

Universidad San Francisco de Quito USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La confidencialidad versus el derecho de acceso a la
información en la mediación del sector público

Saudy Estefanía Galarza Guerrero

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del
título de Abogada

Ximena Bustamante, Directora del Trabajo de Titulación.

Quito, 17 de diciembre de 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La Confidencialidad versus el derecho de acceso a la información en la mediación del sector público.”

Saudy Galarza

Ximena Bustamante
Directora del Trabajo de Titulación

.....*Ximena Bustamante V.*.....

Karla Andrade
Lectora del Trabajo de Titulación

.....*Karla Andrade*.....

Jaime Vintimilla
Lector del Trabajo de Titulación

.....*Jaime Vintimilla*.....

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....*Farith Simon*.....

Quito, diciembre del 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO: “La confidencialidad versus el derecho de acceso a la información en la mediación del sector público”

ESTUDIANTE: Saudy Galarza

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

Si bien se ha analizado sobre el contenido y los límites de la confidencialidad en la mediación, no se había realizado un estudio más profundo sobre las particularidades de este principio cuando tiene que ver con la mediación pública. Ciertamente, en casos en donde interviene el Estado, siempre está la duda de hasta qué punto se puede mantener la confidencialidad y desde cuando los temas deben tratarse con transparencia.

Este trabajo presenta un problema con enorme relevancia práctica y, sin embargo, limitado tratamiento académico. Así también lo hace desde una perspectiva novedosa, cual es la revisión del derecho de acceso a la información pública como un derecho humano.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada reconoce el conflicto que puede haber entre el derecho de acceso a la información pública v. el principio de confidencialidad en la mediación con el Estado. Esto plantea una visión muy amplia de la problemática, pues es un estudio de la confidencialidad de la mediación desde su respeto, o no, de un derecho humanos. Ciertamente este trabajo integra dos áreas fundamentales del derecho.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Para sustentar la hipótesis, la presente investigación cuenta con amplios y suficientes documentos y materiales, tanto a nivel nacional como internacional.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El trabajo lleva al lector con facilidad a reconocer la tensión que existe entre el derecho de acceso a la información pública y la confidencialidad en la mediación con el Estado. Así también lo embarca en un estudio a profundidad de cada uno de los temas, para ayudarlo con más argumentos para ponderarlos hacia el final del trabajo.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas.

La estudiante ha cumplido adecuadamente las tareas encomendadas.

A handwritten signature in blue ink that reads "Ximena Bustamante V." The signature is written in a cursive style with a large, prominent 'V' at the end.

Ximena Bustamante V.

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombres y apellidos: Saudy Galarza

Código: 00116572

Cédula de Identidad: 1205664244

Quito, 17 de diciembre de 2018

AGRADECIMIENTOS

Gracias a mis padres, y a mis profesores por creer en mí.

RESUMEN

El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano cuya práctica tiene como resultado la eficacia de un Estado democrático. Es así como entra en conflicto con el principio de confidencialidad que regula la mediación. El conflicto se crea cuando dentro del procedimiento de mediación hay intervención de entidades estatales, que en ejercicio de sus funciones manejen información de interés general. A nivel normativo existen regulaciones para el control de estos procedimientos, sin embargo, no son comprables con el derecho al libre ejercicio de la democracia que faculta a todos los ciudadanos.

A pesar de que existe una regulación para tratar el tema en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se vulnera el derecho de acceso a la información pública, en este sentido se debe hacer una distinción en la normativa respecto el procedimiento en cuanto se trata de mediación pública, y hacer una reforma en la Ley de Arbitraje y Mediación que es la ley especial que regula el procedimiento de mediación.

ABSTRACT

The right to access public information is a human right whose practice results in the effectiveness of a democratic State. This is how it conflicts with the principle of confidentiality that regulates mediation. The conflict is created when within the mediation procedure there is intervention of state entities, which in the exercise of their functions handle information of general interest. In the legal system there are regulations these procedures, however they are not compatible with the right to the free exercise of democracy that empowers all citizens.

Although there is a regulation to address the issue in the Ecuadorian legal system, the right to access public information is violated, in this sense a distinction must be made in regulations regarding the public mediation procedure and a reform to the Ley de Arbitraje y Mediación, which is the special law that regulates the mediation procedure.

| | |
|--|-------------|
| ÍNDICE | |
| RESUMEN | VII |
| ABSTRACT | VIII |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN | 3 |
| 1.1. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO | 4 |
| 1.2. RÉGIMEN NORMATIVO ECUATORIANO FRENTE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN | 7 |
| 1.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL | 9 |
| <i>1.3.1. Caso signado con el No. 0004-2005-AI</i> | <i>9</i> |
| <i>1.3.2. Caso No. 0017-06-AI</i> | <i>11</i> |
| <i>1.3.3. Tribunal Constitucional Registro Oficial Suplemento 313 de 14-jul.-2006</i> | <i>12</i> |
| 1.4. RESTRICCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN | 14 |
| 1.5. CONCLUSIONES | 18 |
| CAPÍTULO II: LA CONFIDENCIALIDAD EN LA MEDIACIÓN | 20 |
| 2.1. DEFINICIÓN DE CONFIDENCIALIDAD | 20 |
| 2.2. MEDIACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD | 22 |
| 2.3. LÍMITES DE LA CONFIDENCIALIDAD | 25 |
| 2.4. RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR Y DE LAS PARTES DERIVADA DE LA CONFIDENCIALIDAD | 28 |
| 2.4. CONCLUSIÓN | 30 |
| CAPÍTULO III: MEDIACIÓN PÚBLICA | 32 |
| 3.1. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR | 32 |
| 3.3. CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO | 34 |
| <i>3.4.1. Rol de Asamblea Nacional en la mediación</i> | <i>36</i> |
| <i>3.4.2. Rol del Contralor General del Estado en la mediación con el Estado</i> .. | <i>37</i> |
| 3.5. EJEMPLOS DE PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO | 38 |

| | |
|---|-----------|
| 3.6. CONCLUSIÓN..... | 40 |
| CAPÍTULO IV: PONDERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD CUANDO INTERVIENE UNA ENTIDAD DEL ESTADO. | 41 |
| 4.1. RESTRICCIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DE LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO | 41 |
| 4.2. PROPUESTA PARA EL CONFLICTO | 45 |
| BIBLIOGRAFIA | 47 |

Introducción

El numeral 2 artículo 18 de la Constitución de la República prescribe el derecho de

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

Este artículo faculta a las personas para acceder a información generada por entidades publicas o privadas por el carácter de la información que ostentan. El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano reconocido en la Constitución e intrumensto internacionales.

Se analizará este derecho en contraposición con el artículo 190 de la Constitución de la República que reza:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

Ambos mandatos prescritos en la Constitución, prevén situaciones contrapuestas pues la mediación por naturaleza es un proceso confidencial, y es una situación que no cambia pese a la intervención de entidades estatales. Dicho problema es el que se analizará en la investigación y se profundizará en cuanto los límites y alcances del derecho de acceso a la información y de la confidencialidad en la mediación pública.

Es una situación que llama la atención pues el derecho de acceso a la información es una plataforma para el escrutinio y transparencia del aparataje estatal. Es un medio para efectivizar la democracia, pero la existencia de ambas disposiciones en la Constitución las pone sobre una balanza al momento de decidir si la información que se ventila dentro de un procedimiento de mediación público debería ser de acceso a todos los ciudadanos.

En base a este problema jurídico surge la duda de ¿qué prevalece en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? El derecho de acceso a la información o la confidencialidad en la mediación pública. Mi hipótesis frente a este problema es que, en efecto, hay una vulneración al derecho de acceso a la información pública y para demostrar mi posición empezaré analizando y desglosando el derechos de acceso a la información pública, la naturaleza confidencial de la mediación, y finalmente, la regulación jurídica en el ámbito de la mediación pública.

En el primer capítulo se analizará el derecho de acceso a la información pública nacional e internacionalmente, de esta manera cubrimos las dimensiones que regulan este derecho. Cubriendo la regulación jurídica nacional e internacional se puede entender de mejor manera como funciona y su interpretación. Posteriormente se abarcará el área de jurisprudencia para determinar un criterio de los jueces en cuanto al derecho de acceso a la información y la acción para la garantía del mismo. Estos criterios crean precedentes y es esta uniformidad es lo que ayudará a crear conceptos. Finalmente se analizará el test tripartito de restricción a los derechos humanos para crear un estándar a seguir e ir delineando la investigación en cuanto a la balanza entre el derecho de acceso a la información pública y la confidencialidad de la mediación.

En el segundo capítulo se iniciará con la definición de confidencialidad para que no exista ninguna confusión en cuanto a la acepción que se utilizará por motivos de la investigación, se procederá luego con los principios que rigen a la mediación para crear un poco de contexto. Estos dos subtemas sirven de apertura para los límites de la confidencialidad, donde se determina bajo que figuras la mediación deja de ser confidencial en los términos de la ley. Posteriormente se determina la responsabilidad del mediador y de las partes en caso de violar la confidencialidad.

En el tercer capítulo se abordará el contenido de la regulación jurídica de la mediación en el ámbito público, se recopilará la normativa existente en este ámbito para poder determinar si existe una diferencia con la mediación privada. Debido a que hay intervención de entidades estatales, hay la intervención de entes fiscalizadores como la Asamblea Nacional, Contralor General del Estado, y el Procurador General del Estado. Se analizará el rol del cada uno dentro del procedimiento de mediación. Se demostrará la eficacia de la confidencialidad en la mediación pública a través de ejemplos tomados de la página de la Procuraduría General del Estado.

Lo más importante del tercer capítulo es demostrar la utilidad e importancia de confidencialidad en la mediación pública; como esta ayuda a las partes a moverse dentro del proceso, diferente de lo que sucede en un procedimiento ordinario.

Finalmente en el capítulo cuarto se plasmará la confrontación entre el derecho de acceso a la información pública versus la confidencialidad. Se pondrá en una balanza ambos mandatos constitucionales y se procederá a plantear una propuesta para el conflicto.

Capítulo I: Derecho de acceso a la información

El primer capítulo explora el panorama sobre el derecho de acceso a la información, su definición, la legislación que regula este derecho, la relevancia en cuanto a marco constitucional y finalmente las restricciones jurídicas del derecho de acceso a la información. Del mismo modo, se hablará de la relevancia y pertinencia de este derecho en la mediación pública.

En principio, conviene destacar que la mediación es un método de solución de conflictos y por esencia tiende a ser de naturaleza confidencial; es solo cuestión de práctica preguntarse si en efecto esto afecta o violenta el derecho humano y constitucional de acceso a la información pública.

De este modo el derecho de acceso a la información pública se entiende como la potestad de las personas para acceder a los recursos informativos que ostenta una institución pública o privada sobre información que concierne o afecta a una Nación, o a un conglomerado. Es un tema pertinente a la investigación, pues en virtud de este derecho es que la legitimidad del principio de confidencialidad dentro de la mediación puede ser puesto en duda.

El derecho de acceso a la información es elemental en el ámbito de los derechos sociales y culturales para el cumplimiento de este régimen. El rol de este derecho en un país como el Ecuador, más que ser una herramienta de control de transparencia y satisfacción por el conocimiento de los ciudadanos, representa el libre ejercicio de la democracia.

Tanto en contextos de defensa territorial, de exigibilidad de derechos económicos sociales y culturales o en la búsqueda de verdad, justicia y reparación de graves violaciones de derechos humanos, el cumplimiento del acceso a la información pública a través de sus estándares constitucionales y legales, constituyen en gran medida, un paso fundamental para la plena vigencia de los derechos humanos en el Ecuador.¹

En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha mencionado que “[...] las leyes que reconocen adecuadamente este derecho contribuyen a combatir la corrupción, que ha sido identificado [...] como un problema que requiere una atención especial en las

¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión . *Derecho a la información Pública*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); 1998. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/acceso/Informe%20Tem%C3%A1tico%20Acceso%20a%20la%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%202014.pdf>

Américas”.²

Siendo el derecho una herramienta para cubrir las necesidades de una sociedad, y estando dentro de las obligaciones del Estado ecuatoriano una legislación interna para la aplicación y eficacia del derecho en mención, surge la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública³, no sin antes existir un precedente constitucional en el artículo 81 de la Constitución de 1998, en el que se precautelaba y garantizaba el derecho de acceder a fuentes de información y rezaba lo siguiente:

Art. 81.- El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales. [...]

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

Por su parte, el artículo 3 literal h de la ley antes mencionada ordena que las personas jurídicas pertenecientes al derecho privado que dispongan de información de carácter público están sujetas a las regulaciones establecidas por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, es decir, deben cumplir con la disposición de brindar información cuando concierna a un asunto del Estado.⁴

1.1. Derecho de acceso a la información como un derecho humano

El derecho de acceso a la información pública, desde el punto de vista de los derechos humanos, se consagra en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos ratificada el 8 de diciembre de 1977, del mismo modo en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado el 6 de marzo de 1969, y la Declaración de Chapultepec por la Libertad de Expresión y de Prensa adoptada el 15 de septiembre de 2015. Graciela Romero sostiene que este derecho en particular tiene dos dimensiones: la pasiva, que es el derecho a recibir información y la activa, que es el derecho a buscar e investigar la información que es de interés de cada individuo, planteado de este modo el derecho de

² Relatoría Especial Para La Libertad De Expresión. *Capítulo IV - Informe sobre el Acceso a la Información en el hemisferio*. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=267&IID=2>.

³ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004

⁴ *Ibíd.* . Artículo 3.

acceso a la información tiene dos implicaciones, políticas y sociales.⁵

Además de esta posición de las dimensiones del derecho de acceso a la información, Mónica Vera, asevera que ambas deben estar garantizadas como un conjunto desde un punto de vista social y otro individual. La primera dimensión se acerca al derecho de las personas de recibir información de forma directa y transparente, mientras que la dimensión individual es la garantía de que nadie sea arbitrariamente impedido de expresar su pensamiento.⁶

Las implicaciones políticas se refieren a los efectos democráticos que el acceso a la información garantiza mediante su aplicación, y las implicaciones sociales corresponden a la recepción de información veraz por parte de entidades públicas y privadas.

El derecho de acceso a la información es también interpretado como la libertad de expresión contemplada en el artículo 13 de la Convención Americana, la cual prescribe que es una facultad que ostentan los seres humanos de recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁷

Según han explicado la CIDH y la Corte Interamericana, el derecho a la libertad de expresión también faculta a sus titulares para buscar, procurar, obtener y recibir todo tipo de información, ideas, expresiones, opiniones y pensamientos. El derecho de acceso a la información, particularmente a la información que está en poder del Estado, es una manifestación específica y crucial de esta libertad, que ha merecido especial atención en el sistema interamericano.⁸

Al respecto, Graciela Romero manifiesta que existe una relación entre el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión, debido a que la misma se desprende como consecuencia de la participación y escrutinio por parte de la ciudadanía e incluso

⁵ Graciela Romero. “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”. *American University International Law Review* 6. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1699&context=auilr> (acceso: 12/09/2018).

⁶ Mónica Vera. *Derecho de acceso a la información pública*. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. Quito, 2015. http://www.inredh.org/archivos/pdf/_derecho_a_la_informacion_publica.pdf

⁷ Jessica Whittingham. “Libertad de información”. *Revista Derecho del Estado* N° 20. 2007. p. 34. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/702/664> (acceso: 14/09/2018).

⁸ OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”. 2010. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html (acceso: 15/09/2018).

de la transparencia en la actuación de las entidades públicas⁹, es decir, es un “acceso a [cuanta] información sea necesaria para el ejercicio responsable del derecho y el deber de cada persona de tomar parte en los asuntos que le conciernen”.¹⁰

En este sentido, Carlos Ramos define este derecho como la facultad que ostentan las personas para solicitar u obtener documentos e información del gobierno. Es así como este derecho tiene priorizado promover principalmente la rendición de cuentas.¹¹ Al respecto, la sentencia *Claude Reyes v. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluye dentro de la misma que la divulgación de información en poder del Estado juega un rol muy importante en una sociedad democrática, pues habilita a la sociedad civil para controlar las acciones del gobierno a quien ha confiado la protección de sus intereses.¹²

[E]l artículo 13 de la Convención debe comprender una obligación positiva de parte del Estado de brindar acceso a la información en su poder”, lo cual es necesario para evitar abusos de los funcionarios gubernamentales, promover la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permitir un debate público sólido e informado para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos.

Esta relevancia proviene principalmente de la jerarquía constitucional que ostenta los tratados internacionales dentro del territorio de cada Estado Parte, la cual debería ser adoptada por todos los países que han ratificado el contenido de estos instrumentos relativos a derechos humanos, obligándoles a desarrollar una regulación jurídica interna, con el propósito de prever y precautelar los derechos y deberes contenidos en el mismo. Así como lo prescribe el artículo 2 de la Convención Americana:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que

⁹ Graciela Romero. “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”. *American University International Law Review* 6. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1699&context=auilr> (acceso: 12/09/2018), p 161

¹⁰ Efren Rivera. “Marco jurídico del derecho a la información en Puerto Rico”. Encuentro de periodistas y abogados auspiciado por Espacios Abiertos (24 de octubre de 2015). Citado en: Carlos Ramos “Acceso a la Información, Transparencia y Participación Política” *Revista jurídica UPR* 85(2016), p. 1019.

¹¹ Carlos Ramos. “Acceso a la Información, Transparencia y Participación Política”. *Revista jurídica UPS* 8 5 (2016), p. 1018.

¹² Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo. (ser. C) No. 151, T 92 (19 sept. 2006), párr. 58.

fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.¹³

En concordancia con lo antes expuesto la Constitución de la República del Ecuador ordena en el artículo 425 que “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas [...]”¹⁴, ocupando uno de los lugares de la cúspide en la pirámide de Kelsen; es así como Ecuador no está exento de su obligación, sino por el contrario tiene el deber de cumplir con este mandato constitucional de forma directa y eficaz.

Así mismo, Isidre Molas menciona que la libertad de expresión se configura como un derecho central en el sistema político democrático, no solo por su posición en los derechos humanos sino porque hace posible un sistema democrático representativo. Sin esta libertad no habría un espacio para la opinión de la esfera pública donde los individuales concurren para la determinación de temas comunes, y no habría opinión pública libremente formada.¹⁵

1.2. Régimen normativo ecuatoriano frente al derecho de acceso a la información

Ecuador expidió la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el 2004, que busca “hacer efectivo el principio de publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado y de aquellas financiadas con recursos públicos o que por su naturaleza sean de interés público”¹⁶. La misma ley en el artículo 1 define el acceso a la información como

[...][U]n 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 participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

Del mismo modo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 47 señala el objeto y ámbito de aplicación del derecho de la

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 2.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.

¹⁵ Isidre Molas. *Derecho Constitucional. Tecnos*. Madrid (1998). P 317

¹⁶ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Considerandos. Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004

siguiente manera:

Esta acción tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información. También procederá la acción cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma.

Se considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste [...]

La Corte Constitucional en el caso No. 1739-14-EP¹⁷ fija ciertos criterios para la satisfacción del derecho de acceso a la información. La eficacia y la oportunidad son criterios inherentes en el sistema jurídico ecuatoriano para su cumplimiento,¹⁸ sin embargo, es importante notar que no es un derecho absoluto. En este particular, Jessica Whittingham asevera que existen límites a nivel internacional y nacional que regulan el derecho de acceso a la información pública.¹⁹

El último inciso del artículo 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina los límites frente al derecho de acceso a la información, rezando que “No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas”.

Del artículo anterior se desprenden dos límites importantes sobre el acceso a la información: el carácter confidencial declarado por ley e información estratégica de empresas públicas.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública también norma este derecho a través del artículo 6, que restringe la publicidad de la información derivada de derechos personalísimos y fundamentales. Por su parte, el artículo 17 del mismo cuerpo legal prescribe taxativamente que las situaciones en las cuales no procede el derecho son: [...]

Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el

¹⁷ Corte Constitucional. *Caso No. 1739-14-EP*, de 13 de enero de 2016. Obtenido de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c0d1e72b-ca40-48fd-ac26-0ae468935574/1739-14-ep-sen.pdf?guest=true>

¹⁸ *Ibid.* p.12.

¹⁹ Jessica Whittingham. “Libertad de información”. *Revista Derecho del Estado* 20 (2007), p. 40. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/revderest20&i=33>

Estado; Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;

La información sobre la ubicación del material bélico cuando esta no entrañe peligro para la población; y, Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y,

b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública regula esta restricción a la libertad de expresión, pues establece que la información clasificada como reservada debe permanecer de ese modo por un período máximo de 15 años. Se desclasificará la información una vez que dejen de existir los motivos por los cuales adquirió ese carácter, caso contrario, existe la posibilidad de alegar que las circunstancias no se han extinguido y se ampliará el plazo de reserva.

1.3. Jurisprudencia nacional

En este apartado se buscará aportes de la jurisprudencia ecuatoriana que clarifiquen aspectos como la acción de acceso a la información pública, el bien jurídico que se protege y los límites del derecho. Los casos fueron escogidos por su contenido conceptual, y cada uno aporta en un aspecto diferente del derecho de acceso a la información pública.

1.3.1. Caso signado con el No. 0004-2005-AI²⁰

Santiago Palacios Cisneros, en calidad de procurador judicial del consorcio ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. Conecel, comparece ante el Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha e interpone recurso de acceso a la información en contra del Gerente General de Andinatel S.A., como resultado de una solicitud de 14 de diciembre de 2004.

Entre los principales documentos que solicitan a la institución se encuentra la información detallada de los valores facturados y recaudados por Andinatel S.A., así como las instituciones y cuentas en las cuales se han depositado los valores por parte de Andinatel S.A. a sus abonados, correspondientes al pago de los montos de interconexión y estudios elaborados por la empresa.; a lo cual el 24 de diciembre de 2004, el Presidente Ejecutivo de Andinatel S.A. se negó a entregar la información, pues a su criterio se trataba de información confidencial.

En primera instancia se niega el recurso de acceso a la información mediante

²⁰ Tribunal Constitucional. Acceso de información. Registro Oficial Suplemento 283, de 2 de junio de 2006.

resolución. Se procede a la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en donde se resuelve confirmar la sentencia emitida por el juez de instancia y se niega el recurso de casación. En sus considerandos el Tribunal manifiesta que:

Este derecho configura un mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas, a través de los principios de publicidad y transparencia, [...]

[...]información pública es todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado

En el presente caso la actora comete un grave error pues confunde el derecho de acceso a la información pública con el bien jurídico que se protege a través del habeas data. La recurrente interpone la acción en busca de información relativa a operaciones entre ambas partes, es decir, que era de exclusivo interés de quienes intervenían. Es por eso que el Tribunal rechaza la acción explicando que:

[El] [H]abeas data solicita información de carácter personal, en este caso, el derecho a la información que se protege es el derecho de quien tiene interés en acceder a los datos que sobre su persona o sobre sus bienes constan en poder de entes públicos o privados. Al contrario de lo manifestado, el derecho a recibir información, en estricto sentido, es el derecho a recibir información de orden general, cuyo contenido interesa a la opinión pública, por lo tanto, no puede ser protegido de manera individual, como pretende el recurrente; por lo tanto, el recurso de acceso a la información pública no puede reemplazar otros procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico.

De este caso se puede observar que el bien jurídico protegido es el de acceso a la información pública, pues no se trata solo de obtener información que sea de interés de quien la solicite, sino de interés general. Es importante resaltar estos aspectos porque en la presente investigación se busca precisamente demostrar cómo este bien jurídico se ve afectado por un método alternativo de solución de conflictos, por tanto, conviene determinar ¿cuál es ese bien jurídico, y como lo entiende la jurisprudencia?

De este modo, el bien jurídico que se protege es la información considerada de interés general, es decir, que cubre a todas las instituciones públicas y privadas que posean información general en los términos de la Ley; sin embargo, se excluye de este término la información

calificada como reservada por razones de defensa nacional y las expresamente establecidas como reservadas en las leyes vigentes, cabe puntualizar que, de conformidad con la Ley No. 2004-34, la información confidencial es aquella información pública personal, derivada de los derechos personalísimos y fundamentales, que no esta sujeta al principio de publicidad como son aquellos contemplados

1.3.2. Caso No. 0017-06-AI²¹

El señor Francisco Vivanco Riofrío, comparece ante el Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha y presenta el recurso de acceso a la información en contra del Presidente del Consejo Nacional de Telecomunicaciones y Contralor General del Estado, con la finalidad de obtener acceso a la Resolución No. 311-14-CONATEL-2006, emitida por el CONATEL y al Acta de la Sesión del CONATEL, en la que se aprobó y dictó dicha Resolución, realizando cuatro requerimientos a la institución demandada:

- a) La Resolución No. 311-14-CONATEL-2006, emitida por el CONATEL el 8 de junio de 2006;
- b) El Acta de la sesión del CONATEL, en la cual se aprobó la Resolución antes mencionada;
- c) Los nombramientos o delegaciones de los funcionarios quienes participaron en la sesión del CONATEL; y,
- d) El Acta de posesión de los miembros que integran el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Pese a su insistencia no obtuvo respuesta alguna, debido a que los demandados sostienen que la información contenida en el acta de sesión del CONATEL de fecha 8 de junio de 2006, no está sujeta al principio de publicidad por cuanto proviene de los derechos personalísimos y fundamentales de los operadores de telecomunicaciones. Es así como a través de estas conexiones en su alegato lo concluyen atribuyendo el carácter de confidencial a la información contenida en el acta de sesión.

En primera instancia se acepta la demanda parcialmente, pues no conceden lo requerido en el literal A y B. En cuanto al literal C y D se ordena dar la información solicitada, dado que no logra incorporar al proceso documentos que acrediten el carácter de información reservada.

Una vez subida en grado la sentencia el Tribunal Constitucional se declara competente y en su considerando octavo manifiesta que:

[...] la información solicitada por el peticionario no es aquella calificada como confidencial por el Art. 6 de la Ley No. 2004-34, es decir, no se refiere a información pública personal. Del mismo modo, la información solicitada no se refiere a aquella determinada como reservada por la letra a) del Art. 17 de la Ley No. 2004-34, esto es, no son documentos calificados como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional por razones de defensa nacional, de conformidad con el inciso tercero del artículo 81 de la Constitución. Por otra parte, tampoco está considerada dentro de lo establecido en la letra b) del Art. 17 del mismo cuerpo normativo que determina como información reservada la que así se establezca en leyes vigentes.

²¹ Tribunal Constitucional. Información. Registro oficial 434, de 10 de enero de 2007.

En base a este criterio el Tribunal procede a conceder completamente la acción de acceso a la información, con base en los literales C y D y enmarcado dentro de lo estipulado en el Art.6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información.

De esta sentencia se debe destacar que “este derecho configura un mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a través de los principios de publicidad y transparencia”, es decir, uno de los alcances es el derecho de acceso a la información pública es el ejercicio de la democracia por medio de la transparencia y rendición de cuentas.

Entendemos de este modo que no solo se hace efectivo uno de los derechos constitucionales por medio de la efectivización del derecho de acceso a la información pública, también se cumple con los estándares de un estado democrático, un Estado que responde ante la soberanía.

1.3.3. Tribunal Constitucional Registro Oficial Suplemento 313 de 14-jul.-2006²²

Doctor Alejandro Ponce Villacís, Doctor Farith Símon, Andrés Becdach y Nathaly Jurado comparecen, por sus propios derechos e interponen Recurso de Acceso a la Información en contra del Secretario Ejecutivo del CONSEP.

El 7 de octubre de 2004 solicitan al Secretario Ejecutivo del CONSEP lo siguiente:

- a) Una lista de los bienes inmuebles que se encuentran en depósito por orden judicial a cargo del CONSEP desde el 16 de diciembre de 1990 hasta la presente fecha.
- b) Copia de órdenes recibidas por el CONSEP de devolución de inmuebles, emitidas por Jueces y Tribunales de la Función Judicial recibidas desde hace diez años hasta la fecha que hayan sido conferidas al CONSEP.

El 20 de octubre de 2004, recibieron una negativa en la cual se argumenta que la información solicitada ha sido catalogada como reservada y restringida para el público general por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Los actores en sus argumentos citan instrumentos internacionales ratificados en el Ecuador, los cuales deben cumplirse obligatoriamente:

El Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Art.13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su numeral segundo establecen que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones 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

La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito

²² Tribunal Constitucional. Niega recurso de Acceso a la Información. Registro Oficial Suplemento 313, de 14 de julio de 2006.

resuelve confirmar la negativa de acceso a la información, emitida por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

De esta resolución interponen el Recurso de Apelación los accionantes ante el Tribunal Constitucional. En sus considerandos el Tribunal hace ciertas distinciones de orden legal, para aclarar el panorama jurídico de la acción de acceso a la información.

c) QUE ES LA LEY ORGANICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Esta ley es la medida de desarrollo de la democracia, está dada por la capacidad que tienen los ciudadanos para ejercer y practicar sus derechos y constituirse en sujetos de las decisiones que los afecta; y en este caso al control de los funcionarios públicos y de los fondos del Estado.

[...]

g) DERECHO A LA INFORMACION

[...] [E]l derecho a la información es condición necesaria para que la sociedad tenga capacidad de controlar y fiscalizar al Estado y al gobierno, así como en general participar en los asuntos públicos pues la información pública es el elemento esencial para el control de la gestión pública y como dice nuestra carta política no existiría una democracia efectiva sin una posibilidad real de control popular.

[...]

i) QUE ES INFORMACION RESERVADA

El acceso a la información pública tiene algunas limitaciones, de tal modo que no toda información que se encuentre en las entidades estatales puede ser difundida o entregada; y las excepciones al derecho de acceso a la información pública, están establecidas en forma precisa en los Artículos 81 numeral 3 de Constitución Política; 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Art. 10 del Reglamento a dicha Ley.

Información Reservada es aquella como dice coalición acceso, que, y siendo pública no puede ser difundida porque afecta actividades económicas, de seguridad del Estado o de alguna persona; obviamente que quien alega la reserva debe justificarla adecuadamente. [...]

O sea, el acceso a la información pública, si bien implica en principio un derecho amplísimo general, pero también tiene ciertas restricciones como en los artículos anteriormente mencionados. [...]

Una vez limitado el marco del derecho de acceso a la información el Tribunal señala que el artículo 14, numeral 5, de la Codificación de Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas acredita el carácter de reservado de la información solicitada, dado que está escrito taxativamente el texto del artículo. Finalmente, deciden confirmar la resolución del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo.

Esta sentencia se evidenció de mucha importancia porque muestra el criterio jurídico a nivel jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información, más allá de la decisión final; también se considera de gran relevancia los estándares que marcan en la jurisprudencia ecuatoriana, como bien lo indican los miembros del Tribunal, pues el derecho de acceso a la información pública permite que la sociedad participe no solamente en la organización del poder político, sino también en su ejercicio, y como consecuencia, se concibe una forma de estado.

El tribunal reconoce el derecho de acceso a la información pública como uno de los derechos humanos más importantes, incluso se inscribe en la vida de todas las personas. En Ecuador se garantiza el derecho por medio de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ya que es un canal que facilita la participación de la sociedad civil hacia un control institucional. La información pública de este modo es un elemento esencial para el control de la gestión pública y no hay democracia efectiva sin una posibilidad real de control popular.

1.4. Restricciones al derecho de acceso a la información

La mediación por naturaleza es un procedimiento confidencial al existir un derecho como el puesto en cuestión, ¿existe una restricción al derecho de acceso a la información? ¿es posible dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano una restricción de esa magnitud?

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, deja en claro primero respecto al artículo 13 que no se trata de un derecho absoluto, y segundo, exige el cumplimiento de tres condiciones para que la limitación del derecho a la libertad de expresión sea admisible.²³ Estas condiciones se conocen a nivel internacional como el test tripartito para restricción legítima que “deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención.”²⁴

Primero, la limitación debe haber sido expedida en una ley de forma clara y precisa, segundo debe buscar un interés general, es decir, tener un objetivo legítimo y,

²³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” (2010). http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html (acceso: 04/09/2018).

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%C2%A0>(acceso: 05/09/2018).

finalmente, debe ser una restricción que responda a una necesidad.²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* hace énfasis en la prescripción taxativa de las restricciones al derecho de libertad de expresión, con la finalidad de que sea estrictamente necesario para la consecución de sus fines y asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.”²⁶

El primer requisito implica que la norma que restrinja el derecho de acceso a la información este redactada de tal forma que no vulnere la seguridad jurídica de la Nación, resaltando que debe ser clara expresa, previa y precisa, pues de ese modo se elimina cualquier opción de mal interpretar el objetivo de la misma.²⁷

El segundo requisito, con base en la Relatoría para la Libertad de Expresión, es que cada restricción impuesta al acceso a la información debe buscar un “objetivo imperioso” previsto dentro de la Convención Americana, por ejemplo, seguridad nacional, la protección de la salud u orden público. Es así como se precautela la armonización de los derechos sin necesariamente establecer una jerarquía; también la restricción debe obedecer a una amenaza o vulneración real de un derecho, lo que deberá ser justificado por quien la impone.²⁸

La Corte Interamericana en la opinión consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985 asevera que “[e]n efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”²⁹. Este requisito halla su importancia en la necesidad de objetivo ulterior para que la restricción proceda como legítima, restringiendo la posible arbitrariedad de los estados.

En el último requisito se debe analizar tres aspectos importantes: necesidad,

²⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*. Fondo. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Parr 79 □

²⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” (2010). http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html (acceso: 04/09/2018). párr. 69

²⁸ *Ibíd.* párr. 76

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985 solicitada por Costa Rica. Párr. 64

idoneidad y proporcionalidad. La necesidad implica que no existe otra medida para la precautelación del derecho, siendo la manera menos gravosa de evitar una vulneración. En este aspecto la Corte señala que:

[L]a " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo³⁰

Es relevante lo que manifiesta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto es la satisfacción de un interés público imperativo lo que atribuye el carácter de necesario a una situación y así, finalmente, considerar legítima una restricción. Dentro de estos criterios se debe incluir que la medida a aplicar debe ser la que restrinja en menor escala el derecho perjudicado, pues de existir otros medios se utilice el que permita mayor armonía en el conflicto de derechos.

Ahora, la idoneidad requiere que la restricción sea una medida idónea para la consecución de los fines u "objetivos imperiosos", que sea una medida eficaz. "[L]as limitaciones deben ser adecuadas para contribuir al logro de finalidades compatibles con la Convención Americana, o estar en capacidad de contribuir a la realización de tales objetivos".³¹

La proporcionalidad radica en la medida en que se pueda vulnerar un derecho, es decir, debe ser una amenaza y afectación directa al derecho protegido, así como ajustarse estrictamente al objetivo que justifica el límite impuesto.³² Del mismo modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que "[L]as restricciones a la libertad de expresión deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho

³⁰ *Ibíd.* Parr 121.

³¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html (acceso: 04/09/2018). Parr 87

³² *Ibíd.* párr. 88

protegido, y la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica”³³

Por otro lado, en Derecho Constitucional se entiende de manera específica el test tripartito, como un ejercicio de ponderación que es el conflicto de derechos entre principios o normas del mismo valor o nivel jerárquico. Luis Prieto, sostiene que el juicio de ponderación tienen sus consecuencias; que si bien es cierto a través de la ponderación se da una solución ésta solo sería en base al caso concreto, pues no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre normas constitucionales que preveen derechos humanos.³⁴

El proceso de ponderación se resume en cuatro etapas: la existencia de una ley y su constitucionalidad, un fin constitucionalmente legítimo, es decir, socialmente relevante y finalmente, la idoneidad, proporcionalidad y necesidad; estos criterios se apegan con aquellos establecidos a nivel internacional. La idoneidad desde este punto de vista se plasma como una extensión de la legitimidad, “si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad legítima alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada.” El aspecto de proporcionalidad y necesidad se asemeja al planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues es necesaria si no existe otra medida que resulte menos restrictiva y, finalmente, proporcionalidad, la cual consiste en acreditar un equilibrio entre el beneficio que se obtiene y los daños o lesiones que la medida ocasione como consecuencia.³⁵

En líneas generales, para Luis Prieto la idea de sostener la ponderación como una solución absoluta es surreal, pues siguiendo su planteamiento y haciendo un análisis caso a caso convendría de mejor manera, en aras de proteger los derechos humanos. Su posición confronta lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y plasma un punto de vista completamente diferente, que al mismo tiempo parece eficaz.³⁶

En tal sentido Otto y Pardo concuerda y expresa que:

[...] la noción de "ponderación" tampoco resuelve nada sino que mantiene los mismos problemas. Cuando se iniciaba su habitual empleo por parte del TC, ya había quien advertía que la relación entre bienes habría de resultar de la propia Constitución de manera expresa, y en el caso de no ser así la decisión en favor de aquel o de este no podría tener más fundamento que

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Fondo. Sentencia de 2 de julio de 2004. Parr 101.1

³⁴ Luis Prieto. *Apuntes de teoría del derecho*. Quinta edición. Editorial Trotta Madrid, 2015. P146-149

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

dicha ponderación, donde no hay más que inseguridad y juicios de valor subjetivos, además de poner en peligro la unidad de la Constitución y su misma posición jerárquica.³⁷

1.5. Conclusiones

Lo más primordial a destacar en este Capítulo es que el derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto y así lo entiende la jurisprudencia ecuatoriana, previsto de igual manera en el derecho internacional. Es posible que este derecho tenga límites, pues la información de carácter reservado no entra dentro del marco accesible.

Como bien es sabido, los derechos suelen enmarcarse en principios fundamentales que soportan su aplicación, siendo en el caso del derecho a la información pública los referidos a la publicidad y transparencia. Por ello, siempre que los entes o figuras, enmarcadas tanto en el ámbito del derecho privado como público, posean información de interés para los ciudadanos debe ser pública. Del mismo modo, estos sujetos deben garantizar la veracidad de los documentos que soporten su contenido.

Ahora bien, estos principios representan la base principal de este derecho; sin embargo, también conviene preguntarse ¿Qué ocurre si la limitación al acceso de la información, en virtud del principio de confidencialidad, restringe de manera legítima el derecho?, tomando en cuenta que ambos están contemplados en la Constitución y que forman parte de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. Ambos mandatos constitucionales buscan objetivos imperiosos de interés general, pero ¿Qué solución podría existir al momento de ponderar ambos derechos?

A partir de esta interrogante surgen respuestas a nivel internacional, como lo es el test tripartito de derechos humanos. El test establece tres requerimientos: que el derecho que restringe el acceso a la información este contemplado en la ley; que sea legítimo y que sea necesario. Estos requisitos parecen cubrirlo todo; sin embargo, en el último requerimiento queda estipulado de manera amplia que podrían haber arbitrariedades. La necesidad, proporcionalidad e idoneidad del test tripartito deja cabida a la interpretación de quien lo lee, que cabe como necesario o proporcional.

Es así que en materia de derecho constitucional se entiende el test tripartito como

³⁷ Otto y Pardo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988, p. 121. Citado en Pedro Rivas. "Notes about the Difficulties of the Doctrine of Balance of Goods, 41 *Persona & Derecho* 105" (1999). Obtenido el 9 de octubre de 2018 de: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/persodcho41&collection=journals&id=119&startid=&end=134>

un ejercicio de ponderación, tiene los mismos requerimientos que el test tripartito; sin embargo, en su aplicación, se han visto las falencias y en efecto su aplicación ha sido criticada.

Es importante mencionar este punto controversial, debido a que la restricción impuesta al derecho de acceso a la información y su legitimidad o no requiere más que un análisis pre establecido, quedando en tela de duda el test tripartito y su eficacia dentro del caso.

Cabe señalar, que el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información viene representado por el Estado, entiéndase que los organismos públicos tienen la obligación de suministrar información concerniente con su gestión, sin imponer limitaciones para dicho fin, razón por la cual el referido procedimiento amerita un ordenamiento jurídico que norme su aplicabilidad, mimo régimen que aplicará a las instituciones que ostenten información pública.

En el caso de Ecuador se promulgó la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, con el propósito de normar este derecho a la información pública, mismo que debe interpretarse armónicamente con la Constitución de la República, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y cualquier otro acuerdo internacional vigente.

En ese sentido, el mismo cuerpo legal determina dentro de su ámbito de aplicación una serie de organismos, con especial énfasis en las personas jurídicas de derecho privado, que en muchas ocasiones suelen obstaculizar el acceso a la información cuando se le considera de interés público, valiéndose de su naturaleza privada y realzando la restricción ante el Estado con base el principio de confidencialidad en torno a este derecho; todo ello, sustentado en el artículo 3 literal h de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En definitiva, el derecho del acceso a la información persigue que los entes o empresas, indistintamente de su naturaleza jurídica, ostenten y dispongan información pública, siempre que sea de conformidad con las normas jurídicas y se relacione con asuntos de interés público, donde prevalezca la participación de la Nación, pues ninguna persona natural, jurídica o estatal puede entorpecer los procedimientos llevados a cabo por la administración, para el ejercicio de las funciones públicas.

Capítulo II: La confidencialidad en la mediación

Con el desarrollo del segundo capítulo se pretende dar cabida a la confidencialidad en la mediación, razón por la cual se pretende señalar su definición, obligatoriedad dentro del proceso de la mediación y como este se enfrenta al derecho de acceso a la información pública, los límites y la responsabilidad del mediador y de las partes que intervienen en la mediación con respecto a la confidencialidad.

2.1. Definición de confidencialidad

La Real Academia define confidencialidad como aquello “que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho”.³⁸ En este sentido, la confidencialidad fuera del ámbito de la mediación es la reserva o privación de información por voluntad de quienes intervienen en la relación.

Para Guillermo Cabanellas, el término confidencial se define como “reservado, secreto. Lo hecho con confianza y manifestado por gran amistad”³⁹, conceptualizando “Reservado” como aquel documento que “por razones militares, políticas, de intereses, por afectar la moral de las personas, no debe tener difusión fuera del destinatario e intereses directos”.⁴⁰ Viola Demestre entiende la confidencialidad mediante el concepto de secreto profesional, pues, se entiende que todo lo compartido con un profesional es de carácter reservado.⁴¹

Este deber moral de confidencialidad tiene relación con derechos inalienables de las personas, derechos humanos que dependen de la prudencia de los profesionales: la intimidad y la privacidad. Resulta importante distinguir estos tres conceptos: confidencialidad, intimidad y privacidad. La confidencialidad es aquello que se dice en la confianza de que se mantendrá en reserva de lo hecho o lo dicho⁴², entre tanto que la intimidad es “la zona espiritual íntima y reservada de una persona”⁴³. La privacidad es el “ámbito de la vida privada, que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.”

³⁸ Diccionario de la Real Academia Española (2018). Definiciones. Madrid; España.

³⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho usual*. Tomo III. Buenos Aires – Argentina: Ed. Heliasta, 1997.

⁴⁰ Heran Paredes. *El principio de confidencialidad dentro del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*. Trabajo de titulación, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Las Américas, Quito, 2017.

⁴¹ Viola Demestre. “La confidencialidad en el procedimiento de mediación. “. *Vlex España*. Obtenido el 28 de septiembre de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confidencialidad-procedimiento-mediacion-332319450#FOOTNOTE_5.p8

⁴² Diccionario de la Real Academia Española. Confidencialidad .Obtenido de: <http://dle.rae.es/?id=UD4g0KW>

⁴³ Diccionario de la Real Academia Española. Intimidad .Obtenido de: <http://dle.rae.es/?id=UD4g0KW>

⁴⁴ bienes jurídicos contemplados en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵ armónicamente interpretado con el artículo 66 de la Constitución de la República que, entre los derechos a la libertad, regula la confidencialidad al señalar en su numeral 19 que reconoce y garantiza:

El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.⁴⁶

De igual forma el numeral 21 del mismo artículo señala que:

El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.⁴⁷

Sin embargo la definición legal de la confidencialidad que interesa en virtud de la presente investigación, se encuentra contemplada en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, expresándola como “[...] aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y es derivada de los derechos personalísimos y fundamentales”.⁴⁸

El mencionado artículo 6 concatenado con el artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal tipifica como una conducta penal la revelación de secreto; pues “[e]l uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes”⁴⁹, por lo tanto, “[l]a persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”.⁵⁰

En el Ecuador, el principio a la confidencialidad se encuentra previsto en varias

⁴⁴ Diccionario de la Real Academia Española. Privacidad .Obtenido de: <http://dle.rae.es/?id=UD4g0KW>

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 11.

⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 6. Registro Oficial N° 337 de 18 de mayo de 2004.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 179. Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014.

codificaciones, entre las cuales se puede señalar: la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos⁵¹, el Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública⁵², la Ley Orgánica de Salud⁵³; entre otras. Sin embargo, la normativa que interesa destacar es la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual reza en su artículo 50 lo siguiente:

La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.⁵⁴

2.2. Mediación y Confidencialidad

La Ley de Arbitraje y Mediación contempla dentro de su marco ciertos principios para la actuación de los métodos alternativos de solución de conflictos; por lo cual señala en su artículo 43 que “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”⁵⁵

De este artículo se desprenden los principios de neutralidad e imparcialidad, voluntariedad y transmisibilidad. El primer principio tiene dos aplicaciones: en primer lugar, la imparcialidad que se refleja en la participación sin interés directo del mediador por la solución del conflicto. Seguidamente, la neutralidad guarda relación con la función *persé* del mediador dentro del proceso, es decir, un canal de comunicación entre las partes, que no toma las decisiones por ellas y no tiene inferencia en la misma.⁵⁶ Por naturaleza los métodos alternativos de solución de conflictos son esencialmente de carácter voluntario; por lo tanto, esta viene a ser una característica primordial para la

⁵¹ Ley de Comercio Electronico, Firmas y Mensajes de Datos. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento 557 de 17-abr.-2002

⁵² Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 588 de 12-may.-2009

⁵³ Ley Orgánica de Salud. Artículo 61. Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006

⁵⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 50. Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006. Codificación 14.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Fernando Garriga. *La mediación en el ordenamiento jurídico catalán. Especial referencia a sus principios informadores*. <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol19/iss3/5/>. p 596

mediación como una solución de controversias, en virtud de ser una herramienta dentro del procedimiento ideado para mantener a las partes en el mismo panorama.

Otros principios que incluye el American Bar Association son la flexibilidad y legalidad. La flexibilidad se refiere a la amplitud con la que se tratan temas dentro de la mediación, no siendo necesario seguir un proceso estricto para la consecución de los intereses de las partes; lo cual se relaciona con la eliminación de la preclusión que se aplica dentro de un procedimiento ordinario. Por su parte, la legalidad, es un principio fundamental, pues aunque se trate de un método alternativo a la justicia ordinaria, debe actuar bajo los lineamientos legales,⁵⁷ es por ello, que el acta suscrita por los interesados debe cumplir con los requisitos legales establecidos para garantizar la mediación como un método de resolución de conflicto eficaz.

La confidencialidad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es un principio y constituye parte de la naturaleza de la mediación. Así lo sostiene Isabel Viola Demestre al aseverar que “La confidencialidad es uno de los principios fundamentales en el procedimiento de mediación, dado que propicia la confianza mutua de las partes y contribuye a garantizar la franqueza entre ellas y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento.”⁵⁸

Todo ello con el objeto de “[g]enerar la confianza necesaria para favorecer que las partes expresen sus intereses y necesidades y, de este modo, que busquen, ellas mismas, la solución más razonada, mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurran.”⁵⁹

Así mismo, Viola Demestre sostiene que la aplicación del principio de confidencialidad permite que las partes actúen “sin temor a que sus palabras, documentos o informaciones vertidas sean utilizadas en su contra en otro medio de resolución de controversias, en general, un juicio posterior”.⁶⁰ Por lo tanto, desde este punto de vista el diálogo entre el mediador y las partes surge en virtud de esta confidencialidad y este espacio que crea la mediación.

⁵⁷American Bar Association. *Los principios de la mediación*. Proyecto para la mediación en México. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mexico/mexico_principios_mediacion_sp.pdf

⁵⁸Viola Demestre. “La confidencialidad en el procedimiento de mediación. “. *Vlex España*. Obtenido el 28 de septiembre de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confidencialidad-procedimiento-mediacion-332319450#FOOTNOTE_5.

⁵⁹ *Ibíd.*, p1

⁶⁰ *Ibíd.*, p1

En la práctica esto se ve reflejado cuando hay información que las partes intercambian entre sí libremente, y otra información que las partes comparten exclusivamente con el mediador mediante el carácter de reservado para la otra parte; entonces, el mediador tiene el deber de mantener esa reserva. Cuando las partes intercambian libremente su información, ellas pueden ver el conflicto de manera panorámica, desde ambos puntos de vista y buscar fórmulas de solución, pero cuando no lo hacen, el mediador puede guiarles hacia esa salida porque es el único que tiene esta visión completa.

La mediación como método alternativo a la solución de conflictos necesita esta apertura que brinda la confidencialidad como herramienta, ya que es una de las principales razones por las cuales las partes comparten la información entre ellas y con el mediador. El miedo a que la información o los medios probatorios se fugue de la sala y puedan llegar a ser usadas en su contra podría ocasionar gran perjuicio, y como consecuencia no habría progreso en el intercambio de información entre las partes, lo que convertiría el proceso completamente ineficaz.

Sin embargo, debido a este efecto de reserva que produce la confidencialidad existe la duda de si ¿la información que se comparte dentro de la mediación de interés público? ¿qué sucede con la confidencialidad en estos casos? Es controversial, pues la confidencialidad puede pasar de ser la mejor herramienta para la solución de conflictos en la mediación, a ser una herramienta para la vulneración de derechos humanos. Por un lado siempre tendremos la efectividad con la que se actúa gracias a la mediación y por otro la probabilidad de vulnerar un derecho humano, como el de acceso a la información pública.

Es así que si se diera el caso de participación de entidades estatales dentro de un proceso de mediación, la confidencialidad entraría en perjuicio pues La Corte Interamericana de Derechos humanos “ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente.”⁶¹ Es decir, la confidencialidad en entidades públicas se restringe razonablemente por su oficio.

Sin embargo que Jay Folberg y Alison Taylor sostienen que la mediación sin la

⁶¹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 47

confidencialidad es un procedimiento condenado a la falta de efectividad desde el inicio del mismo porque es esta herramienta la que le permite al mediador guiar a las partes hacia sus intereses y no sus posiciones⁶². En tal sentido, El tribunal de distrito de los Estados Unidos de Washington en el caso Adler v. Adams⁶³ emitió una orden para evitar que la información ventilada dentro del proceso sea develada por el mediador debido a que sus funciones dentro del método alternativo de solución de conflictos se vería comprometido y severamente afectado así como el proceso de mediación perdería efectividad.⁶⁴

2.3. Límites de la confidencialidad

Es importante determinar cuáles son los límites impuestos a la confidencialidad en virtud de que existe un proceso como la mediación que es confidencial y por otro lado, está el derecho de acceso a la información que es un medio para el ejercicio de la democracia. Este apartado busca resolver si existe una restricción de orden legal que evite la vulneración del derecho de acceso a la información pública .

Viola Demestre manifiesta que existen límites en la confidencialidad, que no es un principio absoluto, por cuanto “en determinados supuestos la información que se conozca podrá ser revelada”.⁶⁵ De este modo, el último inciso del artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que, por voluntad de las partes, se puede renunciar al carácter confidencial de la mediación.

Esta afirmación va de la mano con el principio jurídico *Todo en derecho se deshace como se hace*, por lo que al prever la ley el carácter voluntario de la mediación se persigue que las partes tendrán la decisión de señalar cual información de la compartida será pública o no.

El segundo límite a la confidencialidad contemplado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se da cuando hay un incumplimiento del acta de mediación. Esta situación se encuentra regulada en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que otorga al acta de mediación efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que su ejecución se realiza del mismo modo en que las sentencias de última instancia.

En este sentido, el Código Orgánico General de Procesos prevé en el Capítulo I del

⁶² Jay Folberg y Alison Taylor. *Mediation a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey bass publishers (1986). P262

⁶³ Adler V. Adams. Citado en Jay Folberg y Alison Taylor. *Mediation a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey bass publishers (1986).

⁶⁴ *Ibid.* P264

⁶⁵ Viola Demestre. “La confidencialidad en el procedimiento de mediación. “. *Vlex España*. Obtenido el 28 de septiembre de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confidencialidad-procedimiento-mediacion-332319450#FOOTNOTE_5.p6

Título I del Libro V, la ejecución como un acto procesal para hacer cumplir la obligación contenida en un acta de mediación, que de acuerdo al numeral 3 del artículo 363 del mismo código es considerada un título de ejecución;⁶⁶ este proceso no es más que una medida coercitiva por la falta de compromiso de las partes en cumplir con el acuerdo al que voluntariamente llegaron.

Los límites señalados son los únicos que prevé el ordenamiento jurídico ecuatoriano; sin embargo, doctrinariamente se puede decir que otra limitante de la confidencialidad es resultado de razones imperiosas o de orden público que no se prevén por ley, pero sí a través de la doctrina. Es así que ciertos intereses públicos pudiesen exigir la divulgación de alguna información compartida o tratada durante la mediación, como podrían ser: amenazas de daños inminentes o la obligación de informar sobre actividades criminales o fraudulentas.⁶⁷

Visto lo anterior es importante definir el significado de interés público. Camilo Villalobos en su análisis del caso “Cordero con Lara y otros”, lo define como la “tutela de la vida privada de una persona está dada en una proporción inversa a su participación en cuestiones públicas, cualquiera sea el ámbito de donde se proyecte a la sociedad”.⁶⁸

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en la jurisprudencia este concepto de interés público, relacionado con el derecho de acceso a la información y como límite al derecho a la privacidad. Es por ello, que ha señalado:

[...] en cuanto al carácter de interés público, en su jurisprudencia la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes.⁶⁹

Entendiendo de este modo que aquella información que afecta el derecho de un conglomerado social, o negociaciones cuyas consecuencias conciernan a la Nación no

⁶⁶ Código Orgánico General de Procesos. Libro V. Registro Oficial N° 506 de 22 de mayo de 2015.

⁶⁷ Walter Wright. *La protección de la confidencialidad en la mediación*. Mediate Everything Mediation. https://www.mediate.com/articles/la_proteccion_de_la_confidencialidad.cfm

⁶⁸ Camilo Villalobos. *Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros*. Anuario de Derechos Humanos. N° 10. 2014. p 163-173. Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwi53Zbpp53eAhXwqFkKHYPcQgQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.uchile.cl%2Ffindex.php%2FADH%2Farticle%2Fdownload%2F31706%2F33508%2F&usg=AOvVaw33k8wM9SdPu8S-97dAejfx>

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 47

podría entrar dentro del límite de lo reservado. Dejando de lado la incertidumbre que provocan los conceptos jurídicos indeterminados, la Corte Interamericana cierra estas dudas, y deja muy claro lo que se interpreta por orden público.

Igualmente Villalobos en su trabajo manifiesta que, la anterior Corte Suprema de Chile hace hincapié en que la privacidad del contenido de una conversación no radica en lo que una de las partes entienda por privado, ya que el límite del derecho a la intimidad dependería de la subjetividad de cada persona sobre su concepto de privacidad, es así como se reconoce que el interés público es un límite al derecho a la intimidad de manera expresa y directa.⁷⁰ Si bien es cierto que este límite no se encuentra taxativamente estipulado dentro de la ley, existen derechos que entran en conflicto ante la presencia de contextos contradictorios, en los que se debe aplicar las interpretaciones armónicas del ordenamiento jurídico para no caer en la vulneración de derechos.

En tal sentido una interpretación válida al artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación es que en primera instancia la mediación tiene carácter confidencial, inmediatamente el tercer inciso hace una especificación al respecto de esta reserva y dice “las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.” Se podría entender que si bien es cierto que el artículo le da el carácter confidencial es solo en cuanto a los concernientes a procesos fuera de la mediación. No existe precedente alguno, de esta interpretación, sin embargo en virtud de que se analizará la legitimidad de una restricción impuesta por el presente articulado, es necesario, aclarar los panoramas existentes derivados del mismo. En tal sentido, las medidas impuestas por el artículo 50 pueden entrar dentro de un campo de lo proporcional pues se indica que solo no se puede tomar en consideración dentro de un juicio o arbitraje.

A pesar de que el artículo 50 abre esta posibilidad de interpretación, no existe una norma específica en la Ley de Arbitraje y mediación que regule casos en lo que se discuten temas de interés público. La confidencialidad como se ha determinado hasta este punto, es de gran importancia para el proceso, y también puede causar gran perjuicio.

Es así que si se tratan temas de interés público la normativa actual no está en la obligación de comunicar el acuerdo al que se haya llegado intra partes. Frente a esta

⁷⁰ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 21 de agosto de 2013. Rol 8393-2012. Citado en Camilo Villalobos. *Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros*. Anuario de Derechos Humanos. N° 10. 2014

ausencia legal resulta en un perjuicio al derecho de acceso a la información pública planteado en el capítulo uno.

En el caso *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman* se hace un análisis de cómo la confidencialidad entra en conflicto con el interés público cuando hay intervención estatal. la Corte Australiana rechaza el carácter esencial de la confidencialidad dentro del proceso debido a que entra en conflicto con un fin superior.⁷¹

Este análisis nos permite entrar en la duda de si ¿la confidencialidad es realmente una herramienta inherente al proceso de mediación.?

2.4. Responsabilidad del mediador y de las partes derivada de la confidencialidad

La responsabilidad y correlativa obligación de las partes y el mediador al configurar la mediación como un proceso alternativo a la justicia ordinaria, obliga a las partes a mantener la confidencialidad sobre todo el proceso, la negociación y el acuerdo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación este deber de confidencialidad surge de la ley para ambos participantes; no obstante, las partes dentro de la mediación tiene la libertad de configurar a su voluntad la cláusula de confidencialidad en el acta final y de eso dependerán las consecuencias por su incumplimiento.

Fernando Garriga asevera que en el ordenamiento jurídico Catalán, “el deber de confidencialidad es positivo, entendido como deber de reserva sobre los hechos y documentos conocidos con ocasión del procedimiento de mediación, y negativo, entendido como prohibición de divulgación de tales hechos o documentos.” Y la Ley Española artículo 9 prescribe que el mediador estará protegido bajo la figura del secreto profesional.⁷²

En cuanto a los mediadores en el régimen judicial ecuatoriano, se regula el secreto profesional en el artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal y prescribe lo siguiente:

La persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.⁷³

⁷¹ High court of Australia. *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman*. 1995. Chapter 4, Section 5.

⁷² Fernando Garriga. *La mediación en el ordenamiento jurídico catalán. Especial referencia a sus principios informadores*. p 598. <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol19/iss3/5/>. (acceso 24/09/2018).

⁷³ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 179.

El artículo *per se* es bastante claro y parece adecuar perfectamente la situación jurídica en la que entra un mediador en virtud de sus funciones y ser acreedor de información confidencial para las partes. Sin embargo, en la Ley especial de Arbitraje y Mediación se menciona la obligación de confidencialidad de los mediadores en el artículo 49, que contempla la inhabilitación de los mediadores para actuar en un proceso judicial o arbitral en el que se discutan los temas de la mediación. Aun así esto no es una consecuencia coercitiva por su falta de conducta.⁷⁴

Es importante hacer énfasis que pese a no existir un criterio predeterminado respecto el secreto profesional en el mediador, la norma penal se adecua a la conducta de los mismos, pues es en función de su oficio o empleo que reciben información confidencial para las partes. Habrá posiciones en desacuerdo pues una norma penal no puede ser interpretada de manera extensiva, pero ¿estamos realmente extendiendo la interpretación o estamos adecuando una conducta?

Ahora bien la ley de arbitraje y mediación faculta a los centros de mediación para crear reglamentos internos, artículo 54 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los centros de mediación cuentan con reglamentos internos para establecer sanciones a los mediadores que no cumplan con su deber de secreto profesional.⁷⁵

El Capítulo V del Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado prescribe el Código de Ética de los mediadores y personal que forman parte del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, dictaminando el cumplimiento de los principios de integridad y probidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, voluntariedad del procedimiento, independencia, eficiencia y eficacia, calidad y calidez en el servicio, así como respeto y transparencia.⁷⁶

El referido Reglamento, a través del artículo 51, sanciona la inobservancia por parte del mediador de los principios contenidos en este Código, con su exclusión de la lista oficial de mediadores y a las respectivas sanciones administrativas a las que hubiere lugar.⁷⁷

De igual forma el Reglamento prescribe el deber de confiabilidad y el deber de

⁷⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 49. Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006. Codificación 14.

⁷⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 54. Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006. Codificación 14.

⁷⁶ Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial N° 673 de 20 de enero de 2016

⁷⁷ *Ibid.* Artículo 47

excusa. En el primer deber, el mediador ha de abstenerse a comentar el caso de mediación fuera del Centro de Mediación, salvo que, lo realice con fines pedagógicos, a efectos de estudio o aprendizaje, siempre y cuando evite revelar los datos personales de las partes o características sobresalientes que hicieran reconocibles tanto la situación como las partes.⁷⁸

Así mismo el numeral 4 del artículo 44 de la Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, prescribe que el mediador podrá ser excluido de la lista de mediadores del centro o su autorización para actuar como mediador independiente será retirada “[p]or faltar al principio de confidencialidad, suministrando información a terceras personas ajenas al proceso de mediación o utilizando esa información en beneficio propio”⁷⁹

En cuanto al segundo deber, el mediador deberá excusarse de intervenir en un procedimiento de mediación cuando tenga un vínculo de parentesco, específicamente en “el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sociedad, comunidad o juicios pendientes, con cualquiera de los que intervengan”; en caso de “ser acreedor, deudor o fiador de alguno de los que intervengan”; si “hubiere asistido a alguno de los intervinientes profesionalmente, o haya emitido dictamen u opinión respecto del conflicto”; y, “cuando a su juicio existieren otras causales que le impongan abstenerse de participar en la mediación por motivos que afectarían a la ética de su desempeño”.⁸⁰

De la misma manera el literal A del artículo 43 de la Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, respecto los deberes y obligaciones del mediador, prescribe el deber de “[e]xcusarse de participar en la audiencia de mediación para la que fuere designado, si existen causas justificadas de conflicto de intereses [...]”⁸¹

2.4. Conclusión

Se entiende confidencialidad como aquella información que no podrá ser compartida fuera del marco de la confianza; mientras que la intimidad es exclusiva de la persona que tenga el conocimiento, y solo ella tiene la facultad de decidir si comparte o no la misma. De allí que la intimidad parte del principio de la privacidad, por cuanto

⁷⁸ *Ibid. Artículo 48*

⁷⁹ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 44.

⁸⁰ *Ibid. Artículo 49*

⁸¹ *Ibid. Artículo 43*

excluye la información del conocimiento de los demás, incluso del Estado. La confidencialidad en cambio va a tutelar esos dos bienes jurídicos como son la intimidad y la privacidad, como derechos a la libertad de las personas, amparados tanto por normas nacionales como por tratados internacionales.

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación viene a regular la mediación; basado en los principios de neutralidad e imparcialidad, voluntariedad, transigibilidad y confidencialidad. Define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos en el cual un mediador asiste a las partes involucradas en un conflicto, en la procura de un acuerdo voluntario que tenga un carácter tanto extrajudicial como definitivo, que dé como resultado la conclusión del conflicto.

Los únicos límites de la confidencialidad señalados en la legislación ecuatoriana son la renuncia al carácter confidencial de la mediación, de acuerdo al principio jurídico *Todo en derecho se deshace como se hace*; y por el incumplimiento del acta de mediación, la cual otorga al acuerdo llegado entre las partes un efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que su ejecución se realizará del mismo modo en que las sentencias de última instancia.

En cuanto a la responsabilidad de los participantes de la mediación, es decir, tanto para las partes como para el mediador el deber de confidencialidad surge de la ley, de conformidad con el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En cuanto al mediador se interpreta integralmente con la tutela al secreto profesional tipificado en el artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal, que sanciona a toda aquella persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, divulgue un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele.

Así mismo el reglamento interno del centro de mediación donde se realice el procedimiento, ya que al momento de acceder a realizar la mediación en un centro por la misma autonomía de la voluntad se someten a la regulación interna del mismo.

Dar el carácter de secreto profesional al mediador, puede llegar a ser un punto controversial, sin embargo, lo único que se ha hecho en este apartado es adecuar la conducta de un profesional que en virtud de su oficio, recibe información y en caso de violar el secreto profesional será sancionado de manera punitiva. Esto es importante, pues en la ley especial la Ley de Arbitraje y Mediación, lo que se hace es crear un espacio de confidencialidad para evitar ventilar información en los procesos arbitrales y judiciales. También prescribe una inhabilitación, pero sin consecuencias coercitivas.

Capítulo III: Mediación pública

En este tercer capítulo se hablará de la mediación con el sector público. Entendiéndose cómo aquella mediación dónde hay participación de una entidad estatal y se tratan temas de interés público. Se hablará también sobre el rol que juegan en ella los entes públicos de fiscalización.

Con respecto al carácter confidencial o público de la información que allí se maneja, cabe señalar que nos encontramos con dos visiones distintas para determinar dicho carácter. Por un lado, la primera naturaleza tiene carácter privado y por lo tanto no se encuentra en la obligación de compartir la información. Por otro lado, se encuentra con la característica de la participación de entidades públicas, misma que están amparadas por ciertas normas de servicio público y funciona bajo un presupuesto estatal, y en virtud de ello basados en los principios de transparencia y fiscalización.

3.1. Regulación de la mediación pública en el Ecuador

El artículo 190 Constitucional señala que:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.⁸²

Ahora bien, el artículo 44 de la Ley de Mediación y Arbitraje

La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.⁸³

Ahora bien, en aras de dar cumplimiento a la normativa constitucional supra citada, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se deja establecido que todos:

Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, [de acuerdo con] lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

⁸² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.

⁸³ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 44. Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006. Codificación 14.

En caso de que una de las partes del proceso de mediación sea un organismo o entidad del sector público, deberá con carácter obligatorio notificar al Procurador General del Estado o a quien este delegue,⁸⁴ en este sentido en la Ley de la Procuraduría General del Estado se ordena que:

Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento.⁸⁵

3.2. Rol del procurador dentro de la mediación pública

El rol del Procurador inicia por representar judicialmente en cualquier proceso o procedimiento al Estado, o a cualquier organismo o entidades del sector público que no cuenten con personería jurídica, en su jurisdicción, disponiendo plenamente la facultad para desistir y transigir. En este sentido el Procurador al ser notificado de un procedimiento alternativo de solución de conflictos de los cuales sean parte organismos o entidades públicos, será el asesor de oficio o a petición de dichos entes, en caso de contar con personería jurídica, pues no necesitan representación judicial.⁸⁶

Todos los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en todas aquellas causas, que trasciendan de veinte mil dólares, en las que intervengan como actor o demandado, siempre y cuando hayan obtenido previamente la autorización del Procurador General del Estado.⁸⁷ Los Gobiernos Autónomos Descentralizados, pese a ser entidades del sector público, gozan de autonomía política, administrativa y financiera por ende no requieren la autorización previo del Procurador General del Estado para transigir.

Sin embargo, aquellas instituciones que no cuenten con personería jurídica, se deberá contar con la delegación por parte del Procurador General del Estado, cuando el acta de acuerdo de mediación contenga una transacción, a fin de acreditar la misma.⁸⁸

En el caso de que se hubiere alcanzado un acuerdo que requiera autorización o delegación para transigir; la máxima autoridad de la institución pública participante, solicitará por escrito al Procurador General del Estado la referida autorización o

⁸⁴ Reglamento de Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Artículo 25.

⁸⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 6.

⁸⁶ Ibid. Artículo 5, literales d) y e)

⁸⁷ Ibid. Artículo 12.

⁸⁸ Ibid. Artículo 32.

delegación previo a la firma del Acta de Mediación. De igual forma, en aquellos casos en los cuales se requiera, no se podrá suscribir el acta de acuerdo de mediación, sin la autorización o delegación del Procurador General del Estado.⁸⁹

De las anteriores atribuciones se puede observar que el rol del Procurador General del Estado es de representante legal del Estado, en caso de conflictos con algún organismo o ente perteneciente a este, es de carácter obligatorio la notificación al Procurador, de igual forma es él quien otorga las autorizaciones; y es el encargado de realizar los informes previos para determinar si es favorable o no la negociación, siendo su opinión vinculante.

Si las partes llegan a un acuerdo, se realizará un informe técnico, de fiscalización o del administrador del contrato; de ser el caso un informe económico-financiero, y un informe jurídico fundamentado, en el cual se pronuncie favorablemente sobre la conveniencia y legalidad de los acuerdos arribados en la mediación, así como de que se trata de una materia transigible; y, la certificación presupuestaria, cuando los acuerdos impliquen la erogación de recursos públicos, en virtud del artículo 115 de la Ley Orgánica de Planificación y Finanzas, que prohíbe a la entidades públicas contraer obligaciones sin la emisión de una certificación presupuestaria.⁹⁰ Se arma un Proyecto de Acta de Acuerdo de Mediación y la entidad, de ser el caso, solicita la autorización o delegación del PGE. Una vez que se obtiene la misma se suscribe el Acta de Mediación.

Al igual que todas las actas de mediación, dentro del procedimiento se deberán suscribir las Actas de Acuerdo Total y Parcial de Mediación, las cuales deberán contener la identificación completa de los comparecientes; los antecedentes, señalando la petición, así como las convocatorias y las audiencias realizadas, englobando una relación de los hechos que dieron origen al conflicto.⁹¹

3.3. Centro de mediación de la Procuraduría General del Estado

En el año 1999, la Procuraduría General del Estado, crea el Centro de Mediación; con el fin de asentar la resolución de conflictos como un procedimiento alternativo en la solución de conflictos entre las instituciones del sector público, o entre éstas y los particulares. Como requisito previo la materia controvertida debe ser transigible. Posteriormente, a partir del año 2007, al Centro se le otorgo la facultad para intervenir

⁸⁹ Ibid. Artículo 33.

⁹⁰ Ibid. Artículo 31

⁹¹ Reglamento de Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Artículo 31.

en procedimientos de mediación entre particulares.⁹²

El Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, tiene como funciones la de administrar los procedimientos de mediación; mantener una lista oficial de mediadores; el mantenimiento de un archivo sistematizado de los procedimientos de mediación; la promoción a través de su difusión, del conocimiento y la utilización de la mediación como método alternativo de solución de conflictos; para lo cual deberá desarrollar programas de capacitación; así como fomentar relaciones con las instituciones públicas, privadas, nacionales o extranjeras, vinculadas con la mediación; con la finalidad de suscribir convenios que sean necesarios para el cumplimiento de sus objetivos; y, promover el trabajo conjunto con los demás centros de mediación legalmente establecidos.⁹³

En este sentido, el mediador del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, debe actuar con neutralidad, respetando el carácter confidencial de las audiencias, la elaboración y suscripción del documento de cierre del procedimiento de mediación y facilitar el logro de acuerdos que pongan fin al conflicto entre las partes.⁹⁴

En cuanto al carácter confidencial de la mediación, la Ley de Mediación y Arbitraje deja claramente establecido la obligatoriedad de la confidencialidad de la mediación, salvo que de común acuerdo las partes renuncien a la misma. En este sentido el Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado establece que las audiencias de mediación no pueden ser grabadas por cualquier medio, salvo que dicha grabación sea solicitada por ambas partes de mutuo acuerdo. De igual forma tanto los expedientes como los documentos aportados, serán considerados confidenciales, por una parte, aún para su contraparte.⁹⁵

Es preciso señalar que únicamente a las partes intervinientes se les podrá conferir copias, así como a la Procuraduría General del Estado siempre y cuando intervenga una entidad del sector público; o la autoridad competente, en tanto se encuentre autorizado para el acceso a la información confidencial mediante una disposición. Tales copias se remitirán con carácter confidencial. Dejando claro que todos aquellos escritos y

⁹² Lissety Espinoza. “Ámbito de acción de los Centros de Mediación en el Ecuador”. Revista el Mediador. Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, 2008. p 17.

⁹³ Reglamento de Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Artículo 5. Registro Oficial 673 de 20 de enero de 2016.

⁹⁴ *Ibid.* Artículo 15.

⁹⁵ Reglamento de Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Artículo 38.

documentos presentados por las partes son confidenciales, aún para la contraparte, por lo que el Centro de Mediación deberá contar con una autorización escrita por la parte que los haya presentado para poder conferir copias a la parte solicitante.⁹⁶

Es importante destacar que por un tema práctico la confidencialidad en la mediación pública es la clave en el proceso, pues los funcionarios públicos difícilmente mueven procesos por estar bajo el ojo público, la mediación les abre una posibilidad de actuar de manera legítima y eficaz para la consecución de los intereses estatales.

Los documentos que hacen parte del expediente de mediación son : la solicitud de mediación o la derivación judicial o del fiscal, de ser el caso, con sus respectivos documentos adjuntos; el comprobante de pago, si los hubiere; la designación del mediador con su debida aceptación, la sustitución del mediador y su aceptación, las convocatorias a las audiencias de mediación y todos aquellos oficios emitidos por el Centro de Mediación; los registros de asistencia a las audiencias, así como el acta de imposibilidad de acuerdo, la constancia de imposibilidad de mediación, la razón, o el acta de acuerdo total o parcial con todos sus documentos habilitantes.⁹⁷

Se dejará constancia, igualmente, la aceptación de las partes que tanto el acuerdo alcanzado ha sido libre y voluntariamente, así como los efectos del acta de mediación. Igualmente se establecerá la cuantía del acuerdo o en su defecto, la declaración de tratarse de cuantía indeterminada; así como la determinación del monto a cancelar por los servicios de mediación.

Finalmente, las Actas de Acuerdo Total y Parcial de Mediación deberán ser remitidas al Procurador General del Estado, quien previamente revisará que los proyectos cumplan con lo dispuesto en la ley.

3.4. Extensión de la confidencialidad de la mediación dentro del aparato estatal

3.4.1. Rol de Asamblea Nacional en la mediación

Entre las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional el numeral 9 del artículo 120 constitucional señala entre una de sus funciones la fiscalización de los actos que realicen los otros poderes, ejecutivo, electoral y de transparencia y control social, así como el de los otros órganos del poder público; para ello podrá requerir toda aquella información que considere necesaria a las servidoras y servidores públicos. Como se puede observar la facultad que tiene la Asamblea Nacional como ente fiscalizador de los

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid. Artículo 39

demás poderes del Estado, en caso de controversias y la resolución de conflictos tendrá la potestad de requerir cualquier información que ostenten estas entidades.

Es importante resaltar el artículo 120, pues reza literalmente “requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias.” Es decir en el caso de la Asamblea no esta facultada para solicitar información a entes privados, sino solo a la entidad pública que participa en la mediación y a los centros de mediación que sean públicos.

3.4.2. Rol del Contralor General del Estado en la mediación con el Estado

Según dispone la Carta Magna la Contraloría General del Estado “es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.⁹⁸

En este orden de ideas el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 17 dispone que el control previo que ejerce la Contraloría:

Constituye los mecanismos y procedimientos a aplicarse en cada una de las fases de un proceso, para determinar la legalidad, veracidad y conformidad con los presupuestos, planes operativos, y la documentación que respalde cada una de las actividades y la actuación de los servidores que participen en ellas.

Así mismo el artículo 88 de Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado autoriza a la Contraloría en virtud de sus funciones a acceder de manera irrestricta a archivos y documentos que sustenten información si la naturaleza de la auditoría así lo requiere.

En el proceso de obtención de pruebas sobre los hechos y materias sujetas a examen el Contralor General y los auditores gubernamentales, tendrán acceso irrestricto a registros, archivos demás documentos que sustenten la información, y cuando la naturaleza de la auditoría lo requiera, a las operaciones en sí.

El rol que cumple la Contraloría General del Estado en la mediación, se efectúa al margen de la tutela señaladas en las normas anteriormente citadas en las cuales se determinan su conveniente derecho de participar más no comparecer, en todos aquellos procedimientos de carácter legal, que tengan relación con el manejo de recursos públicos objeto de su control; así mismo participa cumpliendo su rol de asesor a todas aquellas instituciones públicas que de una u otra forma soliciten su apoyo.

Es decir, la Contraloría en ejercicio de sus funciones puede solicitar la información del acta de mediación para la fiscalización y evaluación de la misma, así se verificará el

⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 212. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.

buen uso del presupuesto estatal, lo que implica que la confidencialidad se extiende dentro de funcionarios estatales por sus atribuciones legales.

3.5. Ejemplos de procedimientos de mediación en el sector público

Con la finalidad de ahondar en el proceso de mediación en el sector público se presentan dos casos de medicación, los cuales fueron tomados de la página Web de la Procuraduría General del Estado, en su link de casos relevantes; ello con la finalidad de dar a entender de manera práctica la eficacia que conlleva un procedimiento de medicación. Cabe señalar que las partes han de haber renunciado a la confidencialidad, situación permitida en el artículo 50 último inciso de la Ley de Arbitraje y Mediación y en virtud de ello es posible la publicación de estos casos. En el primer procedimiento de Mediación se toma el caso No. 0313-DNCM-2012-QUI, entre el Centro de Transferencia y Desarrollo de Tecnología de la Universidad San Francisco de Quito (CTT-USFQ) y el Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico ECORAE.⁹⁹ El caso fue escogido porque muestra como se llega a un acuerdo integrativo gracias a la mediación, situación que difícilmente se lograría a través de un procedimiento ordinario.

En fecha 29 de julio de 2010, la empresa Construcción de Circunscripciones Territoriales Indígenas suscribe un contrato de Consultoría con las Nacionalidades Indígenas Amazónicas, por un monto de doscientos noventa y nueve mil setenta y cuatro con 80/100 (USD 299.074,80) dólares de los Estados Unidos de América más IVA. El 05 de noviembre de 2010 se suscribe un contrato complementario por un monto de ciento noventa y tres mil doscientos noventa y dos (USD 193.292,00) dólares de Estados Unidos de América más IVA, del cual se le hace entrega de un anticipo de 70%.

El Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico ECORAE, da por resuelto el contrato de manera unilateral, y el Centro de Transferencia y Desarrollo de Tecnología de la Universidad San Francisco de Quito (CTT-USFQ), requiere del Instituto el pago de ciento cuarenta y siete mil setecientos diez con 04/100 (USD 147.710,04) dólares de Estados Unidos de América, que se le adeudan por la liquidación de los dos contratos suscritos.

Debido a ello el 14 de mayo de 2012, el Representante Legal del CTT-USFQ, convoca una mediación al representante legal de ECORAE, debido a la controversia

⁹⁹Procuraduría General del Estado (2018). Casos relevantes. Quito http://www.pge.gob.ec/?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=163.

originada; el 24 de agosto de 2017 finalmente después de haber realizado varias audiencias se suscribe el acta de entrega de los productos efectivamente entregados, igualmente se establece que en la liquidación de los contratos la existencia de un saldo de un 30% del monto total a favor del Centro de Transferencia de la Universidad, por lo que ECORAE debía cancelar un monto de ciento cuarenta y siete mil setecientos diez con 04/100 dólares de Estados Unidos de América (USD 147.710,04). Adicionalmente, se determinó en contra de la contratista por concepto de multa el valor de catorce mil seiscientos cincuenta y cuatro con 67/100 dólares de Estados Unidos de América (USD 14.654,67).

Las partes acordaron aplicar la figura jurídica de la compensación ya que existían obligaciones exigibles entre las partes, como consecuencia de lo cual la contratista mantenía un saldo a su favor de ciento treinta y tres mil cincuenta y cinco con 37/100 (USD 133.055,37) dólares de Estados Unidos de América, quien de forma libre y voluntaria renuncia al cobro del mismo. El proceso culmina con la suscripción del Acta de Acuerdo Total, siendo favorable para ECORAE, los acuerdos alcanzados dentro de este proceso en virtud de verse reflejados en un ahorro de recursos públicos para el Instituto, ya que no se desembolsaron más recursos económicos a favor del consultor, dando por concluida una controversia de 5 años.

Otro ejemplo de un procedimiento de mediación es el caso entre el Gobierno Descentralizado del cantón Cuenca y el Consorcio de los Cuatro Ríos de Cuenca, No. 0646-dncm-2017-CUE (“EUSKOTREN PARTICIPACION, Sucursal Ecuador-INFRAINTER INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONALES - CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES S.4”). Este caso nos develara la actuación de un Gobierno Autónomo Descentralizado de manera autónoma, y así mismo la agilidad en la resolución de la controversia. El 8 de diciembre de 2013 suscribieron un contrato para la ejecución de las Obras “Construcción del Patio Taller, Preparación de la Plataforma Viaria e Implementación de los Sistemas Tecnológicos para el Sistema Tranviario “Tranvía Cuatro Ríos de Cuenca”.¹⁰⁰

El 16 de febrero de 2017 el Alcalde de Cuenca declaró la terminación unilateral y anticipada del contrato, en virtud de incurrir en las causales del artículo 94 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública. La controversia acontece por el

¹⁰⁰ *Ibid.* Procedimiento de Mediación No. 0646-DNCM-2017-CUE, entre “GME CITA” y el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Cuenca.

valor de las compensaciones consecuencia de gastos adicionales debido a los continuos retrasos, se reclamaba falta de pago por órdenes de trabajo ya realizadas y servicios prestados.

El Municipio de Cuenca reconoce que la existencia de las prórrogas de plazo por problemas de ejecución de la obra civil y reconoce el valor de USD. 8733.216,46, más IVA por concepto de impacto económico. El Municipio intervino sin autorización del Procurador General del Estado pues esta facultado como ente autónomo y contó con la aprobación del Consejo Cantonal.

3.6. Conclusión

Para finalizar el presente capítulo es importante destacar que la confidencialidad como herramienta en un procedimiento con entidades públicas facilita el movimiento de información, agiliza procesos que en vía ordinaria podrían tardar no solo meses sino años. Los métodos alternativos de solución permiten a las partes ser eficaces en la solución de sus controversias.

Vemos entonces que, dentro del procedimiento de la mediación pública, el Procurador juega un carácter importante, pues ejerce la intervención estatal, tiene acceso al acta de mediación y a su aprobación en ciertos casos, no obstante, la confidencialidad sigue siendo clave para la eficacia del procedimiento

En este sentido, entre el procedimiento de la mediación privada y la pública una distinción existente es la intervención del Procurador en aquellos casos que estipule la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. La Asamblea Nacional y la Contraloría General del Estado en ejercicio de sus funciones entran en este paraguas de confidencialidad y se les comparte esta información para cumplir con una obligación de orden legal.

El derecho de acceso a la información no se satisface por medio de las entidades públicas, por cuánto el derecho de acceso a la información es una garantía para cualquier persona, éste no se satisface por el mero hecho de que se autorice su acceso a la Asamblea o a la Contraloría.

En tal sentido, lo que se analiza finalmente en el siguiente capítulo de la investigación es si existe no derecho de acceso a la información en procesos de mediación pública y es esencial mencionar que si bien existe una extensión de confidencialidad dentro del mismo aparato estatal, no es una medida que se puede asemejar al derecho de cada ciudadano de acudir al centro de mediación y solicitar ya sea detalles de la negociación o del acta de mediación.

Capítulo IV: Ponderación del derecho de acceso a la información frente al principio de confidencialidad cuando interviene una entidad del Estado.

4.1. Restricción del principio de confidencialidad de la mediación en el sector público

El objetivo del presente capítulo es el de plasmar las conclusiones obtenidas tras la investigación realizada respecto al derecho de acceso a la información, la confidencialidad, y su vinculación en el contexto de la mediación en el sector público.

Con este trabajo se busca analizar y esquematizar la existencia de un problema jurídico, en virtud que, si bien es cierto que la mediación es un procedimiento, por naturaleza confidencial, cuando dentro de este proceso una de las partes es una entidad del Estado, la mediación entra en un régimen público, por lo tanto, se regiría por los principios de rendición de cuentas y transparencia.

Como se ha señalado a lo largo de la investigación el derecho de acceso a la información es la potestad de las personas de acceder a los recursos informativos que ostente una institución pública sobre información que le concierne o afecta directa o indirectamente; por lo tanto, representa el libre ejercicio de la democracia.

El derecho de acceso a la información pública como un derecho humano se encuentra tutelado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 18; por la Convención Americana de Derecho Humanos, en su artículo 13; por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19; y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 10. En el Ecuador, se encuentra tutelada en el artículo 18 Constitucional y regulada por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Visto lo anterior, se puede considerar que por ser la mediación un procedimiento confidencial existe una restricción al derecho de acceso a la información; pero sin embargo el artículo 13 del Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, señala que no se trata de un derecho absoluto y segundo, exige el cumplimiento de tres condiciones para que la limitación del derecho a la libertad de expresión sea admisible, estas condiciones se conocen a nivel internacional como el test tripartito para restricción legítima que de acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas”.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, como se señaló en el Capítulo I

del presente trabajo ha dejado claro que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y para su cumplimiento deben existir tres condiciones para que la limitación de este derecho sea admisible, estas condiciones se conocen a nivel internacional como el test tripartito.

La primera condición implica que la norma que restrinja el derecho de acceso a la información este redactada de tal forma que no vulnere la seguridad jurídica de la Nación; de este modo, la Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006 , en el artículo 50 regula la confidencialidad de manera clara y precisa, ya que su descripción no dejan espacios legales abiertos ni remite a otras autoridades para suplir su contenido legal.

La segunda, es que la restricción impuesta al acceso a la información debe estar en la búsqueda de objetivo imperioso, como la seguridad nacional, la protección de la salud u orden público, de allí la importancia por cuanto armoniza los derechos sin la necesidad de establecer una jerarquía entre ellos. De igual forma tal restricción debe devenir de una amenaza o vulneración real de un derecho, lo que deberá estar debidamente justificada por quien la imponga. La legitimidad de la mediación se ve respaldada por el objetivo de los métodos alternativos de solución de conflictos por cuanto, buscan crear procedimientos eficaces que solucionen controversias. Este objetivo cumple con un interés general, y en el caso de la mediación pública ayuda al ahorro de presupuesto estatal por cuanto un procedimiento ordinario representara siempre mas gastos.

Por su naturaleza los métodos alternativos de solución de conflictos son esencialmente de carácter voluntario y en virtud de ello le ayuda a ser una herramienta dentro del procedimiento para mantener a las partes en el mismo panorama, y finalmente obtener la paz como resultado de la mediación.

Por último se deben tomar en cuenta tres aspectos básicos, la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad. La necesidad implica la no existencia de otra medida para la protección del derecho infringido siendo esta limitación la manera menos gravosa de evitar tal vulneración. En este punto se puede desglosar el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación que reza “La mediación tiene carácter confidencial. [...]. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.” , si existe la posibilidad de renunciar a la confidencialidad, quiere decir que existe otra vía para la solución del conflicto a través del mismo procedimiento sin vulnerar el derecho de acceso a la información.

El problema con este razonamiento es la eficacia de la mediación sin la confidencialidad, en el capítulo dos, se explicó como ésta incide en la relación entre las partes y entre estas con el mediador. Sin este campo de confidencialidad el manejo de información es mucho más restringido porque los participantes no sienten la libertad de expresarse sin miedo a que aquella información se pueda utilizar en su contra. Entonces ¿es o no la única medida para obtener el resultado?

La idoneidad, por su parte requiere que la restricción sea una medida idónea para la consecución de los fines u “objetivos imperiosos”, que sea una medida eficaz. En este caso, sí se puede aseverar que es una medida eficaz para la solución de controversias. Es así que en capítulo tres se plantaron dos ejemplos de la eficacia de la actuación de la confidencialidad en la mediación para la solución de conflictos y se pudo probar que su agilidad en el proceso es una característica principal

Como acápite final, la proporcionalidad radica en la medida en que se pueda vulnerar un derecho, es decir, debe ser una amenaza y afectación directa al derecho protegido, es decir debe ajustarse estrictamente al objetivo que justifica el límite impuesto y por supuesto el objetivo que se busca debe ser proporcional al daño que se causa.

En esta última condición existe una amplia apertura a la interpretación, la proporcionalidad de la medida dependerá también de la información que se discuta, puede que sea de carácter público pero no trascendental como para que afecte la naturaleza de la mediación es por eso que en este punto considero que el texto no es una medida eficaz para resolver la problemática planteada.

El test tripartito, como derecho constitucional es una maniobra que busca ponderar principios o normas del mismo valor o nivel jerárquico, en este sentido Luis Prieto, sostuvo que el juicio de ponderación tiene sus consecuencias; que si bien es cierto a través de la ponderación se da una solución ésta solo sería en base al caso concreto, pues no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre normas constitucionales que prevén los derechos humanos.

Como se puede observar, las condiciones para la elaboración del test tripartito son extremadamente arbitrarias por cuanto no existe una ponderación clara de cuál derecho o principio va a tener mayor prevalencia en los casos de controversia, por consiguiente esta limitación pudiese no ser objetiva al momento de ponderarla.

La situación planteada crea entonces un conflicto, el cual precisamente es el que se buscó develar en el transcurso de esta investigación, así que una vez definido el derecho

a la información, como sus límites y alcance; a través del test tripartito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se desprenden ciertos estándares que legitiman la restricción de un derecho humano, dicho test si bien no es una ponderación exacta, permite determinar la existencia de una violación al derecho de acceso a la información.

Sin embargo, no se puede plantear en un panorama blanco o negro porque así mismo se pudo demostrar la importancia de la confidencialidad como herramienta que permite la eficacia del procedimiento.

Ahora bien, visto todo lo anterior se puede concluir que la confidencialidad dentro de la mediación si forma parte clave dentro de su eficacia y esencia del proceso, pero a su vez existe la posibilidad de renunciar por mutuo acuerdo la misma, de allí surge la duda de su indispensabilidad en el proceso y la proporcionalidad de la medida.

La confidencialidad, entonces, es una herramienta que le sirve al mediador para guiar la controversia, es una herramienta que le permite crear el canal de comunicación entre él y las partes, un ambiente de confianza que permite la existencia en el manejo de información entre las partes.

Sin embargo, su esencialidad en el proceso entra en duda cuando el derecho de acceso a la información es vulnerado, al no estar los centros de mediación en la obligación de dar información sobre los contenidos de las negociaciones o el acuerdo. En este punto en específico se analizó las vías de acceso a la información vigentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y es donde se centró el tercer capítulo de la investigación. Se extiende la confidencialidad hasta ciertos entes estatales, pero no se puede asimilar al derecho de acceso a la información que tienen las personas.

Jurisprudencialmente, hay dos maneras de enfocar el carácter de la información que se discute en una mediación con participación de entidades públicas, en principio, si el centro de mediación por su naturaleza tiene carácter privado no se encuentra en la obligación de compartir la información; más no obstante de tratarse de un órgano institucional que se encuentra bajo ciertas normas de servicio público y funciona con presupuesto estatal, se entiende por esto que la información que posea debería ser compartida con quienes componen el aparataje estatal y los contribuyentes.

Sin embargo, si alguna entidad pública, es parte de la mediación tienen como obligación la rendición de cuentas y, por lo tanto, se encuentra en la obligación de compartir información sobre el proceso si así le fuere solicitado, pero el centro de mediación como institución privada no se ve en la obligación de compartir, ni el acta de mediación, ni el proceso de negociación; pues no existe ninguna disposición en

contrario dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En este punto se debe hacer una resaltar que tanto los centros de mediación públicos como los centros de mediación privados están en la obligación de compartir la información que sea de carácter público, en virtud de los dispuesto en el artículo 3 literal h de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública no por la naturaleza de su institución sino por el carácter de la información que ostentan.

Lo que se ha logrado plantear a través de la investigación hasta este momento es que por un lado el derecho de acceso a la información que faculta los ciudadanos a tener acceso a toda información que sea discutida por entidades públicas es vulnerado por el principio de confidencialidad en la mediación que inhibe que esta información sea ventilada fuera del proceso. Se analizó también la importancia de la confidencialidad dentro de la mediación y su eficacia en el ámbito público. La regulación de la mediación en el sector público develó que no existe un régimen especial sobre este tema y que si bien existen entidades fiscalizadoras estas no resuelven mayor asunto en cuanto al problema de ponderación entre la confidencialidad y el derecho de acceso a la información pública.

A través de esta investigación se buscó develar ambas posiciones y ponerlas sobre una balanza tanto la perspectiva de los derechos humanos en cuanto al derecho de acceso a la información pública y la mediación como procedimiento cuyo principio regulador es la confidencialidad.

Finalmente se determinó que en efecto hay una vulneración al derecho de acceso a la información pública, y dicha vulneración se analizó a través de test tripartito de restricción de derechos humanos, que si bien no es un estándar ideal es la normativa con la que se cuenta para analizar esta ponderación.

4.2. Propuesta para el conflicto

Visto todo lo descrito, se propone con la finalidad de abordar el problema, una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, mediante la cual se incorpore un articulado que haga referencia y regule específicamente los casos en que exista información de carácter público.

En este sentido, se propone como regulación que se sumaría dentro de la normativa:

“En caso de lograrse durante la mediación un acuerdo que se considere de interés público, en aras de tutelar el derecho de acceso a la información pública, el Centro de Mediación creará plataformas de acceso al acuerdo mediante los medios que este considere pertinentes”.

Esta propuesta es la adecuada pues no vulnera el proceso de mediación *per sé*, por cuanto la negociación y todo aquello que se discuta previo al acuerdo se mantendrá con el carácter de confidencial. De este modo la agilidad para el manejo de información no sería perjudicada como en el caso de un procedimiento totalmente confidencial.

La inseguridad porviniente de test tripartito de restricción de derechos humanos hace que pensemos dos veces si es realmente conveniente declarar inútil un proceso tan eficaz como lo ha sido la mediación en el ámbito público. Desde mi punto de vista sacrificar un proceso como este no se puede considerar equilibrado, por otro lado, con la reforma se crea un balance entre ambos derechos sin afectar el derecho de acceso a la información pública, ni las finalidades ulteriores de la mediación como método alternativo de solución de conflictos.

Por lo tanto, lo más importante del presente trabajo de investigación fue establecer el reconocimiento de un problema que aún no cuenta con estándares internos ni internacionales para dar respuesta. En virtud de ello, se propone establecer una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, en el que los Centros de Mediación deberán crear plataformas de acceso a la información, sin perjuicio de un análisis caso a caso que se deberá aplicar por parte de los centros de mediación cumpliendo los principios de la mediación de neutralidad e imparcialidad, voluntariedad y transigibilidad. La confidencialidad dentro del procedimiento no se verá afectada ya que lo que se ventile antes de la firma del acta de mediación no será de acceso público, evitando de este modo la vulneración de un proceso que ayuda en gran medida a la búsqueda de una solución de conflictos ágil, eficaz y oportuna entre entidades públicas.

Bibliografía

Doctrina

- American Bar Association. *Los principios de la mediación*. Proyecto para la mediación en México, 2002.
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mexico/mexico_principios_mediacion_sp.authcheckdam.pdf. (acceso 27/09/2018).
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho usual*. Tomo III. Buenos Aires – Argentina: Ed. Heliasta, 1997.
- Diccionario de la Real Academia Española (2018). *Definiciones*. Madrid; España.
- Espinoza, Lissety. “Ámbito de acción de los Centros de Mediación en el Ecuador”. *Revista el Mediador*. Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, 2008.
- Folberg Jay, Taylor Alison. *Mediation a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey bass publishers
- Garriga, Fernando. *La mediación en el ordenamiento jurídico catalán. Especial referencia a sus principios informadores*. <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol19/iss3/5/>. (acceso 24/09/2018).
- Jara Villalobos, Camilo. *Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros*. Anuario de Derechos Humanos. N° 10 (2014) .
- Molas, Isidre. *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid (1998).
- Prieto , Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Quinta edición. Editorial Trotta Madrid, 2015
- Ramos Hernández, Carlos F. “Acceso a la información, transparencia y participación política”. *Revista Jurídica* (2016) .
- Rivas, Pedro. “Notes about the Difficulties of the ^[SEP]Doctrine of Balance of Goods, 41 *Persona & Derecho* 105” (1999). Obtenido el 9 de octubre de 2018 de: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/persodcho41&collection=journals&id=119&startid=&end=134>
- Rivera, Efrén. “Marco jurídico del derecho a la información en Puerto Rico”. Encuentro de periodistas y abogados auspiciado por Espacios Abiertos (24 de octubre de 2015). Citado en: Carlos Ramos “Acceso a la Información, Transparencia y Participación Política” *Revista jurídica UPR* 85(2016)
- Romero, Graciela. “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”. *American University International Law Review* 26/1(2010).

Vera, Monica. *Derecho de acceso a la información pública*. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. Quito, 2015. http://www.inredh.org/archivos/pdf/derecho_a_la_informacion_publica.pdf

Viola, Isabel. La confidencialidad en el procedimiento de mediación. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política* 11 (2010). Obtenido de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confidencialidad-procedimiento-mediacion-332319450#footnote_5.

Wright, Walter. *La protección de la confidencialidad en la mediación*. Mediate Everything.

Normativa

Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial N° 506 de 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006. Codificación 14.

Ley de Comercio Electronico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 de 17-abr.-2002

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial N° 595 de 12 de junio de 2002.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial N° 312 de 13 de abril de 2004.

Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006

Procuraduría General del Estado (2018). *Casos relevantes*. Quito http://www.pge.gob.ec/?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=163 (acceso 28/09/2018).

Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 588 de 12-may.-2009

Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial N° 673 de 20 de enero de 2016.

Jurisprudencia

Adler V. Adams. Citado en Jay Folberg y Alison Taylor. *Mediation a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey bass publishers (1986).

Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 1739-14-EP*. Sentencia No. 013-16-SEP-CC, 13 de enero de 2016.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo. (ser. C) No. 151, T 92 (19 sept. 2006).

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Fondo. Sentencia de 2 de julio de 2004.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*. Fondo. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

High court of Australia. *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman*. 1995. Chapter 4, Section 5.

Tribunal Constitucional. *Acceso de información*. Registro Oficial Suplemento 283, de 2 de junio de 2006.

Tribunal Constitucional. *Información*. Registro oficial 434, de 10 de enero de 2007

Tribunal Constitucional. *Niega recurso de Acceso a la Información*. Registro Oficial Suplemento 313, de 14 de julio de 2006.

Instrumentos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Organización de los Estados Americanos Doc 13 (vol II), 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%C2%A0>
 0(acceso: 05/09/2018).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985 solicitada por Costa Rica

Declaración de Chapultepec por la Libertad de Expresión y de Prensa adoptada el 15 de septiembre de 2015

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptada el 6 de diciembre de 1966

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Derecho a la información Pública*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); 1998. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/acceso/Informe%20Tem%C3%A1tico%20Acceso%20a%20la%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%202014.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” (2010). http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html (acceso: 04/09/2018).

Tesis

Paredes, Hernan. *El principio de confidencialidad dentro del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*. Tesis de pregrado. Universidad de Las Américas. Quito, 2017