



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD VERSUS EL DERECHO A LA
INFORMACIÓN EN LA PUBLICACIÓN DE FOTOS, VÍDEOS
Y GRABACIONES PERSONALES**

Autor

Juan Pablo Burbano Balseca

Año

2017



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DERECHO A LA INTIMIDAD VERSUS EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
EN LA PUBLICACIÓN DE FOTOS, VÍDEOS Y GRABACIONES PERSONALES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Mgt. Elsa Irene Moreno Orozco

Autor

Juan Pablo Burbano Balseca

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Elsa Irene Moreno Orozco
Magíster en Derecho Procesal Mención Derecho Penal
C.I.:1705403713

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Diego Alfredo Zalamea León
Doctor en Derecho
C.I.:0102265014

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y su ejecución, se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Juan Pablo Burbano Balseca
C.I.: 1714769674

DEDICATORIA

El presente ensayo se lo dedico a la sociedad ecuatoriana, para que tengan nuevos conocimientos sobre su intimidad, los nuevos peligros que pueden conllevar el mal uso de las tecnologías de la información y saberlos prevenir en este mundo moderno y cambiante en el ámbito de las tecnologías de la información.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios porque sin Él no hubiera podido terminar esta etapa de mi vida, llena de retos.

A mi padre por ser mi ejemplo que seguir, por tener entrega y dedicación en todo lo que hace.

A mi madre por ser mi compañera incondicional, mi fortaleza y mis ganas de salir adelante.

A mis profesores porque gracias a sus conocimientos impartidos en cada clase han permitido que me convierta en un profesional.

RESUMEN

Este trabajo ofrece un análisis del Art. 178 del Código Integral Penal de la República del Ecuador, que penaliza la violación a la intimidad. Estableciendo que en este existe un conflicto entre derechos subjetivos: el derecho a la intimidad y el derecho a la publicación de datos personales (derecho derivado de la libertad de expresión), esto en cuanto el segundo inciso del artículo establece una excepción de penalización, según la cual la intervención personal de alguien en un material audiovisual posibilita su divulgación así no cuente con la autorización de terceras personas que en este aparecen.

Se determina como contexto conflictivo de los delitos descritos en el artículo a las tecnologías de la información y la comunicación, estudiándose esa relación.

El ensayo parte de realizar precisiones conceptuales necesarias para el entendimiento del problema, sobre todo definiciones teóricas de los derechos involucrados. Posteriormente analiza las relaciones y tensiones entre los derechos subjetivos implicados repasando las soluciones doctrinarias disponibles para la resolución de sus tensiones, así mismo, se hace el análisis de un caso para contrarrestarlo con lo establecido en la legislación.

ABSTRACT

This work offers an analysis of Article 178 of the Criminal Code of the Republic of Ecuador, which penalizes the violation of privacy. Establishing that there is a conflict between subjective rights: the right to privacy and the right to the publication of personal data (right derived from the right of freedom of expression) due to the fact that the second paragraph of the article establishes a penalty exception, according to which the personal intervention of someone in an audiovisual material makes it possible for them to be disclosed, even if they do not have the authorization of third parties who appear in it.

It is determined as a conflictive context of the crimes described in the article the information and communication technologies, studying that relationship.

The essay starts with conceptual precisions necessary for the understanding of the problem, mainly theoretical definitions of those rights.

It then analyzes the relationships between the subjective rights involved by reviewing the available doctrinal solutions for the resolution of their tensions; likewise, the analysis of a case is made to counteract it with the established in the legislation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. PRECISIONES CONCEPTUALES	4
1.1. El derecho a la intimidad: definición jurídica y protección penal.....	4
1.2. El derecho a la publicación personal: definición jurídica y protección penal.....	10
1.3. Derecho a la intimidad y tecnologías de la información: consideraciones doctrinales.....	14
2. CAPÍTULO II. CONFLICTO ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS.....	18
2.1 Relaciones y tensiones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la publicación personal en el artículo 178 del COIP.....	19
2.2 Mecanismos doctrinarios de resolución de conflictos entre los derechos subjetivos a la privacidad y a la libertad de expresión.....	21
2.3 Consecuencias prácticas derivadas de la aplicación del artículo 178 del Código Integral Penal.....	24
3. CAPÍTULO III. ANÁLISIS CASUÍSTICO	28
3.1 Descripción de los hechos.....	28
3.2 Elementos de punibilidad.....	30
4. CONCLUSIONES.....	31
REFERENCIAS	33

INTRODUCCIÓN

El ensayo aborda el problema jurídico de un posible conflicto entre derechos subjetivos en la legislación penal ecuatoriana, que se presentaría entre el derecho a la intimidad y el derecho a la publicación personal, en cuanto el Art. 178 del COIP, que regula el delito de violación a la intimidad, en su segundo párrafo señala que: “No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley”.

El problema consiste en que según la norma, la intervención personal de alguien en un material audiovisual posibilita su divulgación, así no cuente con la autorización de otras personas que en este aparecen y esto podría ser considerado como un agravio a la privacidad de terceros que es un bien jurídico protegido por el mismo artículo.

En este sentido parece haber necesidad de definir el derecho a la intimidad y sus límites, sin embargo se afirma que las definiciones sobre la privacidad que intentan hacer coincidir el interés en la privacidad con la posibilidad de control del individuo sobre la información que trata sobre sí, no están exentas de dificultades conceptuales (Corral, 2000).

El problema comprende los siguientes aspectos: la amplitud y delimitación del concepto de privacidad/intimidad, la amplitud y delimitación del derecho a la publicación personal, la protección penal al derecho a la privacidad, las consecuencias prácticas de exclusión dispuesta en el Art. 178.

Según Martínez (2007) el derecho a la intimidad implica que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelarlos. Acogiendo lo cual, el inciso segundo del mencionado artículo nada dice al respecto de estas condiciones.

Así también el problema jurídico a tratarse atañe no solamente al principio del consentimiento en la publicación de datos sino también, muy particularmente, al problema de la finalidad, puesto que cualquier problema relacionado con la protección de datos debe tener en cuenta ambos elementos.

Por otra parte, una variable importante para la determinación del problema jurídico implicado en este trabajo, son los efectos de las nuevas tecnologías como instrumentos que almacenan, planifican, regulan, controlan y transmiten la información, que afectan a los ciudadanos y sus opiniones (Castillo, 2001). La facilidad de reproducción y publicación de la información y sus alcances están absolutamente relacionados con los derechos de los que se trata en este trabajo como bienes jurídicos a proteger penalmente.

Por tanto, el problema jurídico se resume en la siguiente pregunta: ¿Existe en el artículo 178 del Código Integral Penal un caso de conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a publicar información personal?

La investigación tiene como objetivo general demostrar que existe un caso de conflicto entre derechos subjetivos en el Art. 178 del COIP, en cuanto al derecho a la intimidad está subordinado al derecho a la publicación personal, de esta manera establecer las relaciones y tensiones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la publicación personal derivadas del Art. 178 del COIP, así como determinar la primacía de uno de los derechos mencionados en cuanto a su protección penal y establecer las formas de resolución de conflictos similares en la doctrina. Tras lo cual, se analiza un caso de la realidad nacional en el que se da la figura que coincide con la excepción esgrimida en el artículo.

El tema del conflicto entre el derecho a la intimidad/privacidad y el derecho a la publicación personal en el Art. 178 del COIP, es de importancia porque dicha normativa define como ilícitas ciertas conductas y permite otras que en esencia pueden tener repercusiones sociales muy parecidas, en cuanto a que la publicación de material personal en el que aparecen terceros, sin ser

necesariamente injuriosa o dolosa, si puede generar perjuicios a la privacidad y honra de las personas, lo que significaría que no se requiere necesariamente, para su punibilidad, que el sujeto que publique información personal que involucra a terceros, tenga la finalidad de afectar la intimidad ajena.

Con la investigación se pretende mostrar que existe una protección penal fragmentada e insuficiente del derecho a la privacidad en la legislación ecuatoriana debido a la exclusión expuesta en el segundo párrafo del Art.178.

Los beneficios serán el abordar un tema que debido a la extensión cada vez mayor del uso de medios técnicos audiovisuales, se vuelve más sensible y necesario de analizar y así aportar a conseguir una protección real del derecho a la intimidad, puesto que también crecen sin parar las posibilidades materiales de su vulneración.

Los resultados de la investigación contribuirán a que la vida privada de los ciudadanos ecuatorianos, que se encuentra cada vez más indefensa y expuesta a manipulación, sea protegida jurídicamente de una manera más completa.

El presente trabajo hace un análisis exegético y dogmático de la norma legal, para ello se realizará una primera parte de desambiguación conceptual y de definición de términos relacionados tales como privacidad, intimidad, consentimiento, etc.

El estudio de literatura especializada y doctrina sirve para establecer los límites y amplitud de los derechos relacionados con la norma, se pretende conocer la visión jurídica sobre la relación de los dos derechos y obtener conclusiones que permitan elaborar una propuesta de tratamiento del conflicto observado en la legislación interna.

Para el tratamiento del material de la investigación se empleará la investigación documental, en materia doctrinaria.

La estructura del ensayo constará de tres partes. En esta, la primera de introducción, se presentan el problema jurídico, la hipótesis, los objetivos, la justificación, la metodología y estructura del desarrollo del tema.

La segunda parte comprende el cuerpo del trabajo que está dividido en tres temas. El primer tema desarrolla las precisiones conceptuales necesarias para el entendimiento del problema. El segundo tema demuestra las relaciones y tensiones entre los derechos subjetivos involucrados en la norma analizada y, el tercer tema analiza un caso para contrarrestarlo con lo establecido en la legislación.

1. CAPÍTULO I. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1. El derecho a la intimidad: definición jurídica y protección penal.

El artículo 66 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en el capítulo sexto correspondiente a los derechos de libertad, dice lo siguiente:

Art. 66.-Se reconoce y garantizará a las personas:

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

19. 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.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

21. 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.

Esto quiere decir que en nuestro país la intimidad es un bien jurídico protegido constitucionalmente.

Según Mata (2006, p.218) El concepto general de intimidad se refiere al “ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad”, en este sentido, en este trabajo se tendrá como objeto de estudio la tutela penal de esos datos personales y familiares que conciernen a la intimidad de una persona, dando por hecho que existen otro tipo de datos personales que pueden estar considerados bajo tutela legal como los datos comerciales por ejemplo, a los cuales no nos referiremos.

Se analizan los delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar como potenciales agresiones a la dignidad y al consentimiento de la persona, provenientes de un uso ilegítimo de datos personales y particularmente observando al autor de la conducta punible, con relación al segundo párrafo del siguiente artículo del Código Integral Penal ecuatoriano –COIP-:

Artículo 178.- Violación a la intimidad. - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

En Stern (2007) se explica cómo es que con el uso masivo de las tecnologías de la comunicación, la dimensión jurídica de la protección de datos se ha visto ampliada, lo que conlleva una nueva visión y desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de las personas, concibiéndose lo que se conoce como derechos y libertades de tercera generación, lo que determina la actualización de nuevas circunstancias a proteger con base en las nuevas necesidades de desarrollo de la personalidad y su dignidad y sobre todo dado un nuevo panorama de vulnerabilidad y vistos como fundamento del orden político y de la paz social.

De ahí que a nivel mundial se ha establecido un nuevo derecho adjunto al de la intimidad que es el de protección de datos que se cualifica respecto al más genérico de la intimidad, veamos lo que dice al respecto la legislación europea, nombrada por Mata (2006, p.221):

El derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales.

Romeo nombrado por Mata en el mismo texto (2006) afirma que existen tres grandes dimensiones de la protección de datos personales en el contexto de la protección penal de la intimidad:

- A) La intimidad como trinchera de la personalidad y la tutela de los ámbitos en los que el interesado puede manifestar su oposición frente a injerencias no deseadas (parámetro tradicional de la intimidad). Aquí se enmarcan los delitos sobre la protección del secreto y captación de imágenes y sonidos.

- B) La intimidad en cuanto a confidencialidad compartida, es decir cuando intervienen terceros obligados a guardar reserva. De ahí deriva el deber de secreto de los trabajadores, de los profesionales y de las autoridades y funcionarios públicos.

- C) La intimidad en relación con el procesamiento y comunicación de datos a través de TIC. Se refiere a la tutela de las informaciones de carácter reservado que están en poder de servidores informáticos.

Como precisión para este trabajo se concibe que el artículo penal del que tratamos se encuentra en la primera esfera, a excepción de su último párrafo que podría y debería inscribirse en la segunda dimensión.

Esto en cuanto a la protección de datos en la segunda esfera mencionada, la legislación penal de nuestro país determina en el Art. 229, 190 y 192 del Código Integral Penal:

Art. 229 - Revelación ilegal de base de datos.

La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si esta conducta se comete por una o un servidor público, empleadas o empleados bancarios internos o de instituciones de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 190.- Apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma sanción se impondrá si la infracción se comete con inutilización de sistemas de alarma o guarda, descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas, utilización de tarjetas magnéticas o perforadas, utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia, o violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.

Art. 192.-Intercambio, comercialización o compra de información de equipos terminales móviles.

La persona que intercambie, comercialice o compre bases de datos que contengan información de identificación de equipos terminales móviles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En nuestro país, la protección jurídica de datos para precautelar la intimidad se produce primeramente a nivel constitucional y luego a nivel penal, la penalidad para resguardar los bienes jurídicos constituye un último recurso cuando se han constatado conductas de gravedad que atentan contra ellos. Durante el desarrollo de este trabajo se analizará cómo el artículo penal cubre o no las posibles conductas de gravedad en relación al derecho a la intimidad. Tomando en cuenta que doctrinariamente, como lo explica Mata (2006), de acuerdo al

principio de subsidiariedad o intervención mínima del derecho penal, no todos los hechos socialmente reprochables, ni todos los hechos relativos a la protección de datos resultan penalmente relevantes, debiéndose dar una selección de las conductas que tendrán acogida en la regulación penal. Este es el camino que toma el análisis para esclarecer la necesidad o no de reformar la norma, determinar si esta llega a permitir conductas que afecten gravemente al derecho a la intimidad. Allí se atañería a otro principio del derecho penal, el de lesividad, según el cual la norma se legitima cuando la conducta afecte a intereses fundamentales de la persona o la sociedad.

Tal como se ve en la norma ecuatoriana, las conductas punibles típicas entre el grupo de delitos contrarios a la intimidad generalmente implican comportamientos relativos al descubrimiento de secretos documentales y se incluyen acciones conocidas como de interceptación de telecomunicaciones. En estos ilícitos está implícita la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos y por otro lado la no autorización, que en la legislación de la Comunidad Europea en la Decisión Marco 222 está definida como aquel acceso o la intromisión no autorizados por el propietario o titular de otro tipo de derecho sobre el sistema o parte del mismo no permitidos por la legislación nacional.

En cuanto el derecho clásico de protección de la intimidad está relacionado con el concepto de secreto, vale la pena anotar la definición que de este da Mata (2006, p.219) como “algo a lo que no se puede acceder sin consentimiento del titular, del interesado”, explica que, clásicamente, es considerado un secreto todo aquello que haya querido ser excluido por su titular del conocimiento de terceros, sin embargo este jurista sostiene, en una posición más amplia, que en cuanto a la protección de datos en las telecomunicaciones en especial, el mensaje, medio o soporte de comunicación está protegido en sí mismo con independencia de su contenido esto es, ya se trate de contenidos personales de carácter íntimo o de cualquier otro género, afirmando que en este ámbito el derecho al secreto de las comunicaciones tiene un valor propio desligado en

parte del derecho a la intimidad como derecho autónomo, a pesar de que en última instancia el bien jurídico a proteger sea la intimidad.

En esta línea, la conducta del agente, tipificada como delito en la primera parte del Art. 178 del COIP, implica un atentado a la intimidad en cuanto a la revelación de secretos y es un delito doloso, intencional e injusto consistente en el afán de descubrir datos que la víctima no ha autorizado para ser de acceso de terceros, sean o no sean obtenidos los datos por apoderamiento forzoso, violento o por interceptación -este término según Stern (2007) hace referencia a aquellos accesos a la comunicación entre otras personas que no la interrumpen ni impiden que llegue a su destinatario-. Esta caracterización, a entender del presente ensayo, no excluiría como delito la inclusión o no del agente como partícipe en los mismos datos, además porque el mensaje en sí mismo goza de protección legal aún cuando se haya remitido al agente sin necesidad de expresar la voluntad de que no sea mostrado a terceros.

1.2. El derecho a la publicación personal: definición jurídica y protección penal.

Se abordará el derecho a la publicación personal como un derecho derivado de la libertad de expresión, la cual es definida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 13 de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Huepe en Jara (2014), explica que la libertad de expresión abarca la posibilidad de difundir, y por lo tanto publicar, toda clase de ideas, pensamientos,

creaciones literarias, artísticas, científicas, técnicas o de cátedra, así como la posibilidad de profesar y discutir, cualquier doctrina.

En este sentido se concibe a la libertad de publicación personal como la posibilidad derivada del derecho a la libertad de expresión, de difundir información sobre sí mismo de cualquier índole y por cualquier medio.

Para este trabajo definiremos el derecho a la publicación personal en cuanto a aspectos de la vida íntima, distinguiéndola de la vida privada; como señala Marti de Gidi (2003), en ocasiones es difícil distinguir los límites de lo privado y de lo íntimo, sostendremos que lo privado hace referencia a esos aspectos sociales, laborales, profesionales o comerciales, que podrían incluso tener nexos con el interés público en algún momento, como al recabar la información sobre cuentas bancarias que puede ser requerida en casos de solicitudes de crédito por ejemplo y que podrían exceder el ámbito de protección del derecho a la intimidad, mientras que lo íntimo por su parte atendiendo a una evolución conceptual que explica Marti de Gidi (2003) implica desde espacios físicos, objetos personales – protegidos por la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia- a los acontecimientos y situaciones absolutamente particulares de las personas –protegidos de la divulgación pública sin consentimiento y del derecho al olvido, así como incluso de tergiversación cuando existe el consentimiento-.

Por otra parte, cabe mencionar que se encuentra también implícito dentro del derecho a la libertad de expresión el derecho a acceder a la información de interés público, esta arista del mencionado derecho es una de las más trabajadas en el ámbito jurídico, se trata según Jara (2014) de un contrapeso necesario en el sentido de que la condición de tener la posibilidad de expresarse o de informar, es correlativa a que exista la posibilidad de acceder a la información.

El derecho al acceso a información de interés público se entiende y se aplica especialmente en cuanto al acceso a la información que maneja el Estado y a la obligación positiva de los entes públicos de suministrar dicha información.

En este trabajo no trataremos de este aspecto del derecho a la expresión, pues se considera al interés público como un bien prevalente a otros intereses de orden social, no sin advertir la necesidad de una mejor determinación doctrinaria y por lo tanto normativa de lo que significa información de interés público, sólo haremos notar que también es posible observar tensión en cuanto aspectos de la vida privada que pudieran tener relación con la vida laboral, profesional o comercial podrían dejar de ser protegidos cuando se determina que son de interés público, ocurriendo también un sacrificio de lo privado (Covarrubias, 2015) y siendo este un límite a la privacidad.

Volviendo a la conceptualización sobre el derecho a la publicación personal, se lo relacionará: primeramente a la esfera de lo íntimo, antes descrita; en segundo lugar con el concepto subjetivo esgrimido por Marti de Gidi (2003) denominado derecho a la “autodeterminación informativa”, que supone la plena disponibilidad por parte del individuo de lo que publica sobre sí, concibiendo que es éste el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento de los demás; y, en tercer lugar al concepto de derecho a la propia imagen, que según el autor mencionado consiste en:

(...) el hecho de que la imagen humana individualiza a las personas y las distingue de los demás, les confiere una proyección externa que aporta elementos para conocer su modo de ser personal. La imagen humana es un reflejo, una representación de toda la persona en su conjunto, pero –como es generalmente reconocido- la parte del cuerpo que mejor plasma la personalidad del hombre es la cara.

La imagen de una persona constituye una realidad autónoma y susceptible por sí misma de una protección jurídica. Es pues, un interés digno de ser protegido que queda acreditado con la innegable posibilidad de atentados a la intimidad, a la vida privada de una persona o incluso al honor de ésta, mediante la difusión inconsiderada de reproducciones de su imagen. (p.6).

El derecho a la publicación personal supone la facultad exclusiva de cada persona de reproducir, exponer y hasta de comerciar con la imagen propia y por lo tanto la imposibilidad de que otros puedan hacerlo sin consentimiento, de esta manera cuando se entabla una relación mediada por la publicación de una imagen propia, el centro de ella y lo que le da juridicidad es el traslado de las facultades de publicación mediante la anuencia, ya sea que medie un precio o no, es de este asentimiento del que dependerá la licitud o no de la publicación de un dato personal.

Hablamos entonces de que los límites entre lo íntimo y lo público se establecen por consentimiento. Sin embargo existe otro límite a la libertad de publicación, puesto que el consentimiento de publicación no libra de acciones dolosas respecto a la finalidad de la información, cuando con una publicación prohibida o no expresamente por la Ley, consentida o no, se compromete la valía de una persona, arriesgándola al ridículo, al odio o a sufrir cualquier daño en su reputación, dignidad o en sus intereses propios pecuniarios y no pecuniarios, hablamos de violación al derecho a la intimidad.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República trata del derecho a la libertad de expresión en su sección tercera que atañe al asunto de la comunicación e información:

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

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

Es de importancia reparar en la siguiente precisión que hace la norma constitucional cuando se refiere a las consecuencias del uso indebido de la información en cuanto advierte la responsabilidad ulterior; en la misma tónica, el

artículo 13 del Pacto de San José, que se había mencionado previamente, hace al respecto de la responsabilidad de uso y por lo tanto de publicación, una disposición más precisa que atañería al derecho a la intimidad al aclarar y que ampliaría la norma constitucional nacional:

(...) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (...)

La normativa jerárquica superior de nuestro país supone entonces, que el derecho al honor, a la intimidad o a la vida privada, son límites a la libertad de expresión y por lo tanto a la libertad de publicación.

1.3. Derecho a la intimidad y tecnologías de la información: consideraciones doctrinales.

El fenómeno informático caracterizado por la velocidad del procesamiento de la información y su facilitación ha hecho que la mayoría de las actividades y ocupaciones actuales, en los diferentes sectores de la vida económica y social, dependan en mayor o menor grado de la tecnología y la computación, así como las lógicas geográficas y temporales de la información están siendo transformadas permanentemente.

El impacto de las tecnologías en nuestra sociedad contemporánea como una realidad cambiante, es un reto para el derecho, el régimen jurídico internacional relativo a las transmisiones de información ha tenido que irse modificando sobre todo en cuanto al tráfico de datos personales, "Entendiéndose por dato personal toda información concerniente a una persona física, identificada directa o indirectamente, así como a las imágenes y sonidos digitalizados" (Castillo, 2001, p.43) los cuales toman tintes incluso de ser un mercado, esto implica que el mismo concepto de privacidad, sus vulnerabilidades y sus medios, están

cambiando como resultado de nuestra nueva vida basada en el ordenador y por la existencia de las redes de comunicación.

En este sentido el derecho a la intimidad tiene una relación fundamental con las tecnologías de la información, atañendo a cuestiones de seguridad y confianza acerca de personas, empresas y proveedores de servicios que deben regularse.

Según Castillo (2001) se considera campo de operación informática de datos personales a la recolección, grabación, organización, almacenamiento, adaptación, extracción, consulta, uso, comunicación, transmisión, radiodifusión o cualquier otro medio de provisión de datos, correspondencia, borrado o destrucción. Todas estas operaciones son consideradas como procesamientos de red, cuando involucran la interconexión mediante Internet.

El derecho a la intimidad y el derecho a la publicación personal se han visto transformados por las tecnologías de la información de manera que han transitado de ser derechos racionales a ser derechos positivos constantes en las leyes, como menciona Castillo (2001) pasando a un concepto abierto y progresivo de los mismos para adecuarlos a las nuevas necesidades del ser tecnológico.

Así mismo, esta relación de los derechos a la intimidad y a la publicación personal con las tecnologías de la información acarrea grandes riesgos, por lo que fue necesario dotar de protección legal específica a este ámbito, estableciéndose un régimen penal que determina las infracciones y sanciones para las violaciones informáticas de los derechos básicos de la persona, en el ámbito de privacidad de sus datos personales, en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Además que, por la lógica transnacional de la información, según Cuadrada (2007) el tratamiento computarizado de datos personales ha sido objeto de atención especial del derecho internacional en los últimos tiempos.

Es importante notar que, actualmente, no existe ningún impedimento técnico para la difusión de los datos personales, sino solamente impedimentos legales y

éticos y que la informatización de la sociedad ha producido transformaciones culturales estructurales que han cambiado los comportamientos de los individuos, con alcances todavía indefinidos y de carácter vertiginoso.

En este punto, pasaremos a enumerar los posibles riesgos, que se avizoran al momento, en relación a las tecnologías de la información con los derechos de la personalidad del individuo, fundamentalmente los ataques a su intimidad personal y no se abordará el campo referente a los peligros del uso de la información relativos al sistema de organización del Estado. Para esto se acogerá la definición realizada por Castillo (2001) de IPI -información personalmente identificable- que hace referencia a todo lo que en la red puede ser vinculado con una persona, de manera que esta sea el centro de toda la actividad electrónica y por lo tanto se busque la protección de sus derechos, para evitar que los procesos tecnológicos lleguen a una despersonalización que los vaciaría de contenido.

Dada la posibilidad de acopio de datos personales IPI, que forman parte de la intimidad de las personas, también es preciso determinar las responsabilidades de los proveedores de servicios informáticos, puesto que aunque el acopio de datos no plantee riesgo de ataque a la intimidad por sí solo, el problema de indefensión y violación se produce cuando estas informaciones acopiadas, aparentemente inocuas, pueden ser utilizadas y combinadas, para sacar conclusiones que inciden directamente en el individuo o para alterar la dignidad humana personal y familiar, al honor, a la propia imagen y a sus proyecciones.

En este sentido, dada la multiplicidad de actores vinculados con el Internet, es necesario esclarecer qué cuota de responsabilidad sobre la información corresponde a cada uno; siguiendo a Fernández (2014) existe diferencia entre la responsabilidad de quien suministra el servicio de acopio y tránsito de la información y de quien la crea, usa y circula. El hecho de que las tecnologías puedan prestarse para el cometimiento de delitos no resulta suficiente para responsabilizar a quien brinda los servicios de un daño relacionados a su uso.

Mientras que si hay responsabilidad por parte de quien usa los medios causando daño, así como de todos sus cómplices o partícipes.

Siguiendo con la determinación de la problemática, para Castillo (2001) uno de los problemas es la transferencia internacional de datos personales ya que la exportación instantánea de los datos en la red de un país con protección del derecho a la intimidad, a otro con una protección menor y desde donde puede difundirse ilegalmente por el resto del mundo, supone la pérdida de las garantías de respeto del derecho fundamental a la intimidad.

Otro gran problema es que los gobiernos no sólo no están preparados para combatir jurídicamente la erosión de la privacidad frente a la vertiginosidad de los cambios. Al respecto dice Castillo (2001) que quienes se preocupan por mantener un poco de anonimato personal han llegado a la conclusión de que la privacidad ya es cada vez menos un derecho protegido y cada vez más una capacidad y una técnica.

Si seguimos la evolución histórica del concepto jurídico de intimidad como se ve en Cuadrada (2007), el reconocimiento del derecho primeramente sirvió para protegerse frente al intervencionismo de los poderes públicos en la vida privada y la concepción liberal lo equiparó a un derecho patrimonial, luego el concepto jurídico de intimidad originariamente esgrimido en Warren y Brandeis quería protegerla frente a las intromisiones de los medios de comunicación. Posteriormente se concibe que el derecho a la intimidad debiera convivir con los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información perdiendo así su vertiente más patrimonial para consagrarse como el derecho que posee toda persona para protegerse de las intrusiones ajenas, la libertad individual pasa a ser el fundamento del derecho a la intimidad. Entonces, a partir del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, en la doctrina hacen aparición nuevos conceptos jurídicos: “autodeterminación informativa”, “libertad informática”, “intimidad informática” o “derecho a la protección de datos personales”.

En este sentido y siguiendo con Cuadrada (2007) estos conceptos se tratan no solo de la potestad que tenemos de que un tercero conozca o no nuestra vida privada, sino también la posibilidad de controlar lo que otros conocen de nosotros.

La autora anota lo que el Tribunal Constitucional español dice al respecto:

...el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de estos datos proporcionará a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o no. (p.81).

Por otra parte con las tecnologías se abrió el irresoluto debate sobre si el derecho a la intimidad limita la libertad de expresión. Castillo (2001) afirma que existe un delicado equilibrio que debe ser valorado caso por caso para decidir en cada momento cuál de esas libertades y valores prevalece.

Otro problema en cuanto a la libertad de expresión y a la interacción, es que las tecnologías son una plataforma importantísima de comercio electrónico, por eso hay muchas programaciones que utilizan la recogida, almacenaje y distribución de información personal identificable (IPI), para conocer los gustos, valores y formas de conducta de las personas, lo que no siempre está en conocimiento de los usuarios y de alguna manera vulnerando la privacidad y confidencialidad.

2. CAPÍTULO II. CONFLICTO ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS

2.1 Relaciones y tensiones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la publicación personal en el artículo 178 del COIP.

Para establecer la relación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la publicación personal contenida en el artículo 178 del Código Integral Penal, revisemos nuevamente el texto de dicho artículo:

Artículo 178.- Violación a la intimidad.- La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

En consecuencia de las precisiones conceptuales esgrimidas en el primer capítulo de este trabajo, determinamos las siguientes características presentes en el artículo:

- a) La normativa responde a la suposición de que el derecho al honor, a la intimidad o a la vida privada, son límites a la libertad de expresión y por lo tanto a la libertad de publicación.
- b) La ley penal plantea como fundamental el consentimiento para la publicación de cualquier información de carácter íntimo y estaría tutelando el derecho a oponerse a las injerencias no consentidas. En este sentido para que exista difusión ilegal, ésta tendría que haber sido realizada sin autorización de la persona sobre quien recae la información, esto en cuanto al segundo párrafo que dice “No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente”

precisa una zona de impunidad frente a algunos supuestos fácilmente imaginables como la difusión dolosa en redes de un video que dañe la honra de un tercero, pese a que en este interviene el dueño de la filmación o agente.

- c) La excepción antes mencionada está influenciada por el concepto de autodeterminación informativa en la parte de la libertad de publicación, pero no en cuanto a la parte de poder controlar los datos que se publican sobre la persona.
- d) En relación a la información de tipo personal, concluimos que esta puede ser publicada solamente cuando hay autorización legal, lo que entra en la esfera de la intimidad compartida con estos dos terceros: el Estado y los proveedores de servicios informáticos y únicamente con ellos, quienes estarían obligados a guardar reserva.
- e) Se ha ampliado la tutela penal de la intimidad frente a los modernos medios tecnológicos de publicación e interceptación, por la especial capacidad de intromisión que tienen.
- f) El criterio del interés público como limitación del derecho a la privacidad y legitimador de los derechos de la información, no está presente en la norma ecuatoriana estudiada, pese a que, doctrinariamente, a nivel iberoamericano se considera como fundamento del concepto de información pública, como se verá más adelante.

Con respecto a este último punto, y tomando en cuenta que, a manera de aforismo orientador de la definición de la vida privada consideramos que es: aquella que no es pública, cabe hacer la siguiente precisión sobre nuestro ordenamiento legal: el artículo 178 en su segundo párrafo señala: que la norma penal no es aplicable “cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.” Entonces, ¿cuándo se trata de información pública?, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su Título segundo: De la información pública y su difusión, la define:

Art. 5.- Información Pública.- Se considera información pública, 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.

Sin embargo el artículo 178 del Código Integral Penal, nada menciona sobre la información confidencial, dejando de atender a la definición realizada en la misma Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual dentro de las presiones conceptuales realizadas para este trabajo, podría entenderse como información personal y que podría dar mayor claridad a la norma:

Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en la Constitución de la República, como se indicó en líneas anteriores.

El uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes.

No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades, públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se excepciona el procedimiento establecido en las indagaciones previas.

2.2 Mecanismos doctrinarios de resolución de conflictos entre los derechos subjetivos a la privacidad y a la libertad de expresión.

Frente al conflicto que puede existir entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de expresión, a nivel interamericano, la doctrina propone una figura en la que el derecho a la privacidad es primero y el derecho a la libertad de expresión puede ser restringirlo solamente cuando existen ciertos requisitos, de manera que para determinar cuándo es legítima una restricción

del derecho a la privacidad en pos de la libertad de expresión y acceso a la información, Jara (2014) expone lo que indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...] las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende 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. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.(p.166)

El autor (Jara, 2014) explica que para la doctrina el límite a la privacidad tiene legitimidad cuando:

- a) Se pruebe que existe interés público, es decir necesidad de que la ciudadanía conozca una determinada información,
- b) Que haya proporcionalidad entre la relevancia de divulgar la información y el nivel de afectación a la intimidad.

Es decir que, y también según Covarrubias (2014), ocasionalmente el resguardo de la vida privada trae consigo la protección de aspectos del interés público que son tan importantes como aquellos asociados al ejercicio de la libertad de informar y el derecho de acceso a la información.

Además de estar presente en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la injerencia en la vida privada en pro del interés público, también está presente en varios textos constitucionales a nivel mundial y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, este último determina, de una manera más taxativa, cuales son los aspectos relacionados con el interés público que posibilitan invasiones al derecho a la privacidad:

"...en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad

nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Los dos textos del derecho internacional mencionados, según Covarrubias (2014) admiten, que puede haber legítimas incursiones en el derecho a la privacidad con relación al interés público a condición que estas sean justas.

Resulta fundamental entonces, determinar qué es el interés público, al respecto en la jurisprudencia de la Corte IDH mencionada por Jara (2014) tenemos que el interés público relacionado con la publicación de información está necesariamente vinculado con el Estado y esto incluiría información atinente a funcionarios. Para Jara (2014) la doctrina estaría estableciendo tres categorías de personas en cuanto sea mayor o menor su participación en cuestiones públicas y por lo tanto la tutela de su vida privada resultará en proporción inversa a dicha participación y determina que el interés público existe en cuanto a la información relativa a las dos primeras, así tenemos:

- a) Los servidores del Estado.
- b) Las personas públicas que aunque no son funcionarios pero influyen en los asuntos públicos.
- c) Las personas privadas.

Sin embargo, se especifica que el interés público no debe ser asimilado a interés estatal sino hace referencia al interés de la sociedad sobre el Estado. Es decir que, cuando se trata de privilegiar al derecho a la publicación sobre el derecho a la privacidad, la doctrina y la jurisprudencia hacen alusión más a la cultura de transparencia y control por parte de la ciudadanía de las actividades fundamentales para la sociedad.

Por su parte, Quesada (2015) señala al respecto que la protección de datos de carácter personal en la sociedad de la información, es en sí misma un interés público, diferenciándolo de información pública, afirma esto al decir que dicha

protección no sólo debe ser vista desde la óptica de una libertad individual, sino que es algo que atañe a la colectividad, dadas las amenazas que representa el uso de tecnologías. Sostiene que para que exista una posible conciliación entre derechos, se requiere que ambos estén en un plano de igualdad y que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho de acceso a la información pública cuenta con un tratamiento especial, que hace, según entiende, que prevalezca.

Con respecto a disposiciones legales de otros países que traten sobre el derecho a la propia imagen y que tengan excepciones como la del art. 178, Luzon (1987) afirma que la Ley alemana dispone excepciones al consentimiento del sujeto en la difusión de sus imágenes si éstas son: del ámbito de la historia actual, es decir sobre personas que por su condición o circunstancias cobran notoriedad; si las personas aparecen accesoriamente en un paisaje o escena; si son imágenes de manifestaciones o reuniones, en las que tomen parte las personas fotografiadas; si las fotos no encargadas, sirven para un interés artístico elevado y a ello añade 24 excepciones por interés público en el sentido anteriormente señalado en los párrafos precedentes.

2.3 Consecuencias prácticas derivadas de la aplicación del artículo 178 del Código Integral Penal.

Es el Internet y en especial las redes sociales, las que conforman el contexto social en el que debe enmarcarse la conducta tipificada en el Art. 178, un ambiente caracterizado, por un alcance temporo/espacial distinto y único llamado virtualidad que crea interrelaciones y proximidades que han cambiado la forma de relacionarnos en sociedad. Según Pifarre (2013) el desplazamiento de la normal actividad social a la red ha conllevado el desplazamiento del delito tradicional al delito en la red, se ha generado nuevos comportamientos delictivos.

En este contexto existen comportamientos inéditos y con pocos precedentes que deben ser analizados para ver si son o no atendidos por la norma. Pero

primeramente debemos observar las características de este ambiente, también mencionadas por Pifarre (2013) y presentes en Picotti (2013):

- El acceso a los datos se ha vuelto instantáneo y sin que necesariamente se deba acudir directamente a las fuentes.
- Las fuentes primarias de acceso, no siempre son conocidas.
- Existe enorme cantidad de destinatarios potenciales de las acciones delictivas, la extensión de los relacionados con el delito puede alcanzar el mundo entero, lo que convierte a las redes en más peligrosas y lesivas.
- Una innegable relajación de la auto tutela de la intimidad porque se utiliza las redes como vitrina permanente de la vida personal.
- Dificultad de controlar el alcance de la información que las personas vierten en las redes.
- Gran concurrencia de menores que no son totalmente capaces de comprender el alcance de sus actos.
- La «alarma social» provocada en ciertos sectores por la falta de regulación legal de toda la realidad que abarca este fenómeno.
- Los usuarios de las redes sociales cargan y descargan datos de manera directa y autónoma en un espacio personal denominado “su cuenta”, y a hacerlo los pone a disposición de personas con quienes tiene relación en distintos niveles (familiares, «amigos», compañeros)
- Los datos pueden permanecer en el tiempo y se pueden extender rápidamente en cascada a otros círculos de personas y sujetos desconocidos de los agentes.
- Esta función esencial de circulación en cadena puede no estar expresamente consentida por las personas y las expone a múltiples riesgos de abusos o usos ilícitos.
- Pese a existir «autorizaciones» dadas para quien ve o no sus datos o a la aplicación de las correspondientes medidas de seguridad, los usuarios no controlan de manera completa y permanente la circulación de los datos.

- Forman parte de la información relacionada con una persona (y se consideran IPI según el concepto esgrimido con anterioridad), imágenes, videos, sobrenombres, direcciones electrónicas, cuentas y páginas web personales, números y contraseñas de acceso, etiquetas que pueden hacer referencia a una persona física.
- La práctica de «etiquetar», consiste en marcar datos refiriéndose a una persona, hecho que puede ser interpretado como una notificación sobre contenido que la involucra o atañe, sin embargo estos datos durante el lapso de tiempo que tarde la persona en notarlos y consentirlo quedan en circulación por la red social, incluso durante mucho tiempo y tendrán una difusión no delimitable.

Esta es la problemática social, cultural y psicológica que incide en la esfera de los derechos fundamentales a la privacidad y la autopublicación que se encuentran presentes en el Art. 178. La cual enmarca las infracciones que afectan y los límites –aún poco definidos– de los derechos que el Artículo quiere proteger. Por otra parte como indica Picotti (2013) esta realidad provoca problemas de naturaleza procesal, en especial con respecto a las modalidades y condiciones de recogida, conservación y utilización de pruebas virtuales. A este mismo tema se refiere Acurio (s. f.) explicando que existen problemas de persecución porque este tipo de infracciones son difícilmente descubiertas o perseguidas ya que los agentes actúan con sigilo y poseen herramientas capaces de borrar los rastros de intrusión y la consumación de los delitos.

Ahora, más que entrar a explicar todas las conductas que podrían resultar lesivas por la excepción de la cláusula segunda del Art. 178 y más allá de entrar en detalle a enlistar todos los posibles casos y modos delictuales, se explicará cómo esta excepción al no exigir el consentimiento específico de los terceros involucrados en la información –que desde el punto de vista de las exigencias de protección de los derechos fundamentales se convierte en condición para el precepto penal – no elimina la incidencia de lesiones como lo demuestra la experiencia y al contrario evita su punibilidad por ejemplo:

- Del llamado *cyberbullying* o acoso virtual, que ha llevado en varias ocasiones a trágicas consecuencias.
- Del desconocimiento de los datos que sobre su persona circulan.
- Del dolo o mala intención al circular informaciones sobre terceros.
- Del carácter pornográfico o lesiones a la dignidad.
- De la discriminación, el odio, la xenofobia y otros antivalores sociales.
- De la extorsión frente a un contenido comprometedor.
- De la suplantación de identidad.
- Del acoso sexual.

Conductas todas antijurídicas de acción o de omisión.

Cabe dar especial énfasis a la caracterización de la conducta actualmente denominada como acoso cibernético o *cyberbullyng*, Boldú (2014), realiza una recopilación de varias definiciones de este fenómeno, encontrando en todas ellas las siguientes características conductuales:

Daño intencionado ocasionado a través de los medios y dispositivos electrónicos como Internet, los sitios sociales y celulares.

- Llevado a cabo repetidas veces y a través del tiempo.
- Existencia de una víctima que no puede defenderse fácilmente por sí misma.
- Se relaciona con el envío de mensajes y textos dañinos o crueles.
- Puede ser realizado por una persona como por un grupo.

Según los estudios nombrados en el mismo texto (Boldú, 2014), las consecuencias de este tipo de conducta son: una sensación de mayor inseguridad de la víctima en relación con el acoso físico, debido al anonimato que generalmente acompaña al agente, oculto tras las redes, así mismo la exponencial extensión y repetición de la agresión frente a un número

indeterminado de espectadores hace que el daño potencial sea indeterminado, ampliando los efectos del daño.

Boldú (2014) enumera como efectos personales y psicológicos del daño ocasionado por el ciber acoso a la ansiedad, depresión, estrés, miedo, frustración, ira, sentimientos de indefensión y relación con la idea de suicidio.

La legislación ecuatoriana no tipifica explícitamente el *cyberbullying*, y cuando se presentan los comportamientos descritos se suele acudir jurídicamente al artículo 178 para judicializar estos tipos penales, arguyendo violación por la difusión de datos personales ajenos incluyendo fotos y videos sin permiso.

3. CAPÍTULO III. ANÁLISIS CASUÍSTICO

3.1 Descripción de los hechos

El 8 de marzo de 2017, circuló por redes sociales el video de una mujer joven que fue grabado por su esposo cuando ella salía de un motel de la ciudad de Quito con otra persona. Rápidamente se viralizó (es decir que tuvo difusión masiva) llegando a ser el video más visto ese día, irónicamente Día Internacional de la Mujer y se empezó a llamarlo “el video del Tantra”, nombre de dicho motel. En el video aparece el autor de la filmación, quien se identifica como el esposo.

El video fue claramente descrito por la Revista virtual GQuillCity de la siguiente manera (Borja, 2017, prr. 1):

...una mujer sentada en el asiento del copiloto en un cuatro por cuatro verde agua parece agacharse para que no la grabe con su celular un hombre cuyo rostro se refleja en el vidrio de la ventana. Es, da la impresión, su esposo, que ha corchado la salida del carro en que ella va. “Hola, hola, ¿cómo estás? Hola, hola, hola. Miren, miren saliendo del motel”. Ella se baja y empieza a decirle: “Ya, ya,

ya”, como pidiendo que detenga la grabación. Luego intenta quitarle el teléfono, extiende la mano pero no lo logra. “Miren, del Tantra”, continúa la voz masculina aludiendo al motel ubicado en el norte de Quito cuyo nombre se ve al fondo de la toma. “Ya, ya”, sigue ella. “Miren la placa. ¿Ya, qué? Quítate de aquí, ándate para allá”, le dice él con rencor sin dejar de apuntarla con el teléfono. Hay además dos hombres más con celulares alzados como si estuvieran grabando o tomando fotos, y hay otro más que parece una persona de seguridad del establecimiento. “Miren de dónde sale la señora” —dice el marido y acentúa— “la muy señora”. Ella camina hacia él pero él la rechaza: “Ándate allá con tu amante pues, ándate”. La mujer solo atina a seguir diciendo “Ya, ya, ya, por favor, ya”. Todo eso ha pasado en medio minuto. El hombre que graba se dirige hacia el auto del que salió la mujer, en el que ha permanecido el hombre que conduce (quien, se entiende, sería el amante). En ese momento se baja del vehículo. “Miren, miren como sale ese asqueroso. Miren. Ahí estás, ¿no, hijo de puta?”, vuelve a decir el esposo. Y entonces el video se corta.

También aparecieron mediante la aplicación de mensajería WhatsApp los nombres de los involucrados, las profesiones, el sitio en el que trabajaban, su número de teléfono, cuánto ganaban, las fotos del día de la boda y del hijo de la pareja, así como de ella en ropa interior.

La mujer filmada fue víctima, de una forma bastante violenta y cruel, del castigo de la sociedad en redes sociales por su infidelidad, algo que dejó de ser delito hace mucho tiempo en nuestra legislación (el castigo penal por adulterio de la mujer estuvo vigente hasta 1983) y que atañe únicamente a la vida privada de cada pareja. La exposición y la difusión en las redes sociales, configuró múltiples humillaciones y mucho detrimento a la imagen, honra y reputación personal de la mujer. Múltiples análisis condenaron el mal uso de ese material en las redes, incluso en notas periodísticas se expresó que el hecho debe avergonzarnos como sociedad en un editorial del columnista Farith Simon (2017, prr. 3) y muchas veces se llamó a la situación “linchamiento”.

En comunicados oficiales de los involucrados, afirmaron que realizarían acciones para responsabilizar a alguien de la divulgación primaria.

3.2 Elementos de punibilidad

Aparte de la normalización de la violencia en las redes sociales, en este caso es fácil observar la conducta ilícita descrita en la primera parte del Art. 178:

Violación a la intimidad. - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Existe grabación, difusión, reproducción de video y datos personales sin consentimiento. Sin embargo la presencia del esposo dentro del video lo hace correspondiente a la conducta expresada en la excepción:

“No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.”

El sometimiento al escarnio notorio, el exponer un acto privado al juicio público parece configurar voluntad de venganza o de daño, por lo tanto dolo, factor indispensable de un delito doloso, pues obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico de que se trate, quiere o acepta su realización.

El análisis de este caso se hace para sustentar cómo en referencia a que en este se configurar la conducta como correspondiente a la excepción, el delito de difundir datos personales sin consentimiento podría ser sobreseído.

4. CONCLUSIONES

En el presente trabajo de análisis de la norma, se establece que existe una protección penal fragmentada e insuficiente del derecho a la privacidad en la publicación de fotos, videos y grabaciones personales en la legislación ecuatoriana, debido a la exclusión expuesta en el Código Integral Penal en el Art.178, en su segundo inciso, el cual versa lo siguiente: “No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.” A mi manera de pensar este inciso hace que no se preste una protección penal completa a la intimidad, ya que deja de sancionar conductas que afectan al bien jurídico protegido de terceras personas.

En el Ecuador hubo un caso polémico de un video que se viralizó en las redes sociales sobre una mujer joven, llamado “ el video del Tantra”, irónicamente, sucedió el 8 de Marzo (Día Internacional de la Mujer) de 2017, en donde un hombre graba a su esposa saliendo de un motel acompañada de otra persona que se le identifica como su jefe, en este video el esposo utiliza palabras de rencor u odio con la intención de que el video sea publicado, más allá de que este video pudo haber sido tomado como medio probatorio para que se divorcien, la publicación masiva del mismo resultó en afectación de la intimidad de la mujer pese a que la persona que lo grabó fue participe personal en este y eso le exime de una responsabilidad penal, considero que es un hecho repudiable en mi criterio, además de que fue un acto doloso que se realizó con alevosía y premeditación, el mismo que debió haber sido sancionado, pero lastimosamente no fue así, ya que en nuestra norma en el Art.178 en su segundo inciso lo exime de culpa.

En relación a dicho acontecimiento también existieron otros actos que configuraban la conducta delictiva del primer inciso del Art.178 por ejemplo que publicó el número de celular de la afectada, fotos de su boda, de su hijo, incluso

fotos íntimas en ropa interior, ya que esto es información privada, a mi criterio la mujer fue víctima de una forma bastante violenta y cruel del castigo de la sociedad en las redes sociales por su infidelidad, algo que dejó de ser delito en el año de 1983 en nuestra legislación, este hecho atañe únicamente a la vida privada de cada pareja.

Es necesario que el Legislador examine la adecuación de la norma, lo que propongo es que se modifique el segundo inciso de la siguiente manera: *Son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo que afecten la intimidad de terceros, aún si intervinieren personalmente en ellas; no aplican estas normas cuando se trata de información de interés público determinada por la ley.* A mi criterio con esta reforma existiría una protección penal completa al derecho a la intimidad.

Es decir que el Legislador debe analizar el punto de equilibrio entre los derechos en conflicto en el Art. 178 sería la comprobación del dolo (intención positiva de hacer daño a las personas o a sus bienes), ya que si no existe este factor no hay necesidad de que exista una sanción.

En conclusión, el presente trabajo determinó que existe una protección insuficiente con respecto a la intimidad de terceras personas con lo que determina el Art.178 en su segundo inciso y lo que se busca es que exista una verdadera protección integral.

Espero que en un futuro se reforme el segundo inciso del Art. 178 del COIP para este tipo de afectaciones a la intimidad no se queden en la impunidad porque se ve claramente que dicho inciso permite afectaciones hacia terceras personas que no deben ser justificadas de ninguna manera.

REFERENCIAS

- Acurio, S. (SF). Delitos Informáticos: generalidades. Recuperado el 5 de abril de 2017 de http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf
- Baldú, A. (2014). El ciberacoso: una aproximación criminológica. Universidad Pompeu Fabra. Apuntes del master de Criminología y Ejecución Penal.
- Borja, M. (2017). De dónde sale la muy señora. *GQuillCity*, 297.
- Castillo, C. (2001). Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 1, 35-48.
- Código Integral Penal*. (2014) Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (1969). Recuperada el 3 de abril de 2017 de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Corral, H. (2000). Configuración Jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación. *Revista Chilena de derecho*, 27, 331-355.
- Corte IDH. (2006), *Claude Reyes vs Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre 2006.
- Covarrubias, I. (2015). El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 44, 267-306.
- Cuadrada, E. (2007). La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad. *Derecho y Política*, 5, 7. Recuperado el 3 de abril de 2017 de <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/bru.pdf>

- Fernández, H. (2014). *Manual de Derecho Informático*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Jara, C. (2014). Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros. *Anuario de Derechos Humanos*, 10, 163-173.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2004). Registro Oficial 337 de 18 de mayo de 2004.
- Luzon, D. (1987). Protección penal de la intimidad y derecho a la información. Recuperado el 5 de abril de 2017 de Dialnet-ProteccionPenalDeLaIntimidadYDerechoALaInformacion-46319%20-%20Copy.pdf
- Marti De Gidi, L. (2003). Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derechos humanos. *Letras Jurídicas*, 8, 233-253.
- Martínez, R. (2007) El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas. *Derecho y Política*, 5. Recuperado el 7 de abril de 2017 de <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/martinez.pdf>
- Mata, R. (2006). La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas: Intimidad y nuevas tecnologías. *Revista Penal*, 18, 217-235.
- Picotti, L. (2013). Los derechos fundamentales en el uso y abuso de las redes sociales en Italia: aspectos penales. *Internet, Derecho y Política*, 16, 76-90.
- Pifarre, M. (2013). Internet y redes sociales, un nuevo contexto para el delito. *Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43.
- Quesada, D. (2015). Debatendo: La posible (o no) conciliación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, según la Sentencia “Claude Reyes contra Chile” de la Corte Interamericana de Derechos. *Eunomía*, 9, 313-320.
- Simon, F. Lady Tantra. (8 de marzo de 2017) *El Comercio*. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/opinion/ladytantra-opinion-columna-columnista-farithsimon.html>

Stern, E. (2007). El sentido de la privacidad, la intimidad y la seguridad en el mundo digital: ámbitos y límites. *Eguzkilo*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 21, 185-199.

