco probable que las autoridades admitan este hecho, peor aún por escrito; resulta más eficaz esgrimir conceptos sagrados como “soberanía nacional” y la defensa de ésta, para justificar gastos “fantasmas”.

Buscamos en una tercera fuente. Durante los últimos meses del gobierno de Alfredo Palacio, los medios de comunicación y de prensa escrita se vieron inundados de publicidad de la Presidencia de la República, resaltando sus magníficas obras y el cómo se había refundado la patria. Era una excesiva cantidad de propaganda; probablemente también una excesiva cantidad de dinero. Otra oportunidad de demostrar expendios innecesarios que dilatan el cumplimiento de obligaciones sociales.

²⁶⁹ Meza H. Gonzalo, Oficio No. Mj-3-2007-234, 12 marzo 2007.

²⁷⁰ Véase Diario Occidente; “Ecuador descarta ataque contra aviones colombianos que violen su espacio”, Internet. <http://www.fac.mil.co> Acceso: 14 junio 2007. Nuevo Digital Internacional, “Tensión entre Colombia y Ecuador”, Internet. <http://www.nuevodigital.com> Acceso: 14 junio 2007.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

Presentamos dos peticiones de acceso a la información, una pidiendo información del gasto publicitario del gobierno nacional en 2006²⁷¹, y otra pidiendo lo mismo, pero del año siguiente²⁷². Con esto pretendíamos realizar una comparación entre estos rubros, para demostrar el innecesario y desproporcionado incremento.

Nunca nos llegó la información que solicitamos. Antes de darnos por vencidos en este intento, averiguamos varias veces directamente en la Presidencia. Ambas peticiones habían sido ingresadas correctamente, tenían número de trámite y una persona responsable. Incluso intentamos comunicarnos telefónicamente con esta persona: fue inútil. Extraoficialmente, una secretaria nos dijo que con los cambios de gobierno “se suelen traspapelar los papeles”.

Cuarto intento: también por medio de la prensa supimos sobre una gigantesca recepción que conmemoraba el aniversario No. 42 del Ministerio de Energía y Minas. Al Ministro le solicitamos una copia certificada del documento en el que conste el monto gastado en la organización y celebración²⁷³.

El violatorio patrón se mantuvo como única respuesta a esta petición de acceso: cuando es evidente que lo que se busca es información que compruebe gastos desproporcionados e injustificados, se la niega, o como en este caso, simplemente no se contesta.

Por evidentes motivos, no pudimos armar un caso con estos hechos.

²⁷¹ Véase Dávalos G., Javier, Petición de acceso a la información Gasto publicitario año 2006; fe de presentación 10 enero 2007.

²⁷² Véase Dávalos G., Javier, Petición de acceso a la información Gasto publicitario año 2007; fe de presentación 10 enero 2007.

²⁷³ Véase Dávalos G., Javier, Petición de acceso a la información gastos celebración de aniversario No. 43 del Ministerio; fe de presentación 14 diciembre 2006.

2. Discriminación en las remuneraciones

Para procurar preparar este caso nos basamos en ciertas premisas legales.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el sistema jurídico ecuatoriano se establece de la siguiente manera:

Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...] 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole²⁷⁴.

En relación con el derecho al trabajo:

[...] el trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales: (1) La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social...²⁷⁵

Vemos que la consecuencia es: que a igual trabajo corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión,

²⁷⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 23 (3).

²⁷⁵ *Ibíd.*, Art. 35.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole²⁷⁶.

Además, "los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario"²⁷⁷.

Es conocido —en particular por quienes lo viven— lo disparejos que son los sueldos del sector público²⁷⁸. Creemos que esta iniquidad constituye una discriminación basada en una categoría prohibida tanto por la legislación interna como internacional: el origen social. Esta discriminación, que ya en sí es una violación a la Constitución, redundaría en el desmedro de otros preceptos constitucionales que obligan al Estado a preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo, así como erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.

Para tener información fehaciente y al mismo tiempo documentos que sustenten una futura acción legal, solicitamos al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) información sobre la cantidad recibida como remuneración por médicos rurales así como de hospitales públicos²⁷⁹.

La información proporcionada por esta institución responde puntualmente nuestra pregunta, pero con una argucia nos remite a un cuadro que contiene el agrupamiento de las clases de puestos de los profesionales médicos en los grupos ocupacionales

²⁷⁶ Véase Código del Trabajo, 2005, artículo 79.

²⁷⁷ *Ibidem*, artículo 4.

²⁷⁸ Vela, María de la Paz, "Salarios, impuestos y deuda al carbón", *Gestión* (Quito), No. 152, febrero 2007, pp. 15 – 20.

²⁷⁹ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración médico rural; fe de presentación 14 diciembre 2006. Véase también, Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración médico hospital público; fe de presentación 14 diciembre 2006.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

determinados en la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas. Es un cuadro que contiene 20 distintas cantidades percibidas como remuneración, según 6 grupos ocupacionales, divididos por lo menos en 4 niveles por grupo y según la clase del puesto institucional, el cual también tiene por lo menos 15 divisiones²⁸⁰.

El párrafo anterior parecería estar mal escrito y de difícil entendimiento, pero pretende reflejar la incomprensible información proporcionada por el MEF, la cual de alguna manera debíamos descifrar y analizar.

Pedimos al MEF que nos informe sobre la cantidad percibida como remuneración de profesores unidocentes y de profesores de escuelas públicas²⁸¹. Las peticiones corrieron exactamente la misma suerte: se nos remitió a la tabla de sueldos y porcentaje del funcional aprobados mediante Decreto No. 798 de 10 de noviembre de 2005.

Esta tabla, divide a los docentes en rural, urbano o insular, y posteriormente en 10 categorías. Según estas categorías se cuantifica el sueldo básico, y se procede al porcentaje de funcional que varía entre el 40% y el 100%. No se dice cuál es el monto final percibido como remuneración.

Todo esto no es coincidencia: el mismo ente público responde de la misma manera ininteligible a cuatro peticiones de acceso a la información. Da la sana impresión que responden, incluso dentro del plazo de ley, para no violarla. Sin embargo, no

²⁸⁰ Véase Prieto S., Vicente, Oficio No. MEF-SP-CDPP-2006-904599, 22 diciembre 2006.

²⁸¹ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración profesor unidocente; fe de presentación 14 diciembre 2006. Véase también, Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración profesor escuela pública; fe de presentación 14 diciembre 2006.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

tienen ninguna intención de que la información sea comprendida por quien la exige.

En el Ministerio de Educación se presentaron las mismas peticiones de acceso a la información concernientes a la remuneración percibida por el personal de docencia pública²⁸². En este Ministerio se archivaron o perdieron. Pasado ya demasiado tiempo sin que recibiéramos contestación, fuimos entonces a averiguar qué destino tuvieron las peticiones. La referente a profesores unidocentes ingresó con número de trámite a la Dirección Financiera, lugar de donde nunca salió. Al indagar e insistir, se nos prometió proporcionar la información requerida en los siguientes días. Promesa no cumplida: jamás se nos contestó. Derecho al acceso a la información pública: violado.

Entre tanto, la petición referente al profesorado de escuelas públicas, permaneció extraviada en el Ministerio durante semanas. Después de agotadores rastreos por los departamentos de Unidocencia (lugar donde no tenía por qué estar, pero en donde el propio Ministerio recomendó su indagación), Modificación Presupuestaria y de Dirección Financiera, apareció en la Subsecretaría General Administrativa y Financiera, dependencia que finalmente, después de dos meses, se dignó en contestar²⁸³.

En su respuesta la Subsecretaría General Administrativa y Financiera del Ministerio de Educación nos proporcionó tablas de sueldos del magisterio, cuya información es distinta a la que nos suministró el MEF; es decir, sobre el mismo tema no hay uniformidad de la información entre dos ministerios de Estado.

²⁸² Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración profesor unidocente; fe de presentación 14 diciembre 2006. Véase también Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración profesor escuela pública; fe de presentación 14 diciembre 2006.

²⁸³ Véase Rivadeneira G., Guido, Oficio No. 1661-DIFIN-DMP, 6 febrero 2007.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

Adicionalmente, solicitamos ante el MEF información sobre la remuneración de los alcaldes de los cantones de la provincia de Pichincha. Al inicio quisimos presentar nueve peticiones, una por cada cantón de la provincia, pero se nos indicó que por tratarse del mismo tema, reformuláramos las nueve peticiones en una sola; indicación que no está prevista en ninguna norma. Sin embargo, por la necesidad de esta información y para evitar problemas, obedecemos²⁸⁴.

La respuesta no tardó: “su solicitud no puede ser atendida pues esta información no se genera en esta Cartera de Estado”²⁸⁵.

En ningún artículo de la LOTAIP se manifiesta que una entidad, para entregar información, debe ser generadora de la misma. Solamente establece que si la institución requerida posee los datos, y si éstos son públicos y no comprometen la seguridad del Estado ni el orden público, se deben entregar en el plazo perentorio de diez días.

En todo caso, para excusarse de entregarnos la información que solicitábamos, debieron haber dicho que no estaba en su posesión, razón por la cual no nos la podían facilitar. Sin embargo, esta respuesta no era factible puesto que el artículo 134 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de la Remuneración del Sector Público, determina: “Son organismos de gestión, regulación y control de las remuneraciones de los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de las entidades y organismos [...]: (b) El Ministerio de Economía y Finanzas [...]”.

²⁸⁴ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración alcaldes de Pichincha; fe de presentación 8 diciembre 2006.

²⁸⁵ Prieto S., Vicente, Oficio No. MEF-SP-2006- 00904515, 18 diciembre 2006.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

En resumen, la información que estábamos solicitando sí la poseía el MEF, por tanto tenía la obligación legal de entregárnosla²⁸⁶.

Con estos argumentos, insistimos con una nueva petición, recordando además que, en caso de denegación de la información, pueden proceder recursos legales y sanciones²⁸⁷.

A esta insistencia no hubo respuesta alguna, ni por la “amenaza” de proceder con recursos legales. En primera instancia se nos respondió infundadamente y sin razón; no pensaron que insistiríamos, pero lo hicimos y nos ignoraron.

Sin embargo, este caso sí lo logramos armar, gracias a que otras instituciones sí respondieron con información que nos fue útil: la diferencia en el trato en cuanto a remuneraciones da como resultado que miembros del Magisterio Nacional reciben mensualmente menos del 10 por ciento de lo que reciben los miembros del Congreso. Lo recibido por el personal de docencia pública en el país no alcanza ni para cubrir la canasta básica. Sobre esto, un estudio reciente de la UNESCO (organización de las naciones unidas para la educación, la ciencia y cultura) observa:

En cuanto a los montos del salario que perciben los profesores ecuatorianos hay que señalar que no guardan relación con el costo de vida, el mismo que se incrementó significativamente a partir de la dolarización de la economía nacional. La canasta básica se sitúa en \$340 dólares, a la que

²⁸⁶ Al respecto, el doctor Juan Pablo Aguilar, vía correo electrónico con el autor, comenta: “como en tantas cosas, la ley es una cosa y la realidad es otra. Cuando se dictó la Ley de Servicio Civil se pretendía que los temas salariales de las municipalidades se centralicen en el Ministerio de Economía, pero en la práctica los municipios se han resistido y ellos siguen manejando sus esquemas propios. En realidad, el Ministerio de Economía no posee esa información o, si la tiene, es solo referencial”, 31 agosto 2007.

²⁸⁷ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información remuneración alcaldes de Pichincha; fe de presentación 6 febrero 2006.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

no alcanzan siquiera quienes están en la décima categoría, es decir quienes, después de haber obtenido título docente de nivel universitario, han laborado durante 16 años ininterrumpidos en el Magisterio. Esto da cuenta de que la mayor parte de profesores vive en un nivel de pobreza²⁸⁸.

Lo afirmado por este organismo internacional evidencia el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado, como aquella que establece que:

[...] el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción²⁸⁹.

Presentamos una acción de inconstitucionalidad²⁹⁰ alegando la incompatibilidad con los preceptos constitucionales de la tabla vigente de sueldos y porcentaje del funcional del Magisterio Nacional, aprobada con Decreto No. 798 del 10 de noviembre de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 15 de noviembre de 2005. En ella solicitamos: (a) Se declare inconstitucional la norma impugnada, por violar el principio de no discriminación, y otros preceptos constitucionales que obligan al Estado a preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo, así como erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes; y (b) Se inste en la necesidad de formular una nueva tabla de sueldos

²⁸⁸ UNESCO, *Condiciones de Trabajo y Salud Docente*, Chile, Octubre 2005, p. 107, Internet. <http://unesdoc.unesco.org> Acceso: 13 de junio 2007

²⁸⁹ Protocolo de San Salvador, artículo 7(a).

²⁹⁰ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Informe de Procedibilidad en la Defensoría del Pueblo; fe de presentación 12 junio 2007.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

y porcentaje del funcional del Magisterio Nacional, que no discrimine ni viole principios y preceptos constitucionales y que sea instrumento para la distribución equitativa y justa de la riqueza.

Hasta la publicación de este libro, la acción de inconstitucionalidad sigue en espera del favorable informe de procedibilidad del Defensor del Pueblo.

3. Igualdad de acceso y circulación en vías públicas para personas con discapacidades físicas

El Estado tiene la obligación de determinar medidas que garanticen a las personas con discapacidad, la utilización de bienes y servicios, especialmente en las áreas de salud, educación, capacitación, inserción laboral y recreación; y medidas que eliminen las barreras de comunicación, así como las urbanísticas, arquitectónicas y de accesibilidad al transporte que dificulte su movilización. Los municipios, por su parte, tienen la obligación de adoptar estas medidas en el ámbito de sus atribuciones y circunscripciones²⁹¹.

Si estas disposiciones no se cumplen, o si existe discriminación al intentar cumplirlas, existe la posibilidad de presentar una acción de amparo constitucional. Por esto, se presentó una petición de acceso a la información ante la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ) indagando sobre el monto presupuestado por esta entidad para la creación y manutención de vías de acceso y circulación para personas discapacitadas. Así mismo, pedimos información sobre el presupuesto destinado a la creación y mantenimiento de las demás vías de acceso y circulación en el Distrito Metropolitano²⁹².

²⁹¹ Véase Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 53.

²⁹² Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información presupuesto vías de acceso para personas discapacitadas; fe de presentación 10 enero 2007.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

El administrador general del MDMQ envió una circular a distintas dependencias municipales para poder respondernos. Este oficio interno fue enviado pasado el plazo de ley, dentro del cual debíamos tener una contestación. En contra de toda celeridad en el trámite, el funcionario solicitó a los destinatarios del oficio, que la información se la envíen primero a él, para su conocimiento²⁹³.

Es importante recalcar que ni el mismo administrador general del MDMQ tiene acceso a la información de los entes públicos que están bajo su dirección: de once dependencias municipales a las que se les transmitió nuestra inquietud, solamente le contestaron cuatro.

Dos meses después de haber presentado la petición, nos llegó la respuesta del administrador general del MDMQ señalando que “en la mayoría de los proyectos que se realizan se consideran diseños de rampas en las veredas para facilitar vías por las que puedan circular las personas con discapacidad”²⁹⁴. Cabe recordar que solicitamos información sobre el presupuesto (léase rubros), y no sobre si la mayoría o minoría de los diseños tienen rampas. El funcionario municipal adjuntó a su respuesta, los informes que él había recibido de las distintas dependencias.

La Secretaría de Desarrollo Territorial del MDMQ no indica rubros. Menciona diseños de rampas, y nos remite a la ordenanza N.347, donde “se encuentran todas las normas y acciones que se deben contemplar para la accesibilidad y eliminación de barreras para personas discapacitadas”²⁹⁵. Se evade una respuesta concreta a la pregunta planteada en nuestra petición. Se nos proporciona información que no tiene nexo alguno con nuestra indagación.

²⁹³ Véase Rodríguez D., Oswaldo, Circular 096, 26 enero 2007.

²⁹⁴ Véase Rodríguez D., Oswaldo, Oficio No. 00272, 10 marzo 2007.

²⁹⁵ Carrión M., Diego, Oficio 0047, 6 febrero 2007.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

El Director Ejecutivo del Fondo de Salvamento en su contestación ni siquiera menciona la palabra discapacitados, peor aún rubros destinados para creación y mantenimiento de sus vías. En su oficio, indica que se está “concluyendo con la consultoría de diagnóstico de barreras urbanas arquitectónicas”²⁹⁶. Otra respuesta a una pregunta no formulada.

La Empresa Metropolitana de Obras Públicas es categórica en su respuesta:

[...] no se ha considerado de manera particular un presupuesto para la creación y manutención de vías de acceso y circulación para personas discapacitadas. [...] Al ser esta infraestructura básica, parte de las obras principales, no se posee costos desglosados; por lo que no es posible suministrar la información requerida²⁹⁷.

Por lo menos en este caso, se nos aclaró que no existe esta información. Con respecto a las demás vías de acceso indagadas en la petición, se anexa un cuadro de “Resumen de Obras Ejecutadas”. Esta información se acerca a la requerida, pero no es suficiente.

De la Administración Zonal Calderón se informa sobre “proyectos viales en todas las zonas urbanas y urbanizables [...] cumpliendo con la normativa para circulación de personas con movilidad reducida”²⁹⁸. No se habla de presupuestos, sino sólo de un monto para dos parroquias. No accedimos a la información solicitada.

Con los documentos enviados por el MDMQ, intentando absolver nuestras inquietudes, no logramos lo que buscábamos: la

²⁹⁶ Pallares S., Carlos, Oficio 0786, 8 febrero 2007.

²⁹⁷ Alvarado M., Iván, H.R. No. 00955-07 GG 193 SG 0001219, 12 febrero 2007.

²⁹⁸ Aliaga A., Luis, Oficio No. 0396, 26 febrero 2007.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

información que nos proporcionaron no era la requerida, además llegó varias semanas después de vencido el plazo perentorio.

Con la respuesta de sólo cuatro dependencias municipales, de un total de 11 inquiridas, y con las respuestas ambiguas e impertinentes de éstas, no queda claro cómo el administrador general del MDMQ llega a la conclusión de que “en la mayoría de los proyectos que se realizan se consideran diseños de rampas en las veredas para facilitar vías por las que puedan circular las personas con discapacidad”²⁹⁹.

Al Ministerio de Educación dirigimos una petición similar, en los siguientes términos: “dígnese informarme a cuánto asciende lo presupuestado por la cartera de estado que usted dirige para la creación y manutención de vías de acceso y circulación para estudiantes con discapacidades físicas, dentro de escuelas y colegios públicos. Asimismo, la cantidad de dinero presupuestado para la manutención y readecuación de la infraestructura ya existente, en las mismas instituciones”³⁰⁰.

Una vez cumplido el plazo previsto en la LOTAIP para obtener una respuesta, insistimos ante este Ministerio. Se nos envió a la Dirección Financiera, donde reposaba nuestra petición con número de trámite y funcionario responsable del mismo. Nuevamente se nos ofreció la información en los siguientes días, lo cual también incumplieron; es decir, la información fue inaccesible.

Debido a la imposibilidad de acceder a la información, no pudimos sustentar el caso.

²⁹⁹ Rodríguez D., Oswaldo, Oficio No. 00272, 10 marzo 2007.

³⁰⁰ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información presupuesto vías de acceso para personas discapacitadas; fe de presentación 10 enero 2007.

4. Discriminación en la repartición de dinero a comunidades para solventar crisis volcánica

El volcán Tungurahua tiene un proceso eruptivo de nueve años; en agosto de 2006 tuvo uno de sus picos. Distintos cantones de Chimborazo y de Tungurahua han sido afectados, y se presume que ha existido discriminación en la distribución de fondos por parte del Ministerio de Bienestar Social (MBS). Decidimos informarnos, tanto con documentos del MBS como del MEF, para contrastar, analizar y comprobar la existencia de violaciones a derechos sociales.

La petición que presentamos en el MEF, sobre el dinero que se destinó para solventar los daños ocasionados por la erupción del volcán Tungurahua, precisaba el cuánto y el dónde se entregaron los fondos³⁰¹.

En principio, esta petición también parecía haberse “extraviado”. Tras darle seguimiento por cuatro departamentos del MEF (en cada departamento con número de trámite distinto), la encontramos en la Subsecretaría de Programación de la Inversión Pública. Como es predecible con tanta delegación y redelegación de un funcionario a otro y de un departamento a otro para darnos contestación, el tiempo previsto por la LOTAIP había vencido: entre la presentación de la petición y su respuesta transcurrieron dos meses.

A la respuesta finalmente recibida se anexa “en archivo magnético, un cuadro explicativo de las transferencias realizadas a las entidades encargadas del manejo de los recursos del Fondo de Ahorro y Contingencia”³⁰². Coincidencia o no, este disquete de computador (medio cada vez más anacrónico para manejar y

³⁰¹ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información dinero destinado a emergencia volcánica; fe de presentación 14 diciembre 2006.

³⁰² Naranjo B., Mariana, Oficio No. SPIP-OFFIC-ES07-6504, 12 febrero 2007.

transferir información) no se pudo abrir jamás. Al acudir nuevamente a la Subsecretaría de Programación de la Inversión Pública para reclamar por el no funcionamiento del archivo magnético, nos ofrecieron reenviarnos la información, pero esta vez en disco compacto.

Ese ofrecimiento no se cumplió. Consecuentemente, nunca obtuvimos la información que solicitamos.

La información proporcionada por el MBS³⁰³ sí fue oportuna. Sin embargo, al no recibir información del MEF no tuvimos con qué contrastar la información que obtuvimos. El caso se quedó sin sustento para la litigación.

5. Caso Programa “Aliméntate Ecuador”

Según leímos en una revista, el Programa “Aliméntate Ecuador” (PAE) no benefició como se había planeado originalmente. Un análisis de la Contraloría General del Estado (CGE) había determinado que algunos sectores poblacionales no recibieron la entrega alimenticia, a pesar de ser considerados como beneficiarios dentro del programa social³⁰⁴.

Acudimos a la sede del PAE a entregar una petición solicitando información sobre qué sectores poblacionales se encuentran beneficiados por el programa. Así mismo, información sobre qué sectores fueron los que en efecto recibieron entrega alimenticia, y qué sectores no la recibieron. Por último, también solicitamos información sobre el criterio utilizado para priorizar la entrega alimenticia a un sector o a otro³⁰⁵.

³⁰³ Ramos L., Mario, Oficio No. 127 DISPLASEDE-MBS, 26 diciembre 2006.

³⁰⁴ Véase Contraloría General del Estado, “En el Ministerio de Bienestar se desviaron grandes sumas de dinero”, Suplemento Institucional, p. 5; Quito, 3 diciembre 2006.

³⁰⁵ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información Programa Aliméntate Ecuador, fe de presentación 5 febrero 2007.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

En la contestación, enviada dentro del plazo de ley, se nos proporciona información parcial. En el documento se basan estrictamente en las leyes pertinentes, como para de buenas a primeras deslindarse de cualquier responsabilidad por omisión. Por ejemplo, con respecto a qué sectores no recibieron entrega alimenticia alguna: se refieren a ellos como “sectores no atendidos. urbano y urbano marginal, dentro de los parámetros determinados por Ley”³⁰⁶.

Es evidente que una respuesta así la podíamos obtener de la ley pertinente y no es precisamente lo que indagábamos. Si la coordinación nacional del PAE nos dice que sectores que debieron ser atendidos no lo fueron, es una confesión de que dicho programa no funciona eficazmente. Como en las demás entidades públicas cuando se ven en aprietos, responden sin responder. En resumen: información inaccesible.

A la CGE solicitamos una copia de la auditoría anteriormente mencionada, la cual nos fue oportunamente entregada. Gracias a esta información pudimos sustentar una acción judicial de protección de derechos colectivos a la salud y educación de niños, niñas y adolescentes, la cual fue presentada y, hasta la fecha de esta publicación, se encuentra en trámite³⁰⁷.

Como dato adicional, cabe resaltar que la acción judicial de protección de derechos, instrumento establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, es de utilización casi nula: al ingresarla en la sala de sorteos, ni siquiera constaba como opción en la base de datos.

6. Caso Porta

El caso: una familia reporta quebrantos de salud a partir de la instalación, en el edificio de la ciudad de Quito en donde habitan

³⁰⁶ Véase Galarza, María, Oficio No. 0000-CNAE-0418, 9 febrero 2007.

³⁰⁷ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Juicio No. 17952-2007-1734 en el Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia, ingresado 14 junio 2007.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

(autorizada nada menos que por el administrador del edificio), de una antena repetidora de frecuencia celular. La más grande de la ciudad.

El caso fue llevado ante diferentes autoridades y en diferentes instancias: en todas las acciones emprendidas — Defensoría del Pueblo y acción de amparo constitucional (litigado por el Centro de Derechos Humanos de la PUCE)— se reconoció la violación de derechos a la salud y al medio ambiente y se ordenó retirar la antena³⁰⁸.

Como una medida de presión, y para evidenciar aún más la arbitrariedad en la instalación de la antena, presentamos una petición de acceso a la información. Solicitamos la entrega de una copia certificada del acta que permitió la instalación de una antena repetidora de telefonía celular en un domicilio particular en un barrio de la ciudad. Además, pedimos información relacionada con este tipo de antenas contenidas en actas, ordenanzas, o demás documentos municipales para conocer la regulación municipal al respecto³⁰⁹.

Aún esperamos la respuesta.

Desde la perspectiva municipal, es difícil entregar una información que seguramente no existe³¹⁰. El MDMQ no responde entonces: en lugar de reconocer por escrito que no existe autorización alguna para esta instalación, prefiere la no contestación, violentando así nuevamente el derecho a la información.

³⁰⁸ Véase Orozco L., Esperanza, Acción de amparo constitucional No. 2006 -1064, 13 noviembre 2006.

³⁰⁹ Véase Jaramillo PyM., Fidel, Petición de acceso a la información Permiso instalación antenas Porta, fe de presentación 6 febrero 2007.

³¹⁰ Véase Martínez, Helen, Responsable de la Documentación y Archivo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Memorando N.-062 AZC-DA, 15 diciembre 2005. Véase También, Urquiza, Roberto, subsecretario de Calidad Ambiental, Oficio No. 672-DNPC-SCA-MA; 30 enero 2006.

7. Desalojos arbitrarios

Con la finalidad de demostrar violaciones a los derechos a la vivienda y a la igualdad, solicitamos en la Defensoría del Pueblo una copia certificada del expediente completo de un caso que conocíamos: un posible desalojo de las familias que ocupan un inmueble cerca del antiguo Hospital Militar en Quito³¹¹.

Nunca se nos hizo llegar lo solicitado; ni tampoco respuesta alguna.

A la Administración Municipal de la Zona Centro, una de las entidades del MDMQ que amenazaba con el desalojo, también recurrimos con una petición de acceso a la información. Solicitamos una copia certificada del acta de compromiso referente al desalojo, que conocíamos habían suscrito con las personas afectadas (y que ellas no tenían)³¹². La confusa respuesta, negativa por supuesto, fue la siguiente:

El acta que usted hace mención, en la fecha indicada se pospuso después de ser conocida por los ocupantes del inmueble del ex Hospital Militar, mismo que posteriormente no se suscribió, en tal virtud no es factible atender su requerimiento. Además porque en estos momentos nos encontramos en otro proceso con las familias que continúan ocupando el inmueble del ex Hospital Militar³¹³.

Otro caso que conocimos en el Centro de Derechos Humanos: catorce familias de escasos recursos habitan en calidad de

³¹¹ Véase Dávalos G., Javier, Petición de acceso a la información Trámite No. DNQ-27431-MVM.-2006, fe de presentación 29 enero 2007.

³¹² Véase Dávalos G., Javier, Acta de Compromiso desalojo familias antiguo Hospital Militar, 18 enero 2007.

³¹³ Pazmiño G., Inés, Trámite No. DU875, 0001347, 25 enero 2007.

FIDEL JARAMILLO PAZ Y MIÑO

inquilinos un inmueble ubicado en el barrio La Ronda de la capital. Este inmueble pretende ser desalojado por parte del MDMQ con el fin de readecuarlo, para ser utilizado con fines turísticos. Funcionarios de MDMQ y sus dependencias han insistido a este grupo de inquilinos para que desocupen el inmueble, sin ningún documento que acredite su derecho a desalojarlos.

De concretarse las amenazas de desalojo por parte de las autoridades mencionadas, estas personas de escasos recursos tendrían que salir a la calle, ya que no se les ha ofrecido una alternativa real, eficaz e idónea para su reubicación. Estamos frente al incumplimiento de una obligación internacional que el Estado ha aceptado con respecto al derecho a la vivienda: respetar su normal ejercicio. Esta obligación prohíbe los desalojos cuando no estén previstas medidas alternativas adecuadas de realojamiento para los afectados y las afectadas³¹⁴.

Para entender a fondo y poder sustentar una futura acción legal con documentos, solicitamos a la Defensoría del Pueblo una copia certificada del expediente completo³¹⁵.

La respuesta, nuevamente atrasada, fue negativa: “no habiendo concluido el proceso, únicamente las partes pueden autorizar la concesión de copias de los documentos que forman parte de dicho expediente”³¹⁶.

Las peticiones de acceso a la información que fueron presentadas ante Quitovivienda sí fueron contestadas de manera apropiada, declarando que no poseían escrituras. Con esta información pudimos armar un caso, que continúa en litigio.

³¹⁴ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: *La índole de las obligaciones de los Estados partes*, 1990.

³¹⁵ Véase Dávalos G., Javier, Petición de acceso a la información Trámite DINATED-No. 23134-PDJ-05, fe de presentación 23 enero 2007.

³¹⁶ Zurita G., Eduardo, Oficio No. 001-DNM-2007, 12 febrero 2007.

8. Utilización inadecuada de fondos en el IESS

Por el caso particular de un miembro del Centro de Derechos Humanos, supimos de una persona que llevaba ya varias semanas interna en un Hospital del Seguro Social en una habitación compartida, esperando a ser intervenida quirúrgicamente.

Para conocer más a profundidad el caso, solicitamos al Director General del IESS una copia certificada del documento en el que conste información sobre el promedio de gasto diario en el que incurre el instituto por una persona que espera una operación, interna en una habitación del Hospital Carlos Andrade Marín³¹⁷.

La negativa nos llegó una vez cumplido el plazo de ley. Quien nos negó la información, fue un médico funcionario de la dirección del hospital; lo hizo sustentándose en que no habíamos sido específicos en cuanto a lo que precisábamos. Además, confundió lo que indagamos con averiguaciones personales e individualizadas:

Si bien lo requerido por usted (información) en las Instituciones Públicas es de los ciudadanos, es también cierto que cuando se trata de atenciones médicas las personas autorizadas a pedir esta información solamente son el paciente y las personas autorizadas por él y por un Juez³¹⁸.

Lo que requerimos fue información general, para demostrar el desperdicio de fondos por falta de celeridad y organización en la atención al paciente. No solicitamos información privada ni personal de un paciente específico. Nuestra solicitud se refiere a un promedio de gasto, que es información que una institución como el

³¹⁷ Véase Dávalos G., Javier, Petición de acceso a la información gasto pacientes Hospital Carlos Andrade Marín, fe de presentación 19 enero 2007.

³¹⁸ Montero Z., Jacinto, Oficio No. 111011101-0213, 27 febrero 2007.

IESS posee, o debería poseer para planificar sus gastos con fondos públicos.

Se nos volvió a negar la información: siempre es más fácil decir que “no se puede atender lo solicitado, no se posee la información requerida”.

Con esta negativa, el caso no pudo armarse.

II. El inaccessión a la información: los datos y las cifras

Las instituciones públicas tienen la obligación de difundir la información de la manera más amplia posible. En tiempos modernos, por ejemplo, no podría prescindirse de hacerlo por medio de los portales internet³¹⁹. Según averiguaciones que realizamos, el cumplimiento de esta obligación, que es un mandato legal, no es muy alentador.

Tabla 1. PORTALES DE INTERNET³²⁰

Ministerios	Remuneraciones	Contratos e incumplidos	Auditorías	Viáticos
Agricultura	X	--	Sin resultados	Enero 2007
Ambiente	X	--	--	--
Bienestar Social	Sin actualizar	De 2005	--	--
Cancillería	X	Proveedores	--	--
Comercio Exterior	X	X	--	Enero 2007
Coord. Económica	No tiene portal	--	--	--

³¹⁹ La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información Pública, LOTAIP, Art. 7.

³²⁰ Suplemento Blanco y Negro, *Hoy* (Quito), 16 julio de 2007, p. 3.

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

Ministerios	Remuneraciones	Contratos e incumplidos	Auditorías	Viáticos
Defensa	--	--	--	--
Deportes	No se abre	--	--	--
Desarrollo Social	--	--	--	--
Economía	X	X	Reglamento	X
Educación	X	De 2006	Marzo 2006	Octubre 2006
Electricidad	Portal Energía	--	--	--
Energía y Minas	X	De 2004	De 2004	--
Gobierno y Policía	Sin actualizar	--	--	Sin actualizar
Patrimonio Cultural	No tiene portal	--	--	--
Producción	No tiene portal	--	--	--
Salud	X	Proveedores	--	--
Seguridad Interna	No tiene portal	--	--	--
Transporte y Obras Públicas	Sin actualizar	De 2006	Marzo 2006	De 2005
Turismo	X	X	--	De 2006
Vivienda	X	X	Sin resultados	Marzo 2007
Coord. Institucional	No tiene portal	--	--	--

(X) Sí cumple (--) No cumple

En cuanto al cumplimiento legal de proporcionar información pública a quien la solicite, el resultado tampoco es alentador. La mayor parte de las peticiones de acceso a la información pública son contestadas evasivamente con datos irrelevantes, confusos, inútiles —como se demostró en acápites anteriores—. Muchas veces no responden ni siquiera de esta manera; simplemente no envían contestación y archivan la petición.

Tabla 2. PETICIONES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN



III. Conclusiones

1. La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública es un instrumento sumamente importante y útil al momento de litigar derechos económicos, sociales y culturales. Por medio de distintas formas de acceder a la información pública, se podría llegar a sustentar fuertemente litigios jurídicos en los que se demuestre la violación de un derecho social.
2. Las peticiones de acceso a la información pública presentadas ante distintas entidades estatales son, en teoría, una de las maneras más efectivas de cumplir con este objetivo. En la práctica, resulta que por diversos motivos, el

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

derecho fundamental de acceso a la información pública es violado cotidianamente.

3. A lo largo de nuestro trabajo, y con varias decenas de peticiones de acceso presentadas, concluimos que esta violación generalizada se presenta por distintos motivos:
 - a. Temor. Muchas instituciones públicas suponen que la información que es requerida, de ser entregada, será utilizada en su contra (dentro de nuestros propósitos constituía un temor fundamentado), especialmente en los casos en los que se indaga sobre dinero presupuestado / gastado. Por esta razón, muy frecuentemente ni siquiera responden. En otras ocasiones, responden (para no violar la ley) pero con información ininteligible o inútil, es decir información no solicitada en la petición.
 - b. Burocracia. Las peticiones ingresan con número de trámite a la institución pública inquirida, y de ahí pasa de departamento en departamento, de funcionario en funcionaria. Como la LOTAIP prevé solamente 10 días de plazo, entre tanta delegación y redelegación éste se incumple, violentando así el derecho a la información. Al estar la petición condenada a tanto papeleo, muchas veces ni siquiera después de vencido el plazo se recibe una respuesta. Incluso suelen estar archivadas; es decir, alguien decidió ya nunca contestar y la guardó. Otras veces, dedicados al rastreo de la petición, las encontramos después de pasear por tres, cuatro o cinco departamentos de la entidad pública, entre una montaña de papeles, que seguramente se encuentran pendientes de respuesta a sus ansiosas y ansiosos remitentes.

- c. Desconocimiento. El derecho fundamental de acceso a la información pública no es precisamente de los que más se conoce. Nadie se percata que al no posibilitar el acceso a la información se está violando un derecho humano, y dada la interrelación, indivisibilidad e interdependencia de éstos, se violan todos los demás.
4. Dado que un altísimo porcentaje de las peticiones de acceso presentadas tuvieron respuestas evasivas, irrelevantes o simplemente ninguna respuesta, lamentablemente no podemos concluir que sea el mejor medio para litigar derechos sociales, al menos aún no. Si alguien quiere sustentar una acción legal solamente con respuestas a peticiones de acceso, debe tener mucha paciencia, dedicación y suerte.
5. Guardamos la esperanza de que sólo ejerciendo el derecho se combate por el Derecho, y que el litigio en derechos humanos es una forma de reencausar el comportamiento estatal para que cumpla el fin de “respetar y hacer respetar los derechos humanos” como su más alto deber.

IV. Recomendaciones

Luego de haber intentado en varias oportunidades acceder a la información pública mediante peticiones de acceso, habiendo tenido éxito en algunas y fracasado en la mayoría, hacemos las siguientes recomendaciones a quienes pretendan ejercer su derecho a la información:

EL INACCESO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

1. Conocer. Mientras más evidente sea el conocimiento sobre la materia, hay mayores probabilidades de que la petición sea tomada en serio.
2. Detallar. Si no se precisa puntualmente lo requerido, el ente inquirido tiene más posibilidad de contestar evasivamente, dando largas o información imprecisa.
3. Fundamentar. Tanto con pies de página que remitan a bibliografía que sustente la existencia de la información que se pide, como anexando documentos pertinentes, que cumplan con el mismo objetivo.
4. Disimular. Si se presume que existe una violación de un derecho humano reconocido en la Constitución, hay que también presumir que quien posea la información no la entregará: quien algo teme, algo oculta. Se debe desviar la atención del funcionario para que no sea evidente el fin que se persigue.
5. Apersonarse. Para no perder rastro de la petición ingresada y tener más posibilidades de repuesta, frecuentemente es necesario insistir personalmente en la entidad indagada. Mientras más detalles se sepan sobre el destino de la petición (nombre de la persona a cargo, número de trámite, departamento encargado) es menos difícil el rastreo y mayor la posibilidad de obtener respuesta.
6. Litigar. El acceso a la información es un derecho humano y, como tal, puede ser exigido mediante litigio constitucional, cuando se deniegue la información. Litigar es una forma de utilizar a las y los jueces como garantes de derechos, que obliguen a los demás funcionarios del Estado a cumplirlos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- _____. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- _____. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Buenos Aires, 2002.
- _____. (comps.), *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.
- _____. *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Legis-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.
- Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, 2005.
- Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997.
- Centro de Derechos Humanos, *El estado social de derecho en el Ecuador: Un país en crisis*, en Revista Ruptura No. 49, 2005.
- Centro de Derechos Humanos, Expediente caso la Ronda.
- Colmes Stephen y Cass R. Sunstein, “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, en *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Henry J. Steiner y Philip Alston (comps.), Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- Contreras Peláez Francisco, *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994.
- Deckwierz Cristina, *Las canillas abiertas de América Latina II*, Casa Bertolt Brech, Montevideo, 2006.

- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- _____. *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- Howard, Guy y Jaime Bartran, *Domestic water quantity, service level and health*, OMS, Suiza, 2003, pp. 17-19. También en Internet. <http://www.cidh.oas.org> Acceso: 15 febrero 2007; <http://www.eluniverso.com> Acceso: 7 de febrero 2007; <http://www.epa.gov> Acceso: 21 febrero 2007; <http://www.uasb.edu.ec> Acceso: 20 julio 2007; <http://www.uasb.edu.ec> Acceso: 20 julio 2007; <http://www.un.org> Acceso: 15 febrero 2007; <http://www.who.int> Acceso: 5 febrero 2007.
- Kweitel, Juana M. y Pablo Ceriani Cernadas; “El Derecho a la Educación” en *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, Víctor Abramovich y Christian Courtis (comps.), Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.
- Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003.
- Organización Mundial de la Salud, *The right to water* (El derecho al agua), Suiza, 2003
- Oyarte Martínez, Rafael, *La Acción de Amparo Constitucional*, Fondo Editorial Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2005.
- Pisarello Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, Víctor Abramovich y Christian Courtis (comps.), Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.
- Pólit Montes de Oca Berenice, *El amparo consitucional: su aplicación y límites*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
- Prieto Sanchos, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.
- Sen Amartia, *La libertad individual como compromiso social*, ILDIS, 2003.
- Tomaševski, Katarina, *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/52, 11 enero, 2001.
- Trujillo, Julio César, *Garantías Constitucionales*, INREDH, Punto Digital, Quito, 2000.
- Türk, Danilo, *Informe del Relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/14991/17, 1991.

- UNESCO, *Condiciones de Trabajo y Salud Docente, Chile*, Octubre 2005. Internet. <http://unesdoc.org> Acceso: 13 de junio 2007.
- Vela, María de la Paz, *Salarios, impuestos y deuda al carbón*, Revista Gestión No. 152, febrero 2007.
- Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 165, México, 2003.
- _____. *La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública* en Revista Derecho Comparado de la Información, UNAM, No. 5, enero – junio de 2005.

Internet

- Ávila Santamaría, Ramiro. “La inversión social y el Estado: un estudio de caso sobre la exigibilidad en el Ecuador”. Internet. www.uasb.edu.ec Acceso: 20 julio 2007.
- _____. “Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento”. Internet. www.uasb.edu.ec Acceso: 20 julio 2007.
- Environmental Protection Agency (Agencia de Protección Ambiental) de los Estados Unidos “Estándares del reglamento nacional primario de agua potable”, en Nuevo Digital Internacional; *Tensión entre Colombia y Ecuador*. Internet. www.nuevodigital.com Acceso: 5 febrero 2007.

Instrumentos Internacionales

- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul”.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984.
- Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), R.O. 132, 2 diciembre 1981.
- Convención de los Derechos del Niño, R.O. 132, 2 diciembre 1981.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, R.O. 140, 14 octubre 1966.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, IX Conferencia Internacional Americana, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea

- General 217 A de la ONU, 10 diciembre, 1948.
- Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero 1997.
- Declaración del Milenio, Asamblea General de la ONU, resolución 55/2, 8 septiembre 2000.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A(XXI), R.O. 101, 24 enero 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, R.O. 101, 24 enero 1969.
- Principios de Limburgo, naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1986.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: "Protocolo de San Salvador", R.O. 175, 23 abril 1993.

Leyes y Documentos

- Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento No. 167, 16 diciembre 2005.
- Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial N. 1, 11 agosto 1998
- Contraloría General del Estado. Suplemento Institucional, Quito, 3 diciembre 2006.
- Decreto Supremo No. 369. RO/ 69, 30 mayo 1972.
- Decreto No. 189. Internet. www.presidencia.gov.ec Acceso: 19 marzo 2007.
- Ley de Aguas, Ley No. 2224, Registro Oficial Suplemento No. 558-S, 28 de octubre 1994.
- Ley de Control Constitucional, Registro Oficial No. 99, 2 julio 1997.
- Ley de Gestión Ambiental, Registro Oficial Suplemento No. 410, 10 septiembre 2004.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Registro Oficial No. 337, 18 mayo 2004.
- Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador, Pro Forma Presupuestaria 2007, Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República. Internet. www.mef.gov.ec Acceso: 08 marzo 2007.
- Resolución 217 A (III), París, 1948.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones No. 0005-2003-RA, 0012-202-RA, 333-RA-01-I.S., N. 0463-2003-RA; Resolución N. 0487-2003-RA, N. 020-RA-00-I.S., N. 001-RA-99-I.S., Resolución N. 438-2000-RA.

Documentos de Naciones Unidas

Centro de Noticias ONU, “El derecho al agua”, 2005.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 13, *El derecho a recibir educación* (párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 15, *El derecho al agua*, 2002.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 14, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud*, 2000.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 4, *El derecho a la vivienda adecuada*, 1991.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7, *El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos, 1997.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No 31, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 2004.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 12 julio 1993.

Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución No 41/128 aprobada el 4 diciembre 1986.

Naciones Unidas, Informe de la Conferencia sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (A/CONF.165/14), anexo II, Programa de Hábitat, 07 agosto 1996.

Sistema Interamericano

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1993.

Comisión Interamericana, Informe No 43/00 (14 abril 2000), *Caso Alcides Sandoval*

Flores, caso 10 670.

Corte IDH, *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 enero 1989.

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 julio 1988.

Corte IDH, Opinión Consultiva No 7, voto razonado del juez Piza Escalante, 29 agosto 1986.

Corte IDH, Opinión Consultiva No 5, 13 noviembre 1985.

Corte IDH, Opinión Consultiva No 11, 10 agosto 1990.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/I.4, Rev. 12, 31 enero 2007.

Artículos de prensa

“Ecuador descarta ataque contra aviones colombianos que violen su espacio”. Diario Occidente Internet, Internet. www.fac.mil.co Acceso: 14 junio 2007.

“Ecuador recibe con fiesta y aviones combate a la selección”; Agencia Reuters, Internet. www.elcolombiano.com Acceso: 10 junio 2007.

“El consumo de agua que no es potable causa siete dolencias”. *El Comercio* (Quito), 12 febrero 2007.

“El mejor recibimiento”. EFE, Internet. <http://espndeportes.espn.go.com> Acceso: 10 junio 2007.

“Gobierno recibe a comisión de Morona en caso Hidroabánico”. *El Universo* (Guayaquil), 9 octubre 2006.

“Hidroabánico suspende la generación de 22.5 MW”. *El Comercio* (Quito), 20 noviembre 2006.

Suplemento Blanco y Negro, *HOY* (Quito), 16 julio 2007.