



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSGRADOS

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA
PRESENTACIÓN DE CORREOS ELECTRÓNICOS
COMO PRUEBA**

Trabajo de graduación previo a la obtención del grado de Especialista en Derecho
Constitucional

Autora: Dra. Mónica Jara Villacís

Director: Dr. Antonio Martínez Borrero

Cuenca, Ecuador
2013

Dedicatoria

El presente trabajo está dedicado a mis amados padres

Agradecimientos

A todos los profesores de la especialidad que supieron compartir sus conocimientos con la mayor solvencia.

Índice de Contenidos.

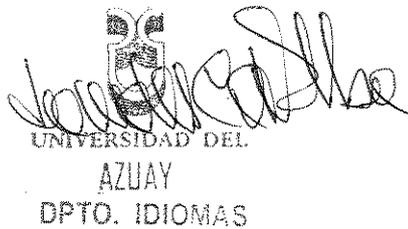
Dedicatoria	2
Agradecimientos	3
Índice de Contenidos.....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRAC	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I.....	10
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU CONTENIDO	10
1.1 ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO	10
1.2 LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD, DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS	19
1.3 DIMENSIONES DEL DERECHO DE INTIMIDAD: LA INVOLABILIDAD Y SECRETO DE CORRESPONDENCIA.	24
1.3.1 INVOLABILIDAD Y SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA, EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.	24
1.3.1.1 EL DELITO DE PRESENTACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA EN UN PROCESO JUDICIAL SIN ORDEN DEL JUEZ COMPETENTE.....	31
1.3.2 LA PRUEBA DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS, LA FORMA DE SU PRESENTACIÓN, MEDIDAS A SER TOMADOS POR LO JUECES PARA GARANTIZAR DERECHOS CONSTITUCIONALES.	34
CAPITULO II	41
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES	41
2.1 EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA HONRA E IMAGEN.....	41
2.2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	43
2.3 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 2012-0253 DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	45
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA	57
ANEXOS	60

RESUMEN

El presente trabajo de investigación bibliográfica busca encontrar una solución para que los correos electrónicos puedan ser presentados legalmente como prueba en juicio, sin vulnerar el derecho a la intimidad de las partes o terceros, y por ende de los derechos que protege el secreto de correspondencia como son el honor, privacidad, libertad; garantizando el debido proceso al permitir que esta prueba pueda ser impugnada por la contraparte, aunque puede restringirse el principio de publicidad del proceso, al no permitir el acceso al público en general a estos correos, mas no a las partes.

ABSTRACT

This bibliographical research work searches to find a way to legalizing the use of electronic mail as a piece of evidence in a trial without violating the right to privacy of the parties or the right to privacy of others and, consequently, the rights that protect mail privacy, such as honor, personal privacy, and freedom so as to guarantee the due process, considering the counterparty may challenge the use of this piece of evidence in a trial. However, the principle of public trial could be restricted if the general public is not allowed to have access to this kind of information, except the parties.



Translated by,
Rafael Argudo

INTRODUCCIÓN

El derecho a la intimidad, ha tomado relevancia para la investigación jurídica por la generalización en la utilización de medios informáticos para las comunicaciones, ya que es posible filtrar información que puede afectar a la persona, ya sea porque la misma deteriora el valor que tiene en la concepción sociedad o simplemente permite el conocimiento de terceros de actividades que han sido restringidas al círculo personal, familiar o íntimo del individuo, afectando el derecho de libertad y dignidad de la persona, por lo que se considera como un derecho personalísimo.

Es por ello que poco a poco se van utilizando los correos electrónicos de forma más frecuente como un medio de prueba; sin embargo, por el desconocimiento de normas secundarias, su presentación se vuelva inocua, ya que no cumplen con la condición de legalidad, tanto en la forma de presentación como en la necesidad de justificar aspectos relacionados con la integridad y autenticidad de su origen y destino, haciendo de la misma una prueba ilegal; o cumplida las mismas, sus contenidos resultan ser lesivos al derecho de intimidad de la persona, afectando la honra, privacidad y libertad, aspectos que desde épocas antiguas fue protegido por el derecho al secreto de correspondencia.

Se hace necesario tomar en cuenta que conforme la idiosincrasia que nos identifica, las personas que se involucran en el proceso como partes, perciben por solo este hecho ya una afeción a su honra, no digamos si se presentan como pruebas correos electrónicos personales que de alguna manera exponen aspectos de su intimidad que se restringen a su conocimiento a los círculos privados o personales; lo que se produce generalmente en juicios de familia en donde los hechos en muchos casos se circunscriben a esta forma de organización social.

Por esta razón esta investigación pretende establecer los mecanismos idóneos que debe tomar el administrador de justicia, con el fin de que estas pruebas se incorporen al proceso en ejercicio de defensa de una de las partes, restringiendo el derecho de

secreto de correspondencia que se halla por su naturaleza investida, y que por el principio de publicidad que rige tanto al proceso como a la prueba, no se afecte de forma indebida el derecho de intimidad de las partes y otros derechos como los mencionados al quedar expuestos sus contenidos, lo que se podría lograrse impidiendo su acceso a terceros que no estén relacionados de forma directa con el proceso; sin caer en el extremo de rechazar este tipo de medios probatorios o de convertirle en una prueba secreta y por lo tanto afectar el derecho a la defensa o el debido proceso.

Por ello, se empezará analizando el contenido del derecho de intimidad, ya que el mismo, resulta ser una especie de derecho intermedio que pretende proteger otros derechos, sin lograrse establecer un contenido exacto; lo diferenciaremos del derecho de privacidad; revisaré el contenido del derecho al secreto de correspondencia en la constitución, y que cuando la presentación de correos electrónicos puede ser considerado un delito por nuestro Código Penal.

Con estos antecedentes, describiré la forma que ha sido desarrollado por el legislador en normas secundarias para que la presentación de los emails dentro de un proceso sean una prueba legal y no se vicie con una violación al debido proceso; y luego se analizará los mecanismos y el sustento constitucional que puede emplear el juez para restringir el acceso de los mismos a terceros, conservando el derecho al secreto de correspondencia, sin afectar el derecho de las partes a impugnar la prueba, y por lo tanto se debe restringir el principio de publicidad de los procesos judiciales de forma mínima aplicando métodos de interpretación constitucional, con el fin de proteger el derecho a la intimidad y con él la honra, la imagen y la libertad de la persona.

Así mismo, se examinará el derecho de autodeterminación informativa y protección de datos personales que es uno de los últimos derechos desarrollados por la doctrina a partir del derecho a la intimidad; estableciéndose si el mismo se vería afectado al incluir estas pruebas en formato digital en el software que permita el acceso por medios informáticos del público en general o si se suben los videos de las audiencias a la red, como es la pretensión que tiene el modelo de modernización de justicia, con el fin de garantizar que por el principio de publicidad, la ciudadanía en general puede

realizar un proceso de fiscalización directa de la actuación del juez y con ello reducir la percepción de corrupción en esta función del estado.

Por último, se analizará una sentencia de casación, sobre un caso en el que se presentaron correos electrónicos para establecer el cumplimiento de una fase administrativa de un proceso de restitución internacional de un niño, así como su presentación como un medio de prueba para justificar la razón por la que la demandada no deseaba regresar al país de residencia habitual de su hijo, cuyos contenidos vulneran la intimidad de esa familia; sin embargo, por el desconocimiento de las normas para la valoración de la prueba, no se cumple con la legalidad de la misma y se desecha por este vicio. Sin embargo de que el proceso haya llegado a casación, no se dispone mantener en reserva este tipo de prueba, que por el principio de publicidad queda expuesta a quien quiera acceder a la misma. Lo que determinará la necesidad de que se tomen medidas debidamente motivadas en normativa constitucional y en métodos de interpretación, para restringir el alcance de un derecho para proteger otros derechos.

CAPITULO I

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU CONTENIDO

1.1 ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO

La intimidad es un elemento relativamente nuevo en las Constituciones Latinoamericanas que se ha incluido por el desarrollo del mismo en Estados Unidos y Europa.

El derecho a la intimidad nace en 1891 cuando Samuel Warren un abogado de Boston se casa con la hija de un senador, el matrimonio provocó un gran interés en la prensa amarillista que convirtió a este evento en un escándalo; indignado Warren, se asoció con su amigo Lois Brandeis para escribir un ensayo titulado “The Right To Privacy” en donde exalta “el derecho a que todo individuo viva en paz, a proteger su soledad y vida íntima del mismo modo que como se lo hace con el derecho a la propiedad privada” (Frosini, V. 1988. Pág. 58). Para ellos el Comon law garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta que punto puede ser comunicado a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones, vinculando este derecho a un tema de decidir sobre lo que se publica de su vida y su yo interior, para ganar tranquilidad espiritual y alivio; apartando el contenido del derecho de la visión que reinaba en la época, esto es la protección a la propiedad privada, y estableciéndolo como parte más bien de la inviolabilidad de la persona.

Sin embargo, también han reconocido las limitaciones que se realizan a este derecho, por interés general como los que ocurren con personajes públicos, por asuntos judiciales o de autoridades públicas o de equidad.

Estos autores han sostenido que el derecho a la intimidad había sido tutelado por la legislación francesa en la Ley de Prensa del 11 de mayo de 1868.

El término “privacy” se lo define como el derecho a ser dejado a solas, por ello se lo traduce como intimidad y no como privacidad (Cáceres, F. 1998). Se le atribuye al Juez Cooley debido a las consecuencias sociales derivadas de los intentos y nuevos métodos de hacer negocios el plantear como el derecho a no ser molestado (Suñe, 2000, pág. 32)

Con anterioridad a su nacimiento el respeto a la privacidad pertenecía al campo de lo moral y se le daba una connotación sexual.

El Right to Privacy comprende un campo más amplio de lo que hasta la época se conocía como vida privada, ya que no sólo incluye las relaciones íntimas; es decir, la intimidad individual, sino también comportamientos personales como un elemento distintivo de la personalidad biopsíquica, religiosa y política que se la identifica como intimidad colectiva (Frosini, V. 1988)

Para el año 1965 en este mismo país el Tribunal Supremo reconoció el derecho a la intimidad en el caso “Grinswold” versus “Connecticut State”, quien decretó la inconstitucionalidad de la norma que prohibía la venta o utilización de anticonceptivos por considerarla lesiva al derecho a la intimidad.

La protección a la intimidad empieza su evolución legislativa con la Ley de Protección de Datos del Estado de Hesse, perteneciente a la República Federal Alemana en 1970 (Cáceres, F. 1998) y proponen lo que se conoce como el Habeas Data. En 1973 Suecia dicta la Ley sobre Protección a la Intimidad, que establece la necesidad de contar con una autorización especial para acceder a la información relativa a medidas de desintoxicación, historia psiquiátrica y terapias de minusválidos (Frosini, V. 1988).

El reconocimiento de la protección de éste derecho en la legislación de América Latina, se la hace de manera constitucional, incluyendo no sólo el derecho a la intimidad personal sino también familiar.

El antecedente de protección al derecho de intimidad según García (2013. Pág. 324), lo tenemos en la sentencia dictada por el Tribunal de Sena – Francia, la que resolvió

un caso de unas fotografías de una mujer “iniciando su vida airosa”, a su muerte la familia se opuso a su difusión, el Tribunal resolvió que “los herederos mas cercanos de una persona difunta pueden manifestarse contrarios a que el retrato sea puesto a la venta o sea objeto de cualquier tipo de publicidad, aun en el caso de que en vida la retratada hubiera autorizado su venta y difusión” se ordenó la entrega a la familia de las pruebas y clichés que hubieran podido quedar en manos del artista.

La protección a la intimidad no solamente es de carácter particular, y familiar sino incluso cuenta con proyección social, ya que la inobservancia de este bien produciría graves perjuicios en este ámbito. Se considera que la protección a la intimidad resguarda un bien de gran importancia como es “la libertad humana”, ya que esta no se pudiera desarrollar con la intromisión de otros sujetos sociales que coarten el ejercicio de este derecho.

A la intimidad se la ha definido por Webster “como el derecho a ser dejado solo, a ser preservado de cualquier inspección u observación no autorizada, de indagaciones acerca de sí mismo o de sus negocios” (Cáceres, F. 1998)

Westin considera que “es la capacidad de control de uso de información acerca de uno mismo, bien sea permitiendo su circulación libre, limitándola o bien no dejándola circular en absoluto. El derecho de los individuos, grupos o instituciones para determinar por sí mismo cuándo, cómo y con qué extienden la información acerca de ellos para comunicar a otros”. (Cáceres, F. 1998)

El autor italiano De Cupis define al Derecho a la intimidad como: *aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento, de parte de los otros, de cuanto se refiere a la persona en sí misma. Esta exclusión de conocimiento ajeno obedece a la necesidad, de orden espiritual, que se refiere a la exigencia de aislamiento moral, de no-comunicación externa de cuanto corresponde a la persona; constituye, por lo tanto, una calidad moral de la persona misma. (Fernández, C. s/a. pág. 155)*

El francés Roger Nerson por su parte la define como *un sector de la vida que la persona se reserva con el propósito de que los demás no tengan acceso a lo que constituye lo esencial de la personalidad* (Fernández, C. s/a. pág. 156)

Para García (2013. Pág. 328) la denominada intimidad personal comprende “*el espacio o área de comportamiento*” *infranqueable ante terceros. La denominada intimidad familiar comprende el escenario o recinto del hogar de los ascendientes y descendientes legados a una persona. Ergo, incluye las relaciones conyugales y paterentofiliales. Por ende cabe plantear su defensa ante la intrusión sobre información de un miembro fallecido.*

La Constitución garantiza el Derecho a la Intimidad en el numeral 20 del artículo 66 de la siguiente manera: *El derecho a intimidad personal y familiar. Es decir el derecho Constitucional a la intimidad protege tanto a la persona, como a la familia, pero así mismo protege los datos personales en el numeral 19 del mismo Art. 66.- 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.*

Pero además de la Constitución también rige en nuestro país la siguiente normativa internacional:

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone:
“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataque a su honra o a su reputación, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”

Casi el mismo texto consta en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en La Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica.

La disposición novena de la Ley de Comercio Electrónico, explica que se debe entender por intimidad: *“Intimidad.- El derecho a la intimidad previsto en la*

Constitución de la República, para efectos de esta Ley, comprende también el derecho a la privacidad, a la confidencialidad, a la reserva, al secreto sobre los datos proporcionados en cualquier relación con terceros, a la no divulgación de los datos personales y a no recibir información o mensajes no solicitados”.

La Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, en su Resolución 2, publicada en el Registro Oficial Suplemento 624 del 23 de enero de 2012, al analizar una petición de inconstitucionalidad de la Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos, a la que se acusa que violenta el derecho a la intimidad consagrado en los numerales 18 y 19 del artículo 66 de la Constitución, analiza lo siguiente:

“Reconoce la necesidad de toda persona de conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, para así lograr la tranquilidad, la paz interior y el desarrollo de su personalidad. El bien jurídico protegido "intimidad", consta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como en el artículo 66 numeral 20 de la Constitución y busca precautelar la privacidad y el buen nombre de las personas, estimando que se trata de valores íntimamente vinculados a la personalidad humana, que deben ser protegidos como Bienes jurídicos específicos y además porque solo con la protección de la esfera privada de la vida del ser humano, el hombre puede desarrollar todas sus capacidades.

El derecho a la intimidad en su contenido mínimo puede formularse como el derecho a participar en la vida colectiva, a aislarse de la comunidad de cierto modo y durante cierto tiempo, a establecer una relación con otros, a disfrutar de un espacio para respirar, a ejercer un derecho de anonimato o también como se dice en doctrina, a tener derecho a un círculo de vida exclusiva, a no ser conocido en ciertos aspectos por los demás, un derecho en definitiva a la propia personalidad. Asimismo, el derecho a la intimidad, protege jurídicamente un ámbito de autonomía constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones filiales, familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física; y, en suma, las acciones.

Este derecho abarca lo siguiente: a.- El respeto a la vida privada de las personas; b.- El respeto a la vida pública de las personas; c.- Se asegura el respeto a la honra, honor o buen nombre de la persona y la de su familia; y, d.- La limitación al derecho de publicación.

Es evidente que la información que regula la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, es de naturaleza pública en tanto no se refiere a datos íntimos o confidenciales, como la libertad de culto, sino aquellos originados en el principio de publicidad que reviste el libre acceso a la información. Cabe resaltar lo previsto en su artículo 6, que protege expresamente el derecho a la intimidad de índole constitucional, en consecuencia la Ley no contraviene el derecho a la intimidad protegido por la Constitución.

Conforme se puede observar, la delimitación de la Corte Constitucional ecuatoriana del derecho a la intimidad, hace relación tanto a éste como a la privacidad ya que este derecho abarca la protección que se hace al espacio que se reserva para sí (esto es la privacidad) para que el sujeto pueda desarrollar libremente su personalidad; como la protección a la intromisión ilegal en aspectos que forman parte de su personalidad en sí, por ejemplo sus sentimientos, pensamientos, religión, sexualidad, etc.

Para la doctrina el derecho a la intimidad ha sido analizado desde distintos puntos de vista: Para Fernández Sesarengo tiene los siguientes caracteres: exigencia existencial, vitalicio, extramatrimonial, erga omnes y relativamente indisponible.

Existen algunos consensos sobre lo que conformaría el núcleo de la intimidad como sería el caso de los asuntos sentimentales, sexuales, médicos del sujeto, aunque sus contornos no estén definidos; la reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas y religiosas de la persona, correo y telecomunicaciones.

Para Novoa Monreal, considera que además de las enumeradas, deben circunscribirse a la intimidad situaciones que afecten la vida social, que afecten su reputación, pertenezcan a la vida pasada, que provoquen bochorno como son los orígenes familiares o cuestiones concernientes a la filiación que lastimen la posición social, el cumplimiento de las funciones fisiológicas; momentos penosos o de extremo

abatimiento y en general cualquier hecho, dato o actividad que suscite turbación moral o psíquica. Este autor señala tres elementos típicos que integrarían la noción de privacidad: en primer lugar las manifestaciones que normalmente se sustraigan del conocimiento de personas ajenas al círculo de intimidad; en segundo lugar, que el conocimiento de tales manifestaciones de parte de terceros, provoquen en la persona un estado de turbación moral al ver afectado su sentido de pudor o recato, para García (2013. Pág 329) la turbación puede ser de orden moral o espiritual, la paz o tranquilidad de la persona o su entorno familiar; finalmente, que el sujeto o su familia no quiera que los demás tomen conocimiento de aquellos hechos. (Fernández, C. s/a. pág. 169-170)

Acogiéndome a lo que expresa Parent este derecho busca que los demás no tengan información no documentada sobre hechos, respecto de una persona, que ésta no quiere que sean ampliamente conocidas. La exclusión de la información documentada se refiere a aquella que es accesible al público en general, aunque haya pasado inadvertida, dado que está registrada en publicaciones, ficheros, etc., a los que cualquiera puede acceder (no, por cierto, cuando el registro se haya hecho por un propósito muy especial y a la que haya acceso restringido)”. (Fernández, C. s/a. pág. 328)

Por tanto, el derecho a la intimidad impide que se obtenga ilegítimamente el conocimiento sobre un acto o un rasgo propio que uno no quiere que los demás tengan. *“El valor de la intimidad se relaciona con la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que no sometan a situaciones de murmuración, burla y ridiculización, dada la intolerancia que a veces se tiene sobre otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad y el respeto a la libertad de cada uno de elegir su forma de vida” (Fernández, C. s/a. pág. 328), la cual se refiere a los siguientes aspectos: “rasgos del cuerpo, pensamientos, y emociones, circunstancias vividas y diversos hechos pasados conectados con su vida o la de su familia, conductas de la persona que no tengan una dinámica intersubjetiva, escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, la correspondencia, objetos de uso personal, su domicilio, datos sobre su situación económica, etc.” (Fernández, C. s/a. pág. 328)*

Thomson considera que el Derecho a la intimidad no es un derecho independiente, sino que se deriva de otros derechos como el de propiedad, no ser observado, etc. (*Fernández, C. s/a. pág. 328*)

La protección del derecho a la intimidad ha llevado a que las legislaciones protejan los datos que se puede obtener de una persona, en nuestro país se encuentra protegido en el numeral 19 del Art. 66 de la Constitución así como definido en la disposición novena de la Ley de Comercio Electrónico, los siguientes términos, aunque se restrinja a este cuerpo normativo:

***Datos personales:** son aquellos datos o información de carácter personal o íntimo, que son materia de protección en virtud de esta Ley.*

***Datos personales autorizados:** son aquellos datos personales que el titular ha accedido a entregar o proporcionar de forma voluntaria, para ser usados por la persona, organismo o entidad de registro que los solicita, solamente para el fin para el cual fueron recolectados, el mismo que debe constar expresamente señalado y ser aceptado por dicho titular.*

A estos datos personales se los ha clasificado doctrinariamente en:

1. **Datos personales públicos.**- que son aquellos que constan en registros, documentos, bases de datos de instituciones públicas del Estado, encargada generalmente en la identificación de los individuos. Se ha discutido mucho de los datos que existen sobre antecedentes penales, se consideran que son datos sensibles pues incumben sólo al individuo y al Estado y no a los demás asociados, pero para nosotros estos datos son públicos y cualquier persona puede acceder a ellos.

Igualmente los procesos judiciales son públicos como lo establece la Constitución salvo las excepciones que establece la misma ley. Por tanto son datos públicos todos aquellos que conste en documentos públicos y su exhibición o divulgación no esté prohibida por la ley.

2. **Datos personales íntimos.**- que se dividen en:

- datos sensibles,
- datos no sensibles.

a) Datos sensibles.- Son los que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referida a la vida sexual (Fernández Delpech, H. s/a.)

Según lo que dispone el inciso segundo del artículo 21 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, hemos de entender como datos sensibles del consumidor: *“se consideran datos sensibles del consumidor sus datos personales, información financiera de cualquier tipo como números de tarjetas de crédito, o similares que involucren transferencias de dinero o datos a través de los cuales puedan cometerse fraudes o ilícitos que le afecten.”*

b) Datos personales íntimos no sensibles.- Son todos aquellos que pertenecen al ámbito privado del individuo ya sea familiar y personal, que no tenga la categoría de sensibles. Se los denomina también datos esenciales pues permiten identificar a la persona así por ejemplo el nombre, el apellido, la actividad laboral que desempeña, etc.

Considero que el derecho a la intimidad tiene una dimensión amplia, porque limita la forma de obtener información sobre una persona y su difusión, y protege la vida privada del sujeto en la que se desenvuelve su personalidad, y ejerce los derechos de carácter personalísimo.

Pero este derecho no es absoluto, las razones de interés social pueden limitar *siempre que esta intromisión sea útil para una mejor y más precisa valoración de las virtudes, defectos y limitaciones* (Fernández, C. s/a. pág.172)

Para De Cupis, *las personas célebres han de soportar el sacrificio de su reserva personal, impuesto por el serio y justificado interés de la comunidad por conocer su esfinge, su vida y sus obras* (ibídem)

Así mismo este interés social tiene también límites, pues será solo por conocer actos u omisiones que sean importantes para la convivencia social, no sea indiscreta, no sirva para satisfacer el morbo e indebida curiosidad.

Existe gran debate a nivel doctrinario sobre la prevalencia del derecho a informar y a ser informado¹ con respecto al derecho a la intimidad, cuando está en juego el interés social; la mayoría considera que el bien común es superior al interés puramente individual. Por el contrario para Cifuentes y Fernández consideran que *“el bien común encuentra sus límites en el reconocimiento y respeto de los derechos individuales y personalísimos, sin los cuales la persona desaparece”* y agregan *“que no es admisible su sacrificio por pretensiones y actos de otros o de todos los otros; no es justo satisfacer goces gregarios arrasando al individuo, dañándolo impunemente en sus bienes esenciales”* (ibídem, pág 172 y 173).

La violación a este derecho puede devenir en un sin número de situaciones que vulnerarían otros derechos constitucionales, lo cual afecta el convivir humano; sin embargo, la historia legislativa ha considerado que la violación a este derecho degenera en actos delictuosos, elevando de esta manera a la intimidad y privacidad a la categoría de “bien jurídicamente protegido”. Entre los delitos que se tipifican por la violación a este bien tenemos: la violación de correspondencia, de secreto y de comunicaciones. Sin embargo algunas legislaciones no consideran a la intimidad y a la privacidad como bien jurídico protegido sino consideran como objeto de protección a otros derechos como la honra, aspecto que lo profundizaré en líneas posteriores.

1.2 LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD, DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS

¹ El primer Congreso Andino de delitos informáticos celebrado en marzo de 2001, en Venezuela, tomó el concepto emitido por el Dr. Gutiérrez Francés, para acordar lo que debe entender por información “Como un valor de interés social, con frecuencia cualitativamente distinto, dotado de autonomía y objeto de tráfico”

El término privacidad es un neologismo, tiene su origen en el término anglosajón “privacy”, y no consta en el diccionario de la lengua española; sin embargo, este término ha encontrado un desarrollo doctrinario, aunque para algunos autores lo correcto sería hablar de “vida privada” (Del Peso, E. y Ramos, M. 1998, pág. 63).

Claudio Alejandro Fernández, afirma que es un término más amplio que incluye tanto a la intimidad como a la vida privada, entendido este último como el aspecto del ejercicio individual fuera del radio de las actividades laborales y relaciones públicas o políticas. La vida privada no sólo incluye las actividades del individuo y su familia sino incluso actividades grupales limitadas.

Se ha discutido doctrinariamente en torno al alcance de las expresiones “vida privada” e “intimidad”, la doctrina no tiene una opinión unánime, así para la mayoría de los autores, en especial para los alemanes, la vida privada es el género, el mismo que incluye como núcleo central a la intimidad. Para otros, la vida privada es solo un aspecto de un concepto más genérico como sería el de “intimidad” *“El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo, ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje. La vida privada está integrada por todas aquellas actividades y actitudes que, como se ha remarcado, carecen normalmente de trascendencia social en la medida que tienen que ver con la intimidad de la persona”*. (Fernández, C. s/a. pág.161)

En este mismo sentido se manifiesta Gaitano González citado por Del Peso, E. y Ramos, M. (1998, pág. 65) ya que considera que al tratarse de la localización de la intimidad, señala: Así como la vida pública y privada son términos relativos uno de otros, intimidad es un término absoluto. La vida privada se define por relación a la vida pública y viceversa. Esta relación es variable en cada cultura y según los momentos históricos. La intimidad está al margen de la dialéctica público-privado, pero a la vez está a la raíz de las dos esferas y de su mutua dependencia. Sólo desde la intimidad puede haber vida privada y vida pública, y sólo desde el reconocimiento y protección de su valor absoluto puede definir los ámbitos de las otras dos esferas.

La definición jurídica de vida privada hace que se asuman dos posiciones: una negativa; es decir, definen como lo contrario a lo que se entiende por vida pública, como aquello de nuestra vida que los demás no deben conocer. Y una positiva que pretende hacer una enumeración taxativa de todo aquello que en la vida de la persona puede calificarse como “íntimo” o “privado”; pero una característica del derecho a la intimidad es su dinámica, cuya extensión no solo varía de sujeto a sujeto, sino también al mismo sujeto. (Fernández, C. s/a. pág. 161) Para Zeno-Zencovich las mencionadas variables están “*contenidas por los datos, por su manera de obtenerlos o de presentarlos, por los destinatarios, por el tiempo*” (Fernández, C. s/a. pág. 167)

Para Nino (2002, pág. 313) el Derecho a la Privacidad fue definido por la Corte Suprema en el caso *Whalen versus Roe* como “el derecho tanto a evitar revelaciones sobre cuestiones personales como el derecho a tener independencia para tomar ciertas decisiones importantes; en principio distinguimos como referido a la intimidad, pero como derecho a la privacidad en sentido estricto se refiere a la autonomía personal, el cual deriva de la libertad protegido por las enmiendas V y XIV que exigen el debido proceso legal”. En el caso *Eisenstadt versus Baird* (que invalidó la restricción que se hacía que las personas solteras puedan acceder a anticonceptivos) se manifestó que el derecho a la privacidad es el derecho del individuo a verse libre de inclusión gubernamental no querida en materias que afectan fundamentalmente a una persona como las decisión de crear y criar a un niño.

Sin embargo, existe una confusión entre privacidad e intimidad, que no es una mera cuestión terminológica sino conceptual como lo afirma Nino (2002), que lleva la expresión “*ser dejado solo*” que pronunció el juez Brandeis; es así que el derecho a la privacidad crea una posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas voluntarias de los individuos que no dañen a terceros y por lo tanto no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer, ellas son acciones que infringen la moral personal o privada que evalúa la calidad del carácter o de la vida del agente. La intimidad es una esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás.

Para Parents, autor mencionado por Nino 2002, pág 327, la intimidad es un derecho para que los demás no tengan información no documentada sobre los hechos que no

quiera que sean ampliamente conocidos. El elemento específico es la adquisición ilegítima de conocimiento o sobre un acto o un rasgo propio que uno no quiere que los demás tengan. El valor de la intimidad está en la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que no se someta a situaciones de murmuración, burla o ridiculización dada la intolerancia que provoca otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad, y el respeto a la libertad de cada uno a elegir su forma de vida; por lo que se afirma que la falta de intimidad puede afectar seriamente la posibilidad de los individuos a elegir libremente un plan de vida y materializarlo al elegido. Por su parte la intimidad de una persona se refiere a los siguientes aspectos: rasgos de su cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y diversos hechos pasados conectados con su vida o la de su familia.

La privacidad, por lo tanto es la libertad de realizar cualquier acción que no cause daño a los demás, como derivado directo del principio de autonomía de la persona. Por lo tanto la posibilidad de afectar esta privacidad, está determinada por el daño a los demás; la posibilidad de intervenir por el estado para sancionar o regular los hechos generados en este espacio, no excluyen la posibilidad de tomar acciones directas, sino exceptúan ciertas razones para intervenir con acciones, por ejemplo, que afecten la moral de ese individuo u obstaculicen su perfeccionamiento; sin embargo, eso no es suficiente, ya que toda acción produce algún efecto sobre terceros, por lo que el daño debe ser sustancial, apreciándose como que esta acción puede interferir en el plan de vida elegido por el individuo cualquiera que sea su valor; si éste es periférico o puede materializarse a través de otras acciones con igual o menor costo, basta para justificarse la intervención en ello.

Nino, considera que en al menos existen cuatro clases de daños a terceros que no pueden computarse como justificativo para intervenir en la privacidad y la autonomía de un individuo y son: 1) que sea insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente; 2) el que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria; 3) el que se produce gracias a la intolerancia del daño; y 4) el que se produce por la propia interferencia del Estado.

Como se observa no existe un criterio unánime con respecto al derecho a la intimidad, por un lado se incluye como el principio que inspira a esta norma, el respeto a la privacidad, y por otro solamente se limita a proteger su acceso por algún medio ilegítimo. Para efectos de este trabajo, considero que no solamente debe precautelarse como valor los medios de los que se valga para acceder a la privacidad, sino que lo fundamental es a través de este derecho se logra impedir que cualquier persona por algún medio se inmiscuya en el espacio que el ciudadano tiene reservado para su libre desenvolvimiento. Por tanto, si no existiera una protección a la vida privada por parte del estado, tampoco existiría el derecho a la intimidad.

El derecho a la privacidad en la jurisprudencia constitucional del país no ha sido desarrollado, solamente he podido encontrar una referencia en la Resolución de la Corte Constitucional 148, Registro Oficial Suplemento 756 de 30 de Julio del 2012, dentro de una acción extraordinaria de protección, en donde se manifiesta que habitar en una vivienda no digna, (por daños físicos en su estructura) afecta el derecho a la privacidad familiar “lo que determinó que este último y su familia se encuentren en una situación sensible en su entorno social, lo cual genera una afectación a su entorno familiar; se observa además una violación al derecho a la privacidad, ya que debido al deterioro de su vivienda, sus hijos y nietos que entonces vivían con él y su esposa, salieron de la vivienda producto de los graves daños en la estructura física del inmueble, lo cual provocaba riesgos para la familia, por lo que esta Corte evidencia una vulneración a los derechos constitucionales relacionados con la propiedad, vivienda digna y privacidad familiar”. Por lo que se puede colegir que la exposición del interior de una casa, hace que se pierda la privacidad, entendido éste como un espacio reservado para la persona o su familia, abstraído del conocimiento de terceros.

Así mismo se confunde el derecho a la intimidad con los términos: **confidencialidad** que es un instrumento de protección del derecho a la intimidad, está relacionado con el concepto de **secreto** el cual se le toma como “aquello que no debe ser conocido, en absoluto, por ninguna otra persona” (Fernández, C. s/a. pág. 161). La **reserva** por su parte es “la aspiración del hombre de rodear de secreto, respecto a los otros hombres, algo que le atañe” (Fernández, C. s/a., cita a Franceschelli, *Il diritto alla riservatezza*, pág. 3 y 10)

1.3 DIMENSIONES DEL DERECHO DE INTIMIDAD: LA INVIOLABILIDAD Y SECRETO DE CORRESPONDENCIA.

1.3.1 INVIOLABILIDAD Y SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA, EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

La necesidad de proteger la correspondencia, se explica porque era el medio de comunicación a la distancia más generalizado y popular, desde la utilización de la escritura. Tuvo gran relevancia en la gestación de hechos históricos, ya que por medio de las cartas se entregaban órdenes, se articulaban planes o complotos, se pedían treguas, o declaraban guerras, se exponían ideas independentistas, o se expresaban sentimientos, se enviaban documentos comerciales, etc. En fin los contenidos de los más diversos tipos, hicieron que la correspondencia adquiriera una gran importancia y por tanto sea objeto de protección.

Cicerón por ejemplo consideró a la violación de la correspondencia como un crimen de lesa humanidad *“humanitatis expers, et vitae communis ignarus”* (Fontan, C. sin año. Pág. 245)

En Francia en el año de 1724 se empezó a sancionar la violación de las misivas por parte de los encargados del servicio postal mediante una declaración real; en 1790 la Asamblea Nacional Francesa, configura a la correspondencia como inviolable y suprime los denominados “Cabinet Noir”, que eran oficinas encargadas de investigar y controlar de forma sistemática y secreta la correspondencia. Estas prácticas habían puesto en funcionamiento e institucionalizado con abundantes medios el emperador Luis XIII y el Cardenal Richelieu; declaró por primera vez *“inviolable bajo ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos”* (Rebollo, L. 2005, pág. 86).

En España fue Carlos IV igualmente por una declaración real el que estableció la protección de la correspondencia con la siguiente frase: “*contra el sagrado del secreto, que debe guardarse inviolable en los pliegos y cartas de mi servicio y del público*” *ibídem*.

Este derecho busca proteger los contenidos, ya sean estos en forma de información o bienes que albergan, por que la correspondencia no solamente puede contener cartas, sino bienes, valores, billetes, etc. como lo establece el Convenio Postal Universal, ratificado por nuestro país y publicado en el Registro Oficial 306 del 28 de abril de 1998.

Dentro de la doctrina constitucional y penal, el derecho de inviolabilidad de correspondencia, busca la protección del peligro de atentados contra otro tipo de derechos fundamentales, se habla de la protección contra la libertad, tanto de acción como en específico de la libertad de pensamiento y sus manifestaciones extrínsecas, que tienen dos o más personas que se comunican por este medio en todas sus formas; es decir, el pensamiento político, religioso, sexual, de creencias, etc. Otros consideran que se protege la intimidad, porque en la correspondencia se imprimen los más internos sentimientos, los relatos de la vida privada, familiar, confidencias, las mismas que al ser reveladas podrían causar atentados contra el honor y buen nombre así como grandes conmociones sociales para el individuo que expresa e incluso para quien recibe.

Este derecho no solo protege a un sujeto, sino a dos o mas sujetos en un mismo momento, esto es al remitente y al o los destinatarios, tanto en el ejercicio de su libertad o a la reserva de la intimidad; es por ello que también este derecho protege otros derechos tales como: a la no discriminación, los económicos, al honor, a la imagen, etc.

La protección por tanto no se restringe a un solo derecho, sea este la libertad o la intimidad, sino mas bien es un principio de protección intermedia por el peligro que puede suponer su vulneración frente a algunos otros derechos, esto es porque como vemos los contenidos son indeterminados para su protección; es decir, no importa si

se trata de información de cualquier naturaleza o de bienes corporales para que éste sea inviolable o secreto, sino solamente se protege frente al peligro que genera su vulneración.

El derecho a la inviolabilidad conlleva a distinguir el fin inmediato del derecho o la referida objetividad material como es el de la correspondencia. En el contexto doctrinario, el derecho a la inviolabilidad se materializa en la circunstancia de infringir contra alguien o contra algo determinado, ya que se produce al momento de ser abierta debido al rompimiento o violación de las seguridades, sustracción o desviación de la carta, mensaje, información del objeto jurídico, el derecho o bien quebrantado por la materialidad de la infracción por parte del sujeto activo como elemento determinante de responsabilidad, que resulta ser la violación en sí misma; es decir, actuar sin consentimiento y conocimiento de la persona a la que va dirigida esta acción; será suficiente abrir para que el acto constituya una violación, sin discriminación del contenido, no importa si se conoce, es por ello que incluso los analfabetos son culpables de perpetrar esta violación.

Sin embargo, cuando hablamos del derecho al secreto de la correspondencia, es necesario conocer los contenidos, ya sea por la actividad que desempeña o por las circunstancias en las que tenga acceso a sus contenidos.

La norma constitucional contenido en el numeral 21 del Art. 66 de la Constitución de la República establece este derecho en la siguiente forma: “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”.

En primera instancia llama la atención que, replantee el concepto tradicional de correspondencia, ya que incluye el concepto de correspondencia virtual, entendida está como un mensaje de datos electrónicos de envío y recepción por medios telemáticos, es decir lo que conocemos como correos electrónicos. Sin embargo al final va más allá y se protege contra la inviolabilidad y secreto a cualquier forma de

comunicación; es decir, establece las formas y tipos de comunicación como el género, siendo el correo tradicional y virtual solo una especie, lo cual es acertado ya que no se puede reducir los conceptos en tipos y formas solamente tradicionales y conocidas, sino que debe ser abierto a las innovaciones en los medios de comunicación, en armonía con nuestros tiempos en donde la tecnología y principalmente aquellas que son aplicadas a la comunicación tienden a fusionarse y avanzar vertiginosamente.

La comunicación, es un término amplio² ya que debe entenderse como cualquier medio apto para transmitir el pensamiento; para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su tercera acepción *“transmisión de señales mediante un código común al emisor y receptor, en donde claro que ese código común a más de signos, símbolos o claves previamente acordadas puede estar constituido por un idioma, lenguaje o dialecto”*. Sin embargo, cuando dice forma o tipo de comunicación lo hace muy extenso, ya que la comunicación no solo puede ser de información materializada o desmaterializados, sino también de cosas y personas.

Para Roing, Gala, Martínez y Muñoz (2007), el desarrollo Constitucional Europeo ha implementado estos nuevos conceptos a la protección de los derechos fundamentales, así por ejemplo *“La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 70/2002, de fecha 3 de abril contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizar: “Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso o del*

² Para Sonia Mariscal la Comunicación es todo proceso de transmisión de información de un emisor a un receptor/es a través de sistemas de señales —olfativas, visuales, etc.— y signos muy distintos desarrollados específicamente para comunicarse —vocalizaciones, palabras, gestos. “Los inicios de la comunicación y el lenguaje http://novella.mhhe.com/sites/dl/free/8448168704/599219/8448168704_Cap6.pdf revisado el 6 de agosto de 2013, 21H30

Para Antonio Pasquali, es la "interacción recíproca entre los dos polos de la estructura relacional (Transmisor-Receptor)" en la que todo transmisor puede ser receptor y viceversa. "Es la correspondencia de mensajes con posibilidad de retorno mecánico entre polos igualmente dotados del máximo coeficiente de comunicabilidad". Frank Dance manifiesta que la comunicación es el "estudio de la teoría y principios... del origen, emisión, recepción e interpretación de mensajes... independientemente de la cantidad y de la calidad de mensajes emitidos". PASQUALI, A. (1977). *Comprender la Comunicación*. Caracas: Monte Ávila Editores pp. 33- 63.

concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a estos nuevos ámbitos...” (pág. 72)

Pero ¿Que es la correspondencia virtual? se le conoce técnicamente, como un correo electrónico, o en inglés e-mail.

Es un servicio que permite el intercambio de mensajes a través de sistemas de comunicación electrónicos. El concepto se utiliza principalmente para denominar al sistema que brinda este servicio vía Internet mediante el protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol), pero también permite nombrar a otros sistemas similares que utilicen distintas tecnologías. Los mensajes de correo electrónico posibilitan el envío, además de texto, de cualquier tipo de documento digital (imágenes, videos, audios, etc.).

El funcionamiento del correo electrónico es similar al del correo postal. Ambos permiten enviar y recibir mensajes, que llegan a destino gracias a la existencia de una dirección. El correo electrónico también tiene sus propios buzones: son los servidores que guardan temporalmente los mensajes hasta que el destinatario los revisa.

El estadounidense Ray Tomlinson fue quien incorporó el símbolo de la arroba (@) a las direcciones de correo electrónico, con la intención de separar el nombre del usuario y el servidor en el que se aloja la casilla de correo. La explicación es sencilla: @, en inglés, se pronuncia *at* y significa “en”. Por ejemplo: carlos@servidor.com, se lee carlos at servidor.com (o sea, carlos en servidor.com).³

La estructura básica que tiene cualquier correo electrónico es:

El destinatario. En esta casilla llamada “Para”, se pueden incluir tanto una como varias direcciones de personas a las que se les va a enviar dicho correo;

³ Se cuenta que Tomlinson en 1971 buscaba un símbolo para separar el nombre de la persona del lugar donde estaba. Algunas máquinas de escribir, desarrolladas a partir de 1884, incluían este signo que se utilizaba para representar la unidad de masa llamada arroba. Una arroba equivalía a la cuarta parte de un quintal, por ello el significado de este signo proviene del arabe *ar-rub* que significa el cuarto, la cuarta parte. <http://www.taringa.net/posts/info/9740945/La-historia-del-arroba.html>

además se otorga la oportunidad de que esas direcciones que se van a incluir no sean visibles por el resto de personas que las reciben.

El asunto. Es el apartado donde de manera breve y escueta debe aparecer el tema sobre el que gira el correo electrónico.

El mensaje. En dicho apartado, de gran amplitud, es donde se escribe el mensaje que desea enviar. Para que dicho texto esté, estéticamente hablando, tal y como deseamos, se ofrecen herramientas con las que podemos elegir el tipo de letra, la alineación, el color, hipervínculos e incluso emoticones (sic)⁴.

No obstante, tampoco podemos pasar por alto que a la hora de enviar un correo electrónico también y además del citado texto, y tal como hemos subrayado anteriormente, podemos incorporar diversos materiales o archivos. Eso supone que podamos adjuntar tanto documentos de diversa tipología (textos, hojas de cálculo, base de datos, pdf...) como fotografías e incluso vídeo.

Luego, quien reciba dicho email tiene distintas posibilidades. Así, no sólo podrá leerlo y responderle al emisor del mismo sino que también podrá reenviarlo a otros destinatarios, archivarlo, borrarlo de manera permanente, marcarlo, añadirle etiquetas y también catalogarlo como spam. (Definición de correo electrónico - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/correo-electronico/#ixzz2S52XdNXu>, revisado 1 de mayo de 2013, las 16H40)

A partir de la delimitación que da el Art. 66 numeral 21 de la Constitución, este derecho solo puede ser intervenido conforme las circunstancias que establezca el legislador en normativa secundaria, para que pueda ser “retenida, abierta o examinada” y con la intervención judicial, con el fin de que esta decisión esté debidamente motivada, esto es para que se apliquen por parte de un juez garantista criterios de proporcionalidad para recurrir a esta medida y además de que se

⁴ Emoticono según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es un símbolo gráfico que se utiliza en las comunicaciones a través del correo electrónico y sirve para expresar el estado de ánimo del remitente.

establezca la necesidad de mantener en secreto los asuntos que no fueren motivo de investigación, esto con el fin de no afectar de forma indebida los derechos que deriven de esa protección.

En caso de investigaciones penales por ejemplo, el Art. 150 del Código de Procedimiento Penal ha desarrollado este derecho y el método a utilizarse guardando armonía con la norma constitucional⁵, se pone especial importancia al deber de quien accede a los contenidos es el de guardar secreto con el fin de no vulnerar alguno o algunos de los derechos de quien remite o es su destinatario o de terceros de quienes se pueden relatar detalles concernientes a su vida o pensamientos, esto para precautelar el derecho a la intimidad, privacidad, al buen nombre y honor de la persona y su dignidad referida a todo tipo de información que vulnere o lesione información propia o perceptiva a su medio circundante sea ésta de tipo tradicional o dentro del ámbito profesional.

Dentro del ámbito civil o más bien dicho no penal de la legislación no se ha desarrollado legislativamente este derecho; es decir, no se han establecido las circunstancias en las cuales pueden ser examinadas, retenidas o abiertas, por lo que no es posible hacerlo ya que esta norma establece la necesidad de que esta “restricción al derecho” debe estar establecida en alguna ley.

Sin embargo, corresponde plantearse, ¿es posible que una de las partes que tengan en su poder un correo pueda presentarlo como prueba a su favor?

La respuesta será afirmativa, siempre que tengan en su poder por ser sus autores o destinatarios; es decir, estén en su posesión de forma lícita y no interceptando,

⁵ Código de Procedimiento Penal **Art. 150.-** Inviolabilidad.- La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo, el juez de garantías penales podrá autorizar al Fiscal, a pedido de éste, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del procesado. Art. 151.- Apertura y examen.- Para proceder a la apertura y examen de la correspondencia referida en el artículo anterior, se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o en su falta, se leerá la correspondencia o el documento en forma reservada.

Si el documento estuviere relacionado con la infracción que se juzga, se la agregará al expediente después de rubricado; y sino lo estuviera, se la devolverá al lugar de donde fue tomado.

reteniendo o abriendo la misma ya que esto provocaría un vicio en su adquisición, por ser ilegal y por lo tanto quedaría vedada por ser contraria a las normas del debido proceso⁶. Sin embargo, como se puede observar de la definición de correo electrónico, este permite ser reenviado por uno de sus destinatarios a terceros, cuando a su criterio pueda ser de su interés. Al respecto el Art. 199 del Código de Procedimiento Civil, establece una restricción probatoria al respecto. “Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba.”

Por lo tanto es susceptible de ser presentado como prueba la correspondencia si la parte es su autora o está dirigida a ella en primera instancia.

1.3.1.1 EL DELITO DE PRESENTACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA EN UN PROCESO JUDICIAL SIN ORDEN DEL JUEZ COMPETENTE.

El “Art. 199 del Código Penal dispone.- El que hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicación, la hiciera publicar, o presentare en juicio sin orden judicial, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto puede causar perjuicio a terceros; a no ser que se trate de correspondencia en que consten obligaciones a favor del tenedor de ella, caso en el que puede presentarse en juicio.”

En el tipo penal analizado, para Carlos Fontán (sin año) la tipicidad no deviene de tomar conocimiento del contenido violando el derecho al secreto de correspondencia, sino que el autor aunque haya conocido su contenido de forma legítima, o así sea la persona a la que fue dirigida la correspondencia, procede a dar publicidad.

⁶ 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

La publicidad debe ser entendida como hacer conocer el contenido a un número indeterminado de personas; la simple comunicación a un número determinado de personas no alcanza a cumplir con el supuesto de acción tipificada (por ejemplo reenviar a una lista determinada de correos), *tampoco es preciso el conocimiento real de esas personas, lo que se pena es que el autor se valga de un medio de los que habitualmente producen ese efecto para que llegue a conocimiento de un número indeterminado de personas.* (Fontán. C. s/a. pág. 154).

Los medios utilizados para dar publicidad no están tipificados, por tanto podrá ser cualquiera en los que se consigan estos efectos; sin embargo, lo que llama la atención es que se incluye una forma especial de publicidad y es la presentación de la misiva en juicio cuando no exista orden judicial para ello y pueda causar perjuicios a terceros o no esté establecida en ella una obligación a favor de quien presente.

Una de las características del proceso es su publicidad y solo por excepción se restringe este principio como en los casos de delitos sexuales, y que puedan afectar a la seguridad del estado; y en los procesos relativos a garantías jurisdiccionales por expresa disposición del Art. 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para preservar la intimidad, en ese caso el juez puede tomar “medidas especiales”⁷

La acción deja de ser ilegítima entonces si existe el consentimiento expreso del remitente para la publicación o medien causas de justificación tales como autorización judicial para ello, o si su presentación solo tiene efectos sobre las partes y no sobre terceros.

Tampoco tiene mayor relevancia la forma o el medio con la que tomó conocimiento del contenido de la correspondencia, el autor o sujeto activo necesariamente debe estar en posesión de ella, incluso se sanciona si la misma estuvo dirigida al autor de

⁷ **Art. 4.- Principios procesales.-** La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: 12. Publicidad.- Los procedimientos previstos en esta ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la jueza o juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.

la publicación, siempre y cuando se pueda causar un perjuicio a un tercero a no ser que se trate de correspondencia en que consten obligaciones a favor del tenedor de ella, caso en el que puede presentarse en juicio.

El Sujeto pasivo u ofendido en este caso puede ser tanto el remitente, como el destinatario o un tercero, pues siendo autor quien está en posesión de la carta, cualquiera de ellos puede ser perjudicado. (Fontán. C. s/a. pág. 154)

El perjuicio puede ser potencial y debe ser a consecuencia de la publicación del texto de forma dolosa; es decir, sabiendo que la correspondencia no tuvo el destino de ser publicada y que este acto puede provocar en un perjuicio de cualquier naturaleza; son atípicas las formas culposas. (Fontán. C. s/a. pág. 154)

Hasta aquí podemos deducir que para que pueda valer como prueba en juicio un correo electrónico, es necesario cumplir con las formalidades legales para su presentación y que éste no afecte los derechos de terceros para que no pueda considerarse una violación al derecho de secreto de correspondencia; sin embargo, ¿Puede el juez reducir el principio de publicidad de la misma, para que pueda introducirse en un proceso, sin que se afecte los derechos de intimidad de las partes?

Para Zagrebelsky (2005, pág. 134) es solo a partir del caso en que el intérprete busca las reglas y vuelva a él en un círculo interpretativo de dirección bipolar que finaliza cuando se satisface la exigencia del caso y las pretensiones de la reglas jurídicas, si el resultado no es violatorio de unas ni otras, puede decirse que se ha logrado la interpretación. Por ende, se debe determinar el método correcto para lograr encontrar una solución que resulte menos lesiva para los derechos constitucionales en juego, no solo pretendiendo “reformas legislativas, sino también mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente” por lo que para ciertos casos valdrán ciertas reglas, pero al cambiar los casos se tendrá que buscar nuevas reglas aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas. (Zagrebelsky. 2005, pág. 138)

Por las razones expuestas, es importante que el juez analice el contenido de los emails, y si éstos sólo afectan a las partes, se disponga la incorporación como prueba,

pero no al proceso, manteniéndolos en reserva. Si los mismos pueden afectar a terceros, es necesario que el juez, además, motive la necesidad de no incorporar al expediente, conforme el método de ponderación y autorice su introducción, manteniendo en reserva para que no se vean afectado el derecho a la intimidad de las partes y de terceros, sino sólo en lo necesario.

1.3.2 LA PRUEBA DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS, LA FORMA DE SU PRESENTACIÓN, MEDIDAS A SER TOMADOS POR LO JUECES PARA GARANTIZAR DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Unos de los principales aspectos en los que se centra esta investigación, es la forma de presentación de los correos electrónicos en los procesos judiciales, ya que aparte del cumplimiento de formalidades para garantizar su inalterabilidad, regulada por norma secundaria y que serán enunciadas a continuación; el hecho de su presentación como medio probatorio, hace que el correo se haga público (por el principio de publicidad que es una garantía del debido proceso), afectando la inviolabilidad de la correspondencia ya que dependiendo del contenido, puede exponer asuntos tanto ajenos al hecho que motive su examen, como propios del asunto que se litiga.

Sin embargo, en muchos casos se puede afectar la intimidad de la persona con consecuencias en su honra y libertad; por lo que se debe buscar mantener en reserva esta información tanto si interesa al caso, como si no tiene relación con el mismo; salvaguardando el derecho de las partes a impugnar y rebatir la prueba en sus contenidos así como el mismo hecho de su otorgamiento, garantizando de esta forma el derecho a la defensa.

Los correos electrónicos o emails, son documentos electrónicos, ya que estos están contenidos en dispositivos de almacenamiento digital y conforme el Art. 52 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos es un medio de prueba, que para su valoración y efectos se rige según lo dispuesto en el Código de

Procedimiento Civil; sin embargo, esta misma norma legal establece requisitos mínimos para su presentación⁸.

Por ejemplo, deben presentarse en forma electrónica y además materializarse, por lo que debe imprimirse, ya que por su formato original desmaterializado es fácilmente volátil; es decir, se puede eliminar, modificar y alterar en segundos sin dejar huellas fácilmente visibles; por ello se debe buscar garantizar el principio de integridad y autenticidad, lo que tiene un peso fundamental al momento de que el juez valore como prueba. Analizado este requisito a la luz del principio de formalidad condicionado⁹, el cumplimiento de estas normas legales busca minimizar posibles alteraciones, que puedan afectar su percepción, dotándole incluso de la intervención de un auxiliar de justicia (perito informático) para su mejor valoración.

Cuando la parte procesal lo presente y trate de actuar la prueba a su favor, debe dotarse de los elementos necesarios para su reproducción, garantizando de este modo el principio de inmediación, por lo que se vuelve indispensable examinar de la mejor forma esta prueba.

⁸ Art. 54.- Práctica de la prueba.- La prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes:

a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos;

b) En el caso de impugnación del certificado o de la firma electrónica por cualesquiera de las partes, el juez o tribunal, a petición de parte, ordenará a la entidad de certificación de información correspondiente, remitir a ese despacho los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados; y,

c) El facsímile, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta ley.

En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros.

Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica.

⁹ La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desarrolla este principio en el Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: 7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

Es necesario también señalar, que estos requisitos de formalidad permiten que la prueba pueda ser impugnada o contradicha por la contraparte en cumplimiento de las garantías del debido proceso (Art. 76 numeral 7 literal h), por ello, es necesario la intervención de un perito técnico para que se determine su originalidad; por lo que no se trata de meras disposiciones de forma, sino que se busca cumplir con los principios de la prueba para garantizar un debido proceso.

Una vez que hemos analizado la forma de su presentación, que determine su legalidad y las garantías del debido proceso, puesto que de conformidad con lo dispone el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, será necesario analizar si la presentación en un proceso de un correo electrónico con respecto a sus contenidos pueden afectar el derecho a la intimidad.

El derecho a mantener en secreto la correspondencia, busca proteger, sin importar o discriminar la información contenida; ya que, es un derecho que protege otros derechos fundamentales para el individuo, como la intimidad, la honra, el nombre y la libertad.

Sin embargo, en un proceso judicial la prueba que ingresa en un expediente, está sometida al principio de publicidad para garantizar el derecho de contradicción de la contraparte procesal, por lo que se hace pública y expuesta a toda persona que tiene acceso al expediente, permaneciendo de esta forma indefinidamente, ya que no existen normas legales que posibiliten dar de baja el expediente en un plazo prudencial, o en su defecto mantener en reserva estos correos electrónicos si, pueden verse afectados.

El principio de publicidad para Carlos Bernal Pulido (2005, pag. 361), es un principio integrador del derecho fundamental al debido proceso y sostiene que el proceso jurisdiccional es un discurso, en la que todos los interlocutores deben tener la posibilidad de participar mediante sus afirmaciones, argumentos, críticas, refutaciones y autocríticas sobre las pretensiones, las objeciones y las pruebas y necesariamente tal discurso debe ser público y no secreto, por tanto si un discurso

que se presenta con manipulación e iniquidad, la publicidad sería la condición sine qua non para que pueda existir contradicción en el proceso. Considero así mismo que la publicidad permite que cualquier persona pueda acceder al proceso y realizar una fiscalización como mecanismo de control social, en ejercicio de sus derechos de participación ciudadana y pueda comprender los elementos que le llevan al administrador de justicia a decidir de una u otra forma; puesto de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial cualquier persona puede presentar una queja a un servidor judicial, si encuentra anormalidades en su actuación.

Por tanto, la restricción en el acceso a la prueba produciría una colisión entre el principio de publicidad de esta que es parte del debido proceso, el derecho al secreto de correspondencia, el derecho de intimidad, que se pueden ver afectados al ejecutar este principio, por tanto es importante que el Juez aplique algún método de interpretación capaz de lograr que sin sacrificar el debido proceso, se proteja el derecho a la intimidad, si alguna de las pruebas expone asuntos que los afecten.

Se conoce además, que todo principio no es absoluto y puede ceder cuando se trata de proteger otros derechos, pues en este caso correspondería analizar si es posible limitar la publicidad para proteger los derechos en análisis.

El método de interpretación que se considera puede ser el adecuado para encontrar una solución, al ser ambos derechos constitucionales de la misma jerarquía, y sin poder aplicar los métodos tradicionales, es la ponderación.

Este método se utiliza en casos concretos, sin poderlo realizar en forma adecuada en abstracto; sin embargo, con el caso en análisis se puede ensayar la posibilidad de encontrar una solución.

Para Luis Prieto Sanchis (Carbonel, M. Ed. et al. 2008, pág. 99), la ponderación es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas, se trata de razones, intereses o bienes en pugna, normas que suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. El resultado de la ponderación no encuentra necesariamente un equilibrio, sino a veces implica un sacrificio parcial y compartido. Ponderar es *buscar la mejor*

decisión cuando en el argumento concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor... La necesidad de ponderación empieza desde cuando se aceptan que no existen jerarquías internas en la Constitución, por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencias relativo al caso concreto, buscando de esta manera armonizar derechos.

Para Villaverde (Carbonel, M. Ed. et al. 2008, pág. 177) la ponderación ha encontrado dos momentos en la aplicación jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español, el primero, es una ponderación de ideas para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros derechos, bienes e intereses, tales como aquellos casos que son ligados con la comunicación pública, con el derecho al honor, con la intimidad y con la propia imagen, consiste en otorgar la preferencia del respeto a uno de ellos, al que justamente merezca por su propia naturaleza como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio, sin establecer jerarquías entre los derechos, sino que se conjuga desde la situación jurídica creada en ambos derechos pensando cada uno de ellos en su eficacia recíproca para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y el fin de la Constitución explícita o implícitamente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en los años noventa ha abandonado esta técnica y ha seguido un método de delimitación de los derechos fundamentales con el que ha tratado de resolver los supuestos conflictos, para que aplicándole los límites se pueda concluir si la expectativa de conducta del sujeto a su examen es o no objeto del derecho fundamental en cuestión, con los límites que no incluyen en la Constitución, porque es el mismo caso el que determina si los valores o intereses deben prevalecer.

Para el criterio de Sanchis (Carbonel, M. Ed. et al. 2008, pág. 109 a 112) se establecen cuatro pasos para lograr una ponderación adecuada:

Primero: que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho. En este caso el fin que tendría, sería garantizar algunos otros derechos constitucionales que proteja el derecho a la intimidad, el secreto de correspondencia, la honra, la privacidad, la libertad, el buen nombre, etc.

Segundo: que exista adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección de la finalidad expresada, la medida debe ser consistente y eficaz con el fin que se persigue, excluyendo de este modo a las que pueda acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces. Lo que busca es que al limitar el derecho fundamental alcance un determinado propósito. (Villaverde, I. en Carbonel, M. Ed. et al. 2008, pág. 184)

Tercero: la existencia de la necesidad o intervención mínima; esto es que se acredite que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva.

Cuarto: el juicio de proporcionalidad, que *condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de ponderación*, aplicada a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares, acreditando un equilibrio entre los beneficios que se obtiene con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Rige aquí la ley de la ponderación, esto es que cuando mayor sea la afección producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente a de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna; por ello se considera necesario probar que el daño es real y efectivo y no sólo una sospecha o presunción, lo que permite que los sacrificios entre bienes estén compensados respecto del objeto percibido. (Villaverde, I. en Carbonel, M. Ed. et al. 2008, pág. 185)

En el problema que se ha planteado, considero que es necesario establecer una medida capaz de limitar el acceso a la prueba de los correos electrónicos que puedan afectar el derecho a la intimidad cuando expongan aspectos lesivos a este derecho; lo que determina que debe ser analizado su contenido por el juez y si a su criterio los contenidos afectan a este derecho en alguna de sus dimensiones, se puede en aplicación de la norma contenida en el Art. 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para preservar la intimidad, el juez puede tomar “medidas

especiales”¹⁰; norma aplicable a este caso ya que si bien no se trata de una proceso de garantías jurisdiccionales, por analogía se trata de proteger un derecho constitucional (fin que tienen las mencionadas garantías jurisdiccionales) lo que legitima tomar una medida ya sea no permitiendo el acceso a los soportes que contengan esta información de quienes no tiene un interés directo en el proceso como es el público en general, y mantener el acceso a quienes sean partes procesales para que puedan examinar e impugnar la prueba; por tanto, se debería archivar estas pruebas fuera del expediente y bajo custodia del secretario. Si una de las partes solicita su acceso, debe acreditarse como tal o ser perito; sin restringir de forma absoluta su acceso lo que haría que prime el derecho de secreto de correspondencia y que se convierta a la misma en una prueba secreta; lo que hace necesario permitir su acceso y por tanto al control que lo hace de él la impugnación, concibiendo esta medida como la menos lesiva para el principio de publicidad, manteniendo únicamente en lo necesario el acceso y la afección a la intimidad de la persona que con cuyo contenido se pueda ver afectado.

Negar su presentación u ordenar su reserva total podría poner en peligro el derecho de las partes a presentar prueba e impugnarla y se viciaría de una violación al debido proceso.

Privar al público general su acceso, no limitaría en mayor medida el derecho que tienen de fiscalizar el proceso, ya que este derecho, en general propende a hacer una revisión del procedimiento como tal; es decir, si se ha cumplido los normas procesales, términos y respeto al derecho de las partes, más no de la valoración de la prueba que le corresponde únicamente realizarla al juez en sentencia, en ejercicio de la independencia judicial que tiene para decidir conforme su sana crítica; sin embargo, la sentencia al ser pública podrá dar respuesta a algunas de las interrogantes que se puedan pero cabe manifestar que en su redacción es importante que el juez recurra a una que no exponga los aspectos protegidos, sin afectar la calidad de su contenido, esto es que esté debidamente motivada.

¹⁰ **Art. 4.- Principios procesales.-** La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: 12. Publicidad.- Los procedimientos previstos en esta ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la jueza o juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.

CAPITULO II

EI DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES

2.1 EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA HONRA.

El derecho a la intimidad pese a que se le reconoce como un derecho autónomo, nunca ha podido separarse de otros derechos, ya que su protección no tiene un fin en sí mismo, sino que pretende evitar vulneraciones a otros derechos fundamentales, tales como la honra, la imagen, la libertad.

Para Suñé (2000, pág. 29) el derecho a la intimidad se desgaja del derecho al honor, en base a la preocupación de alguien que pertenecía a una minoría o élite social para que la prensa rosa no se entrometiera en su vida privada. En general el derecho a la honra protege la reputación de la persona en sus relaciones sociales, en cambio el derecho a la intimidad protege frente a una ofensa, a la propia estima o sentimientos de una persona.

Zabala Egas, manifiesta que el honor no es más que la autovaloración de ser humano, el sentimiento de su propia dignidad, de sus valores, de su moral, esto es, un aspecto netamente subjetivo nacido de cada persona; y, fundamentalmente, el valor que cada cual se da a sí mismo. La honra es la apreciación y valoración que los demás hacen de nuestro valor frente a la sociedad, suelen distinguirse en la idea de honor un aspecto subjetivo y otro objetivo; el primero corresponde al sentimiento de nuestra propia dignidad moral nacida de la conciencia de nuestras virtudes y de nuestros méritos. El aspecto objetivo está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social. Por ello está ligado al derecho a la buena reputación o al buen nombre, ya que se relaciona con la valoración que se tenga de la persona, por ello se precaviera el nombre del individuo proyectado con su actuar en el medio social. También considera que existe una relación entre el derecho a la honra y a la intimidad ya que si se divulga un

hecho que es cierto, no hay un atentado al honor por falta de un elemento negativo como es la falta de veracidad; pero lo que sí se afecta es el derecho a la intimidad. La estrecha vinculación entre el derecho a la intimidad, al honor, la honra y la buena reputación, se observa en general que cuando se viola el primer derecho, se derivan afecciones a los demás derechos (pág. 151-154)

Pérez Royo, (2002) considera que todos éstos son derechos de la personalidad, los cuales son instrumentos para poder relacionarse con los demás como individuos libres y auténticos ciudadanos, pero conservando la autonomía de cada persona. El honor nace de la dignidad humana, al igual que el derecho a la intimidad, nadie puede verse desprovisto de ello, ni siquiera por voluntad propia. El honor nos lleva a terrenos de los demás, pues consiste en la opinión que tengan de una persona, por tanto el contenido de este derecho es lábil y cambiante, que depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. El tema asunto que analizo, al tener acceso a correos electrónicos que expongan aspectos relacionados con la moral individual, provocaría una intromisión ilegítima en el derecho a la honra que se produce si la imputación es de hechos falsos, ya que si son verdaderos se afecta al derecho a la intimidad; o por manifestaciones de juicios de valor que no son posibles de verificación. El ámbito de protección de este derecho tiene tres aspectos a tomarse en consideración: la lesión a la dignidad, el menoscabo de la fama y los atentados contra la propia estimación (Pág. 390 – 393)

Contrario a ello, Francisco Balaguer (2008, pág. 125) considera que el contenido esencial del derecho al honor es la dignidad humana, por lo que toda acción que afecte a la consideración que tiene los demás de él o su integridad moral, afecta a su dignidad como persona; en el caso del derecho a la intimidad su contenido esencial hace referencia a la obligación por parte de los poderes públicos y de la sociedad de respetar un ámbito de privacidad de la persona. Desde este punto de vista no se superponen estos derechos ni coinciden, simplemente se relacionan y por consiguiente no siempre toda violación a la intimidad supone descrédito o minusvaloración del honor, ni necesariamente éste afecta a las esferas de la intimidad, sino que cabe una relación contraria; sin embargo, puede ser que el descrédito se lleve a cabo mediante una lesión a la intimidad.

El derecho al buen nombre o reputación, para García (2013. pág. 320) por su parte alude a la opinión cierta, evidente y favorable que los congéneres tienen de nuestra persona; hace referencia al renombre o reconocimiento social que una persona alcanza en su entorno, como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc. Se trata en suma del patrimonio moral que se adquiere de la consideración social.

El derecho a la imagen, es un derecho complementario a la intimidad difícilmente distinguible, no solo compone la captación del cuerpo humano por algún medio destinado a ello, sino también de la voz de la persona que busca evitar que se exponga al público, principalmente cuando se encuentra en aspectos privados de su vida y sin su consentimiento. En definitiva, debe tratarse de mantener la buena efigie que se tiene sobre la persona.

Estos dos aspectos han sido analizados, y como en una prueba judicial, los correos electrónicos que se presenten pueden afectar los mismos; así como también puede la información afectar a la privacidad o intimidad de la persona, de hecho van a afectar a la honra, a la imagen y al buen nombre de la persona, que tienen los demás sobre nuestra vida y valor, más aún tomando en cuenta que por su forma, se pueden aparejar fotos, audios, películas, etc.

2.2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Como se ha analizado, el derecho a la intimidad ha tenido un desarrollo y ha generado interés con la popularización y vertiginosos avances en el área de la telecomunicación, y automatización de datos, por lo tanto ha tomado nuevas dimensiones, entre ellas el del derecho a la autodeterminación informativa¹¹, que busca proteger los datos frente a la captación de ellos, la formación de bases de datos

¹¹ Para Emilio Suñé (2000; pág. 29) la expresión Autodeterminación informativa, fue acuñado por el Tribunal Constitucional Alemán, en su sentencia sobre la Ley de Censo en 1983.

que permiten relacionar y establecer perfiles que ponen al descubierto aspectos de su personalidad. Para Suñé (2000, pág. 29) es parte del mismo derecho a la intimidad por que “desde su nacimiento como derecho fundamental, estuvo vinculado a la tecnología y en el fondo siempre fue autodeterminación informativa”.

Davara Rodríguez, define a la privacidad como el término al que se puede hacer referencia desde la óptica de los datos de una persona y que en los que se puede analizar aspectos que individualmente no tiene mayor trascendencia, pero que al unirlos a otros, pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo, por lo que éste tiene derecho a exigir que permanezca en su esfera interna, en su ámbito de privacidad (Del Peso, E y Ramos, M. 1998. pág. 65)

Desde que ha aumentado considerablemente la posibilidad de que se puede disponer de información acerca de una persona; está debe estar protegida frente a la intromisión o uso ilegítima de los demás; por ello, el derecho a que los demás no conozca nuestros datos personales ha cobrado importancia. Su desarrollo se ha producido desde la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán que declaró inconstitucional algunos artículos de una Ley de Censo, con el fin de preservar la vida privada, ya que se manifestó que la persona tiene un derecho de libre decisión y disposición sobre sus datos personales y que puede decir que es lo que otros pueden saber sobre él, las limitaciones a este derecho de autodeterminación informativa solo son admisibles en el marco de un interés general superior y suscitan un fundamento legal basado en la Constitución. Concluyen estos autores que lo que ha sucedido es que el derecho a la intimidad ha pasado de suerte de status negativo de la persona, a convertirse en un status positivo. De una actitud pasiva de defensa de nuestra intimidad, delimitadora de un ámbito de no interferencia, se ha pasado a una postura activa con posibilidad de ejercer control sobre el caudal de información que puede existir en los bancos de datos sobre nuestra persona (Del Peso, E y Ramos, M. (1998. Pág. 66 y 67)

Este derecho tiene relación con el problema que se ha planteado, ya que por la utilización de programas informáticos, la información del proceso consta subida en la bases de datos, que permiten acceder a ella, si bien puede ser que hasta ahora no se

muestren contenidos, esta es una aspiración que se pretende conseguir a través del expediente electrónico o incluso con las grabaciones de las audiencias, si en ellas se presentan pruebas como las manifestadas, es necesario que se tomen las medidas necesarias para que las mismas no se expongan o que los metabuscadores informáticos no puedan acceder.

Cabe anotar que actualmente está prohibido las grabaciones de las diligencias judiciales en el Art. 13 del Código Orgánico de la Función Judicial¹², que es el que precisa el principio de publicidad como uno de los que deben regir la actividad jurisdiccional, consideración que la razón de la norma legal, es evitar que las diligencias judiciales se vuelvan un espectáculo, en donde se puede afectar el derecho de las partes, sobre todo de una tutela judicial efectiva.

2.3 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 2012-0253 DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

El antecedente de los hechos que trae el caso, permitirá entender la necesidad de que los administradores de justicia mantengan los correos electrónicos y sus contenidos en forma reservada, si los mismos pueden afectar el derecho a la intimidad de las partes y por lo tanto vulnerar otros derechos tales como la honra, imagen, y la libertad en general.

Por los contenidos y la necesidad de proteger a la familia he omitido nombres y sólo se harán referencias en lo más estrictamente necesario con el fin de entender el

¹² Art. 13.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.

No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales.

Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

universo del proceso, el contexto en el que se produce y de lo importante que se vuelve que el juez tome medidas con el fin de guardar la intimidad personal y en este caso familiar.

El caso pertenece a la materia de familia, en específico de niñez y adolescencia, en donde intenta probar por parte de la demandada aspectos del convivir diario del hogar que tiene consecuencias jurídicas por ser lesivos a los derechos de sus miembros y que de forma colateral expone aspectos que afectan generalmente la intimidad familiar.

Los padres del niño viven en Suiza, son casados, la madre es ecuatoriana y el padre Suizo. Deciden viajar al Ecuador, y luego de su permanencia por alrededor de un mes, el marido regresa a su país natal, luego de un mes ingresa a la Secretaría del Consejo Nacional de la Niñez del Ecuador (CNNA) una petición de restitución internacional del niño realizada por la Autoridad Central de Suiza, manifestando que el padre denuncia que su hijo había sido retenido de forma indebida por su madre en el país, lo que es contrario a las normas de custodia (tenencia) de Suiza, en el que corresponde en conjunto a sus padres y que con sólo una orden judicial puede ser confiada a uno de ellos y decidir en donde ha de vivir el niño.

El trámite se sustenta en el Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Luego de localizado el niño y de iniciar un diálogo con la madre, el que se produce vía telefónica y por algunos correos electrónicos generados por la madre y destinados a la funcionaria del CNNA, en búsqueda de un retorno voluntario, ella se niega alegando problemas familiares; así mismo, en el expediente administrativo constan correos electrónicos de las comunicaciones entre autoridades centrales de Ecuador y Suiza. Luego de agotada la fase administrativa por lo que el Consejo Nacional de la Niñez da por terminada la fase administrativa y presenta un trámite judicial para que se otorgue la restitución internacional del niño; ha esta petición se adhiere el padre. La madre contesta la demanda y manifiesta su negativa a los fundamentos de la demanda y niega que se trate de un traslado o retención ilícita del niño ya que alega su calidad de madre del niño y que él goza de doble nacionalidad; que la decisión de quedarse en el Ecuador fue tomada en conjunto con su esposo, quién prometió

regresar al país en agosto o septiembre de 2010 y acogerse a los planes de retorno para migrantes que ofrece el gobierno, para alejarse de la vida Europea que tanto daño les ha causado exponiéndose a peligros psicológicos tanto a ella como al niño.

El Consejo Nacional de la Niñez por su parte se ratifica en la demanda y pide se devuelva al niño a Suiza para que sean las autoridades competentes las que decidan sobre su custodia y visitas, con el fin de que el niño no sea separado del padre en contra de su voluntad y sin autorización judicial. Ordenado un informe social de oficio por parte del juez de la causa, la madre alega que el padre tenía problemas con sus finanzas, devolviendo algunos bienes que fueron adquiridos de forma innecesaria porque no podían pagar; así mismo afirma que su esposo le perturbaba psicológicamente por que ella descubrió que por medio de correos electrónicos, estaba contactando con otras personas para realizar un intercambio de parejas utilizando sus fotografías y de la familia, lo que generó una discusión fuerte con intervención de la familia política y se pospuso un viaje que estaba planificado al Ecuador; cuando se calmaron las cosas decidieron regresar al Ecuador, pero que un poco antes de su retorno, ella descubre que su esposo insistía con realizar el mencionado intercambio. Luego de llegar al Ecuador, ella hace una reunión familiar en donde decide no regresar a Suiza, pero acuerdan que su esposo regrese para traer el menaje del hogar utilizando el programa de retorno para migrantes; él no cumple con su palabra, y la madre se entera que él ha presentado el trámite de restitución internacional del niño.

Dentro del término para anunciar la prueba, para justificar las motivaciones que tuvo la madre para quedarse en el Ecuador, presenta entre otra documentación, la impresión de correos electrónicos que los obtuvo al ser una de las destinatarios; los mismos que se encontraban en dos idiomas extranjeros; ordenada la traducción de estos documentos, así como de otros que constaban en el proceso, se advierte que tiene un contenido explícito sexual, referentes al mencionado intercambio de parejas; sin embargo, los mismos no se acompañan en un formato digital y del medio para su lectura; el padre del niño niega su validez ya que manifiesta no se cumple con lo dispuesto en la Ley de Comercio Electrónico; al valorar la prueba se considera que no se justifica su integridad, originalidad y conservación ya que no pueden volverse a reproducir por no constar en los soportes electrónicos y por lo tanto tampoco puede

verificarse por medio de un perito estas características, y son necesarios para darle validez a la prueba conforme el Art. 55 de esta misma ley, esto es que efectivamente salió del correo del padre del niño hacia la madre y terceros involucrados. Se analiza así mismo que los correos salieron de terceros y que conforme el Art. 199 del Código de Procedimiento Civil, las cartas dirigidas por terceros o hacia terceros, no se admiten como prueba. Concluye que la prueba fue obtenida con violación de la ley, dirigidas por terceros sobre aspectos íntimos, por lo que la prueba carece de validez probatoria.

La sentencia de primera instancia niega la restitución internacional, tomando en cuenta las pruebas documentales actuadas y los informes sociales sobre la integración del niño al medio, y que la madre realizó trámites para iniciar un negocio incluso antes que el demandado regrese a Suiza.

La parte actora presenta recurso de apelación y fundamenta en lo principal que no se tomó en cuenta los convenios y tratados internacionales para la protección de los derechos del niño, entre ellos el de Sustracción Internacional de Menores; que existe incongruencia en lo alegado por la demandada esto es que no recibía un bono del estado suizo que es para el niño, pero que el demandado le hizo llegar algunos pagos; que no es verdad que no se llevara bien la pareja por ser de distintas culturas ya que su matrimonio duró por más de siete años y que la madre se pasó a vivir de una ciudad a otra por lo que no hay adaptación del niño por falta de estabilidad; así como que la pareja compró pasajes ida y vuelta de Suiza, por lo que pensaban regresar y no quedarse, que el análisis de la prueba no determina que el actor aceptó radicarse en el Ecuador y que el Juez al calificar la demanda no pidió que se complete la misma y por tanto que se justifique la certificación de la autoridad en la que se establezca que conforme la ley de Suiza la custodia les corresponde a los padres en conjunto. La Sala analiza el cumplimiento de los requisitos que establece el convenio y que conforme la confesión judicial de la demandada la custodia es compartida en Suiza, por lo que considera que la madre tiene el cuidado del niño y que sostiene que su situación con su cónyuge no fue la mejor para el desarrollo del niño así como también alega falta de fidelidad. Sostiene que la parte actora no probó la ilicitud de fijar su residencia en el país y que la custodia compartida que establece la ley Suiza no obliga a los padres a permanecer juntos, por lo que la madre puede permanecer

con el niño. Analiza el informe social y determina que son buenas las condiciones en las que vive el niño y la situación conyugal que tenía la demandada con su cónyuge en especial que se daban desavenencias de la pareja incluso frente al niño y la falta de fidelidad conyugal, manifiesta que el niño ha quedado adaptado en su nuevo ambiente familiar, social y educativa, por lo que rechaza el recurso y confirma la sentencia venida en grado.

El padre del niño presenta el recurso de casación y sustenta en la causal primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, por infringir la sentencia las normas de los Art. 11 numeral 2 y 3, Art. 76 numeral 7 literal K y Art. 425 de la Constitución. Los Artículos, 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de la Haya Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores; Art. 8, 9, y 11 de la Convención sobre Derechos del Niño. Art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia, 9, 11 y 1978 del Código Civil; 5 del Código Orgánico de la Función Judicial; 113, 114, 115 116, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil.

Con relación al aspecto que nos interesa, el casacionista en la fundamentación del recurso, manifiesta su desacuerdo con la sentencia ya que no se justificó que existían desavenencias de pareja y la falta de fidelidad, conclusión a la que llega el tribunal con el informe social; sin embargo, se manifiesta que no existió prueba de ello de forma directa (recordemos que los correos electrónicos no fueron aceptados como prueba por no cumplir con la norma legal para su presentación y valoración); por lo que alegan en específico el cargo de aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derechos en el auto resolutorio y que son desarrollados en el numeral 5.6 de la mencionada sentencia (Art.114, 115 del Código de Procedimiento Civil).

Al respecto, el Tribunal manifiesta que esta causal se produce cuando se incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente las normas relativas a la valoración de la prueba, por lo que en la fundamentación se debe demostrar el error de derecho en el que ha incurrido el Tribunal de instancia, porque nuestro sistema no admite alegaciones de errores de hecho en la valoración de la prueba como causal de casación. Sin embargo, el recurrente solo señala las normas aplicables a la valoración de la prueba que han sido indebidamente aplicadas, sin

señalar las normas de derechos que como consecuencia del quebrantamiento han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas; además, que una de las pretensiones de la parte es que se valore nuevamente la prueba, lo que no es posible porque es facultad privativa de los jueces de instancia, ya que la actividad del Tribunal de Casación se limita a controlar qué al realizar dicha valoración, no se haya transgredido las normas de derecho que la regulan. Además, que la fundamentación se sustenta en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, esto es que la valoración de la prueba se haga en base a las normas de la sana crítica. Al respecto manifiestan que “El tribunal de Casación habrá de examinar el proceso para determinar si, efectivamente, al momento de apreciar las pruebas se han violado o no las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia y la razón, llevando a adoptar decisiones absurdas o arbitrarias que es lo que no sucede en el presente caso, en el que el recurrente no explica de manera clara y explícita que en el fallo impugnado existe valoración absurda de la prueba, por lo que se desecha el cargo”.

Es necesario manifestar que, además, el recurrente alude a que la sentencia resolvió sobre aspectos que no fueron materia de litigio, ya que se acusa que el fallo de segunda instancia estableció un sistema de custodia y visitas, lo que está prohibido realizarse en esos tipos de procesos por normas del Convenio sobre Sustracción Internacional de Personas; ya que se dispone que el padre y el niño mantengan la comunicación acordado en el trámite administrativo, esto es que, lo hagan por medios informáticos como es el Skype. El tribunal considera que con esta medida se busca garantizar el derecho de mantener relaciones en familia y el interés superior del niño, conforme al mismo convenio y no se decide sobre régimen de visita alguna. Resulta interesante esta resolución, ya que se establece la utilización de medios tecnológicos poco convencionales para cumplir con la disposición del convenio de buscar mantener las relaciones de familia, pese a que ninguna norma legal establece este mecanismo, lo que ratifica la posición, de que el juez tiene las posibilidades de acudir a la utilización de medios tecnológicos con el fin de garantizar los derechos de comunicación que tienen los padres con sus hijos. Termina la sentencia por desechar el recurso de casación.

Como podemos observar del caso expuesto, los correos electrónicos son medios recurrentes de prueba; sin embargo, la falta de conocimiento sobre la normativa legal

existente (Art. 52, 54 y 55 de la Ley de Comercio Electrónico) ha hecho de la misma ineficaz para justificar los hechos alegados. Sin embargo, también es importante notar que en el procedimiento administrativo se utilizaron correos electrónicos para comunicarse entre las autoridades centrales de los países involucrados, e igual que la demandada, en la que se expusieron los motivos que tenía para no retornar a su país de residencia y que hacía relación a la intimidad de la familia; los mismos que no fueron impugnados en el proceso administrativo y tampoco judicial; sin embargo, la autoridad administrativa, el Consejo Nacional de la Niñez, con ello determinó que no era posible lograr un retorno voluntario y dio por terminado la fase administrativa.

Se ha recurrido a este caso práctico para visualizar la importancia que tienen los emails como medios de prueba y determinar la necesidad de proteger la intimidad de las partes, ya que al tratarse de hechos que tiene relación con la intimidad personal y familiar, y que afectan la honra y buen nombre de las personas involucradas, por lo que se advierte la necesidad de tomar acciones por parte de los jueces para que se proteja a la misma, y en el caso de la sentencia de casación, si bien alegó la causal de error en la valoración de la prueba, el Tribunal de forma acertada ha desechado el recurso por no fundamentarse bien la causa, ya que como se puede observar la sentencia de segunda instancia llega a la conclusión que existían problemas de pareja y falta de fidelidad, sustentados en un informe de trabajo social, en el que se entrevista a la demandada; es necesario manifestar que en los antecedentes del caso se expuso que la demandada pretendió justificar hechos que afectaban la armonía familiar con los correos electrónicos; sin embargo, los mimos no cumplían con las normas para la valoración de la prueba (Art. 52, 54 y 55 de la Ley de Comercio electrónico) por lo que fueron desechados.

Considero que es importante analizar que el Tribunal podía establecer en ese considerando al ser la última instancia, la medida de disponer la reserva de los mencionados correos electrónicos, con el fin de que no se vean más expuestos, al haber realizado ya el análisis del proceso. Si bien los jueces no pueden decidir, sino sobre lo que se piden, es necesario evocar uno de los atributos que concede la Constitución y que propugnan los neo constitucionalistas, esto es de hacer jueces más proactivos, capaces de sustentar y argumentar sus decisiones con ideas fuertes sustentadas en la protección de los derechos humanos, como el analizado a la

intimidad, desafiando el esquema formalista y normativista que ha primado hasta ahora.

Es necesario hacer notar que en el sistema de seguimiento de causas de la Corte Nacional, esta sentencia no se ha subido al sistema, tampoco se ha podido localizar con la utilización de un buscador en un sistema legal privado, las conclusiones sobre este hecho, queda solo para especulaciones.

Tomar decisiones como las propuestas, sobre todo en casos de familia, en donde los derechos tienen relación con este grupo fundamental de la sociedad, obliga a desafiar el estatus quo del quehacer tradicional judicial, para emprender nuevas acciones procesales, con el fin de bajar la tensión que se crea en el proceso, ya que la labor judicial no puede sólo sustentarse en el cumplimiento de la norma adjetiva y resolver sobre la norma sustantiva; sino se debe propender que la actividad judicial respete este espacio, reconozca la humanidad y la sensibilidad de los actores involucrados, para quienes el solo hecho de participar en el proceso como actores o demandados, puede ser considerada por nuestra idiosincrasia una afrenta a su honra, no digamos cuando de hecho se exponen aspectos relacionados con su intimidad y lo que este derecho protege; por lo que las medidas judiciales deben ser sensibles y propender a disminuir los daños colaterales que se producen sobre los derechos analizados en el presente trabajo y en los procesos judiciales.

Si bien, desgraciadamente aún no se puede observar jurisprudencia de casación, que analice como pruebas a correos electrónicos con contenidos que puedan afectar el derecho a la intimidad como en el tema propuesto; se debe a que aún no existe suficiente conocimiento de la forma de actuar legalmente esta prueba, por lo que no pueden ser sustentados en este tipo de análisis; como hemos observado tampoco existe un desarrollo jurisprudencial sobre el derecho de intimidad y peor aún de la intimidad familiar.

Sin embargo, no es menos cierto que se hace cada vez mas frecuente su presentación y en un tiempo no muy lejano, se pueda llegar a analizar una sentencia sustentada en hechos justificados por estos medios probatorios, en donde sea imperioso el hecho de garantizar de mejor forma los derechos de las partes, por lo que se deba tomar

decisiones para mantener en reserva la prueba con respecto al público en general, y motivarla en aplicación de métodos de interpretación como los propuestos, esto es la, interpretación analógica, sistemática y de ponderación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La aplicación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en la práctica procesal exige que se discutan alternativas para la protección de derechos constitucionales en los que existen vacíos en la normativa adjetiva civil como los planteados en la presente investigación, esto es que en los procesos civiles es posible la presentación de correos electrónicos que le han sido enviados al destinatario del mensaje, como medio de prueba o es una forma de administración del derecho de inviolabilidad y secreto de comunicaciones, a diferencia de la que se ha previsto en el Código de Procedimiento Penal que sí desarrolla la posibilidad de guardar en secreto los contenidos de correos que no interese en la investigación; por lo que se hace imperioso que el administrador de justicia busque a través de la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional (Art. 11 numeral 3 y Art. 426), la protección del derecho de intimidad, y con él la privacidad y la honra, ya que la omisión legislativa no puede justificar la afección o el desconocimiento de estos derechos.

Pensar en la presentación de los correos electrónicos en un proceso, nos plantea un primer desafío, como es el de la protección del derecho de inviolabilidad y secreto de correspondencia, debo considerar, que como todo derecho de rango constitucional, si bien es irrenunciable, es posible la administración por su titular, mas aun cuando se considere que sólo a través de él se puede probar un hecho necesario en la defensa de sus derechos, por lo que el juez debe aceptar su presentación y tomar las previsiones del caso, con el fin de que no se afecten otros derechos como el de la intimidad.

Si bien el derecho a la intimidad no tiene un contenido delimitado y preciso, sino que pretende proteger frente a la afección a otros derechos personalísimos que encuentran su punto de convergencia en la dignidad humana; el desarrollo de este derecho por los avances tecnológicos en la comunicación, permite que a través del estudio constitucional se planteen nuevos desafíos y se dé un ámbito de protección cada vez mayor, así se ha desarrollado el derecho a la protección de datos personales y a la autodeterminación informativa; la cual se ha diferenciado del derecho de privacidad y de honra, lo que en oposición del derecho de inviolabilidad y secreto de

correspondencia, que pese a su antigüedad, su contenido ha sido poco estudiado y a quedado estancado, sin un mayor desarrollo doctrinario.

Es por esta razón que he desarrollado algunas ideas que puedan sustentar la aplicación de un mecanismo para mantener el secreto de correspondencia y el derecho a la intimidad, sin afectar el derecho a la defensa de la parte que pretende a través de este medio probatorio válido, justificar un hecho con su presentación y uso ya que ningún derecho es absoluto, caso contrario sería imposible que el ser humano ejerza alguna acción con libertad; sacrificando el principio de publicidad del proceso y conforme el método de ponderación, de esta forma se puede obtener un medio idóneo y proporcional, con el que sin afectar el derecho de las partes de acceder para replicar y contradecir la prueba, se restringe a terceros que no están relacionados de forma directa con el proceso, su acceso y su conocimiento.

Así mismo he estudiado la forma de presentación de los correos electrónicos para que puedan ser considerados como pruebas debidamente actuadas y legales, de conformidad con su desarrollo legislativo, lo que es parte del derecho al debido proceso y se concluye en la necesidad de que la parte que pretenda hacer uso de esta prueba sea su poseedor legítimo por ser su destinatario y que no se trata sobre asuntos de terceros, con el fin de que su presentación no esté enmarcado dentro del tipo penal que establece el Art. 199 del Código Penal vigente.

La investigación monográfica ha planteado la necesidad de evitar que este tipo de prueba pueda ser escaneada y subida en los sistemas informáticos que permiten el acceso de todo el público al proceso o grabar las audiencias de prueba para que sean reproducidas en línea, conforme se propone realizar con innovaciones tecnológicas como parte de las políticas de modernización de justicia, en desarrollo del principio de publicidad, con el que se pretende que el ciudadano siga de cerca el trabajo jurisdiccional y realice de forma más fácil una fiscalización directa a la actividad del juez; empero con ello se pueda afectar el derecho de intimidad, desconociendo el derecho de autodeterminación informativa de las partes y de protección de datos personales. Cabe anotar que actualmente la grabación de las actuaciones judiciales está prohibida en el Art. 13 del Código Orgánico de la Función judicial, que establece el principio de publicidad como uno de los rectores de la actividad judicial.

Finalmente, con el análisis del caso planteado y la jurisprudencia, se ha podido notar que no existe aún una conciencia sobre la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de las partes procesales, ni del alcance de la publicidad de los procesos y los efectos de éstos sobre los derechos de las partes; sin embargo, se están presentando pruebas que de hecho afectan el mencionado derecho. Por tanto por la falta de norma legal, no se han tomado las previsiones necesarias para que una prueba como los correos electrónicos presentados sean mantenidos en reserva y se encuentren al alcance de terceros.

Por lo manifestado anteriormente, el juez puede determinar que cuando una prueba, como en el caso de un correo electrónico viole el derecho a la intimidad personal o familiar de las partes, se mantenga en reserva del público tanto en el medio desmaterializado y en el impreso, permitiendo el acceso sin restricción a las partes para que puedan conocer su contenido y contradecir esta prueba, para garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa, afectando sólo en lo necesario el principio de publicidad, como una excepción que debe estar debidamente motivada en la protección de derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Balaguer, F. Coord. Cámara. G. López. J. F. Balaguer. M. L. (2008) *Manual de Derecho Constitucional Vol. III (3ra. ed.)* Colombia: Tecnos.

Bernal, C. (2005) *El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la Aplicación de los Derechos Fundamentales*. Primera Edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cáceres F, Pedro Cayetano y Sánchez, Javier Felipe. (1987) *Informática en el Ámbito del Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

Carbonel, M. Editor y et al. (2008) *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Del Peso, E y Ramos, M. 1998. *LORTAD. Análisis de la Ley*. (2da. ed) Madrid: Ediciones Díaz de Santos S.A.

Fernández, C. Sin Año. *El Derecho a la identidad personal*. Argentina: Editorial Astrea.

Fernández Delpech. H. Sin año. *Internet y su Problemática jurídica*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Fontan, C. Sin año. *Tratados de Derecho Penal V Parte Especial*. (2da. ed.) Buenos Aires; Editorial Abelardo Perrot.

Frosini, V. (1998) *Informática y Derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

García, V. (2013) *Los Derechos Fundamentales*. Arequipa: Editorial Adrus.

Molina, C. *El Secreto en el Derecho Penal Colombiano*. 1º ed. Colombia: LEYER.

Nino, C.S. (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*. (2da reimpresión). Buenos Aires: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Núñez, J. (1996). *Derecho Informático. Nueva Disciplina Jurídica para una Sociedad Moderna*. Perú: Marsol, Perú Editores S. A.

Pérez, J. (2002). *Curso de Derecho Constitucional*. (8va. ed.) España: Ediciones Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A.

Pierini, A. Lorences, V. Tornabene, M. (1999). *Habeas Data, Derecho a la Intimidad*. Reimpresión. Buenos Aires: Ed. Universidad.

Rebollo, L. (2005). *El Derecho Fundamental a la Intimidad* (2da. ed). España: Dykinson S.L.

Roing, A. Gala ,C. Martínez, D. Muñoz, J (2007) *El Uso laboral y Sindical del Correo Electrónico e Internet en la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sola, J. V. (2009). *Derechos Individuales, Acciones Privadas, Derecho al Medio Ambiente, Derechos Sociales, Seguridad Social, Debido Proceso, Garantías Procesales, Emergencias en la Constitución*. Tomo II, Buenos Aires: La Ley.

Suñe, LL. E. (2000) *Tratado de Derecho Informático. Volumen I. Introducción y Protección de Datos Personales*. España. Universidad Complutense, Instituto Español de Informática y Derecho.

Zabala, J. Sin año. *Derecho Constitucional*. Guayaquil: Edino 99.

Zagrebelsky, G. (2005) *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia. (6ta. Ed)*
Madrid. Editorial Trotta.

II Jurisprudencia.

Sentencia 2012-0253 de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la
Corte Nacional de Justicia.

ANEXOS



JUEZA PONENTE
DRA. ROCIO SALGADO CARPIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, 09 de octubre de 2012.- Las 11h00.-

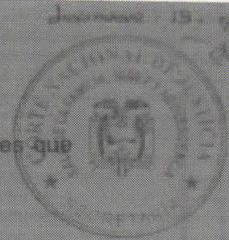
VISTOS: 1. COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza y Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación.

2. ANTECEDENTES: Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone la Ab. ~~XXXXXXXXXX~~ en su calidad de apoderada especial de ~~XXXXXXXXXX~~ contra el auto resolutorio pronunciado por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011, a las 14h37, mismo que confirma el fallo de primera instancia dictado por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, el 7 de noviembre de 2011, las 08H10, que niega la petición de restitución internacional del niño ~~XXXXXXXXXX~~ propuesto por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por petición de ~~XXXXXXXXXX~~ en calidad de padre del mencionado niño. Para resolver se considera:

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- El recurrente fundamenta el recurso en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación y alega como normas de derecho infringidas las contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3; 76, numeral 7, literal k); 425 de la Constitución de la República del Ecuador; 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Cíviles de Sustracción Internacional de Menores; 8, 9 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 16 del Código de la Niñez y Adolescencia; 9, 11 y 1978 del Código Civil; 5 del Código Orgánico de la Función Judicial; 113, 114, 115, 116, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil.

4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: 4.1. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer, proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas, actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria que, en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en bien de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación, técnicamente es un recurso riguroso, restrictivo y formalista por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la Ley.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- Ateniéndonos a la jerarquía de las normas que el casacionista



considera infringidas corresponde iniciar el estudio por aquellas acusaciones que refieren la violación de normas constitucionales.

5.1. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 11, NUMERALES 2 Y 3; 76 NUMERAL 7, LITERAL K); Y 425 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

El recurrente sostiene que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de las normas legales contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3; 76 numeral 7 literal k); y, 425 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a:

Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...). 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (...); Art. 76. Ibídem "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: k. Ser juzgado por una juez o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto."; Art. 425 ibídem. "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.- En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.- La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados". Sostiene que: "Los señores Jueces de segunda instancia, manifiestan que es deber primordial del Estado: 'garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales' a todos sus habitantes; sin embargo, la Constitución del Ecuador, dispone en su Art. 11 numeral 2 que 'Todas las personas somos iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades'. Habla de todas las personas, independientemente de que sean ecuatorianos o extranjeros; y por tanto: al fallar como lo han hecho no están aplicando este principio fundamental; ya que están tratando al Sr. [REDACTED]

[REDACTED], como un 'extranjero' al cual no le asisten los mismos derechos, por tal situación; y le están privando de su legítimo derecho a requerir la restitución del menor, porque supuestamente la custodia de su hijo, es 'compartida' y que esto significa que la madre, a su solo arbitrio, por tal situación, puede elegir el lugar de residencia del menor". Al respecto, este Tribunal observa que: a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en su calidad de organismo designado como Autoridad Central del Ecuador para cumplir con las obligaciones impuestas por la "Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativa a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", atendiendo la petición de restitución internacional del niño [REDACTED] de nacionalidad suiza y ecuatoriana, nacido en Suiza el 1 de diciembre de 2005, presentada por su padre el señor [REDACTED], solicitó, ante el juez competente, conocer y resolver dicha pretensión; b) La demanda ha sido conocida y resuelta en primera instancia, por la Jueza Temporal Primera de la Niñez y Adolescencia del Azuay, quien mediante auto de 7 de noviembre de 2011, negó la restitución internacional del referido niño; y, c) Apelada que fue la mencionada resolución por la Abogada [REDACTED] [REDACTED], apoderada especial del accionante, el proceso pasó a conocimiento de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que con providencia de 22 de diciembre de 2011, confirmó el auto resolutorio subido en grado. De lo dicho se infiere que el legítimo derecho que le asiste al señor [REDACTED] de solicitar la restitución internacional de su hijo [REDACTED], no solo fue ejercido, sino que también fue atendido por el órgano administrador de justicia ecuatoriano, que de ningún modo estaba obligado a favorecer sus pretensiones, sino que, muy por el contrario, fue de sus deber administrar justicia con rectitud, aplicando a cada caso la normatividad pertinente en procura de precautelar los derechos que se ven afectados. Así, siendo que en la especie, el requerimiento del actor tiene de por medio a su hijo menor de edad, el papel del juez se remite única y esencialmente a garantizar el interés superior de ese niño, previsto por la Constitución de la República en el Art. 44, y desarrollado por el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 11, partiendo de la premisa que dicho interés es uno de los principios fundamentales en cuanto se refiere a los derechos de este grupo de la población, el mismo que fue consagrado



“interés” en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Tratado Internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, excluyéndose de ella únicamente Estados Unidos de América y Somalia, lo que pone de manifiesto su fuerza obligatoria. El interés superior del niño si bien no ha sido definido por los convenios internacionales que lo consagran, se lo conceptualiza como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.” (Artículo publicado por BAEZA CONCHA, Giona, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, p. 356); y, se caracteriza por ser: “1) Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; 3) Un concepto relacional pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; 4) La garantía de un interés jurídico supremo consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”. (“La Vida de los Derechos de la Niñez”, Compilación Normativa, T.I. Ministerio de Justicia y del Derecho. Comentarios y Compilación de Jorge Enrique Ibañez Nájjar, p. 45). Tanto del concepto como de sus características se desprende que el principio de interés superior del niño conlleva la obligación que tienen los Estados de proteger y privilegiar, ante todo y sobre todo, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sobre el tema, la doctrina ha discutido ampliamente, puesto que existen diversos puntos de vista respecto a si este deber es absoluto, es decir si prevalece sobre los demás derechos, sin embargo, se vislumbra como la tesis más aceptada la considerada entre otras por, “...Galica y Chaimovic” que han señalado “...que ‘el llamado interés superior del niño’ debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”. (GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia “La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”). En tal virtud, si para precautelar el interés superior del niño ~~_____~~, el

Tribunal de instancia consideró indispensable desechar la pretensión de restitución internacional presentada por su padre, no incurrió en la falta de aplicación de las normas constitucionales que el recurrente acusa como infringidas, puesto que al hacerlo el juzgador está fallando no en contra del padre o de la madre, sino a favor del niño.

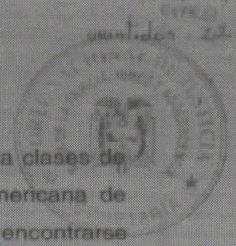
5.2. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 Y 19 DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: El casacionista denuncia, con fundamento en la causal primera, falta de aplicación de los Arts. 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Para fundamentar sus afirmaciones el recurrente afirma que: *"El Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores, en el que se fundamenta la presente acción tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante (art. 1°). En este contexto, forma parte del denominado Derecho Internacional de Protección, cuyo campo de acción es proveer la tutela del menor, estableciendo procedimientos adecuados y ágiles a los fines de cumplir con su cometido. La Convención contempla una serie de requisitos para su aplicación. Entre ellos, interesa la necesidad de que se haya producido un traslado o retención ilícitos (artículo 3). Así se establece que se considerará que el traslado o retención revisten la calidad de tal cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separadamente o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y/o cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Del análisis de las circunstancias y documentos que constan de autos, se prueba que el menor, tenía la residencia habitual en Suiza (nació ahí y vivió durante toda su vida en dicho país), y, que la custodia y la patria potestad del menor la ejercían de manera conjunta ambos progenitores; ha sido incluso reconocido en la confesión judicial por la madre del menor tal circunstancia, por lo tanto, resulta sorprendente, de que a pesar de que el Convenio es expreso al manifestar que se considerará la retención ilícita, cuando el derecho de custodia, lo ejercían de manera efectiva ambos progenitores; como en el presente caso; los señores Jueces de segunda instancia, aleguen que al ser la custodia compartida; uno de ellos puede a su arbitrio fijar su domicilio en otro lugar, ya*



que nadie le pueda obligar a permanecer junto a su cónyuge, con el fin de ejercer la patria potestad de manera conjunta. (...) efectivamente, la madre podía fijar su residencia habitual o domicilio, en el lugar que ella desee, por el derecho de libertad que le asiste, pero eso no significa, que sin orden judicial, pueda fijar el domicilio de su hijo, a su solo arbitrio, en el lugar que a ella le parezca." Al respecto, este Tribunal observa que: a) El Art. 3 de la Convención sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores prevé que "...la retención de un menor se considerará ilícita: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejerza en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habria ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención..."; b) La patria potestad del niño [redacted] es ejercida en forma conjunta por sus padres; c) La familia conformada por el referido niño y sus padres [redacted] y [redacted] partieron desde Suiza e ingresaron al Ecuador, habiendo permanecido los tres en el país hasta cuando el padre debió retomar al país de origen, según sostiene él por asuntos laborales y según afirma su cónyuge para vender sus bienes y retomar al Ecuador con lo necesario, a efectos de radicarse en el país, aprovechando los planes de apoyo al migrante que implementó el Gobierno Nacional, de tal manera que queda descartada la posibilidad del traslado arbitrario; d) De conformidad con el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley". De ahí que el accionante debía probar la retención arbitraria del menor [redacted]. Al efecto, ha presentado los documentos con los que demuestra que su traslado a Ecuador obedecía a un viaje de vacaciones, pues compraron los pasajes de ida y vuelta, así como también ha probado trabajar en Suiza bajo relación de dependencia. En tanto que la madre del niño a través del Registro Único de Contribuyentes que obtuvo mientras estaba acompañada de su cónyuge en el país ha establecido su intención de realizar actividades económicas en el Ecuador, de lo cual tenía conocimiento el actor, quien además abandona el país dejando a su familia, a sabiendas de que su cónyuge se negaba a retornar a Suiza con su hijo, procediendo en un inicio a



enviarles remesas de dinero, conforme consta de los documentos que obran a fs. 154 y 155 del cuaderno de primera instancia; e) No estando clara la existencia de elementos que inequívocamente informen la retención ilícita, y vistas las pretensiones de las partes, correspondía al juzgador considerar en conjunto la normatividad que en el concierto internacional rige para los casos como el sub iudice y así llegar a establecer si en el supuesto de existir razones suficientes para ordenar la restitución internacional del niño, podría resultar improcedente por concurrir un caso de excepción, de los previstos por la Convención sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, en el Art. 12, que dice: *"Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un (1) año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.- La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un (1) año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.- Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor"*, los que obvia y naturalmente deben ser admitidos y decididos en consideración al interés propio del menor si se llega a establecer la configuración de uno de ellos. En la especie, el tribunal ad quem analiza la situación actual del niño ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ llegando a la conclusión de que, de la investigación realizada por la trabajadora social de la Oficina Técnica se desprende que entre él y su madre *"... existe una relación permanente, segura y afectiva", que "... su madre demuestra responsabilidad y cumplimiento en sus obligaciones para con su hijo, cuida personalmente y con apoyo de sus familiares para el mejor bienestar y desarrollo integral de su hijo; la vivienda es facilitada por su familia, habitan seis personas, presta garantías de habitabilidad; la situación económica se basa en el trabajo personal de la madre del niño; con su progenitor el niño se dice está en contacto permanente via internet..."*. Asimismo, con los documentos que obran de autos a fs. 152 del cuaderno de primer nivel, la demandada ha probado que su hijo se encuentra estudiando en el Centro

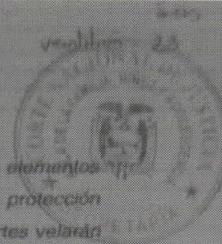


Educativo [redacted] de la ciudad de Cuenca y que, además, toma clases de idioma alemán en el Instituto de Idiomas de la Universidad Panamericana de Cuenca (fs. 153 ibídem). Por otra parte, también ha demostrado encontrarse desarrollando una actividad económica independiente, pues se ha dedicado a la comercialización de artículos ortopédicos (fs. 166, 167 y 168 ibídem). Antecedentes que le han llevado a concluir que el niño [redacted] de la edad de seis años, de doble nacionalidad "...ha quedado integrado en su nuevo ambiente familiar, social, cultural y educativo en esta ciudad de Cuenca...", por lo que en aplicación del Art. 12 de la referida Convención, niega la restitución internacional del niño [redacted] de lo que se desprende que el cargo acusado carece de sustento. Adicionalmente, cabe precisar si la resolución del Tribunal de Instancia afecta el derecho de custodia, contrariando lo establecido en el Art. 19 ibídem. Al respecto, es necesario aclarar que ventilándose un caso de restitución internacional de menores, le está vedado al juez pronunciarse sobre el derecho de custodia de aquel, entendido éste como "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor", conforme analiza Doña Elisa Pérez Vera, en su Informe Explicativo del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Revisada la resolución impugnada, que es confirmatoria de la dictada en primera instancia, la que a la vez niega la restitución internacional del niño [redacted], dispone "...continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes...", se desprende que no existe resolución alguna con la que se otorgue el derecho de custodia a uno de los progenitores, sin que de ningún modo pueda entenderse que la disposición emitida en aras de que padre e hijo permanezcan en continuo contacto y comunicación, pueda siquiera considerarse como la regulación del derecho de visita, cuyo trámite se encuentra regulado por el Art. 21 de la varias veces mencionada Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sino como un mecanismo para asegurar que, a pesar de haberse negado la restitución, padre e hijo mantengan un contacto permanente, haciendo uso de los medios tecnológicos, que actualmente permiten

no solo el intercambio escrito de ideas, sino incluso la visualización de los sujetos, que pueden incluso interactuar a través de la red, a efectos de que la relación parento-filial que les une se fortalezca y sea el medio idóneo para el desarrollo pleno de la personalidad del niño, permitiendo que crezca rodeado del afecto y preocupación permanente de sus padres, todo ello en aplicación de la disposición contenida en el Art. 44 de la Constitución de la República que dice: *"El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."* Precautelando al mismo tiempo el derecho que tiene el padre de relacionarse con su hijo y obligando concomitantemente a la madre a proporcionar los medios y el espacio adecuado para que padre e hijo se mantengan en permanente comunicación, conforme lo exige el Art. 9 número 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dice: *"Art. 9, 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y de contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."*, de tal suerte que la sentencia impugnada no incurre en la falta de aplicación de las normas de derecho, que el recurrente nomina infringidas.-

5.3. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 8, 9 Y 11 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

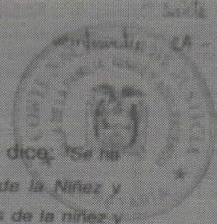
Aunque el recurrente omite fundamentar su alegación de falta de aplicación de los Arts. 8, 9 y 10 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 16 del Código de la Niñez y Adolescencia, este Tribunal considera indispensable detenerse a precisar que: a) Las normas que el recurrente nomina como infringidas de la Convención sobre los Derechos del Niño prevén: *"Art. 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la*



en sus experiencias ilícitas.- 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad, Art. 9. 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.- 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.- 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas; Art. 11. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.- 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”; b) La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en Resolución No. 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el Art. 49 “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.” Y “Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”, en el número 1 del Art. 3 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones pública o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atienda

será el interés superior del niño.”; c) Atendiendo precisamente a dicho interés superior del niño y a la naturaleza de los derechos y garantías de este grupo catalogado entre los que requieren atención prioritaria, por sus condiciones de vulnerabilidad, el tribunal ad quem ha resuelto sobre la procedencia o no de la restitución internacional del niño ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ negando la solicitud, sin que dicha negativa pueda considerarse: 1. Como atentatoria a su derecho de identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, ya que de la revisión de la resolución impugnada se desprende que aquella nada dice que pueda contrariar los elementos que conforman este derecho humano tan amplio e importante, como es la identidad, que permite a todo ser humano estructurar un proyecto de vida en base al conocimiento y certidumbre respecto del grupo humano al que se pertenece, al entorno familiar y social al que se debe, a su pasado y sobre todo a su reconocimiento como individuo único e irrepetible. 2. Como propiciatoria de la separación del niño contra la voluntad de sus padres, ya que verificada la separación del niño respecto de su progenitor, ha sido sometida a su conocimiento y resolución la petición de restitución internacional de aquel, en cuyo trámite no ha quedado claro si existe o no la retención ilícita del niño por parte de su madre, en tanto que si se ha demostrado que el menor se encuentra integrado a su nuevo medio, lo que constituye causa de excepción para que proceda la restitución, aún en el evento de haberse probado la retención ilícita. 3. Ni tampoco como violatoria del derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, ya que si bien es cierto que en la resolución impugnada no se pueden resolver asuntos relativos a custodia y visitas, si se debía disponer, como en efecto se lo hace, el mantenimiento entre padre e hijo de un intercambio asiduo y permanente. En tal virtud, aunque los cargos no se encuentran fundamentados conforme lo exige la Ley de Casación, lo que impide que prosperen, este Tribunal los desecha además por improcedentes.

5.4. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 16 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 9, 11 Y 1478 DEL CÓDIGO CIVIL Y 5 DEL CÓDIGO

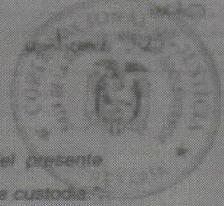


ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Al respecto, el casacionista dice: "Se ha

dejado de aplicar también en el fallo recurrido, lo dispuesto en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en que se establece que, por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de ORDEN PUBLICO, interdependientes, indivisibles, IRRENUNCIABLES e INTRANSIGIBLES (Art. 16); por lo que mal puede alegarse como se lo hace en el fallo recurrido, que por la custodia compartida que ejercían ambos progenitores, la madre unilateralmente podía decidir sobre la residencia habitual y domicilio del menor, en la forma en la que lo ha hecho; ya que en el supuesto no consentido de que el padre le hubiera otorgado la custodia 'verbal', ésta hubiera sido ilegal, ya que tal situación no depende de la voluntad particular de las partes, porque contraviene al derecho público; al respecto, nuestro Código Civil establece en su Art. 1478 que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano; en su Art. 8, que son nulos y de ningún valor los actos prohibidos por la ley; y, en su Art. 11 que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia; en el presente caso; la madre del menor asevera que el padre del mismo, le confirió la custodia "...de manera verbal..."; es decir contraviniendo tales disposiciones; y, en el fallo recurrido, también se deja de aplicar dichas normas; al considerar que la custodia compartida, le otorgaba a la madre la facultad unilateral de decidir la residencia del menor". Por su parte, la sentencia impugnada dice: "Siendo la madre la acusada de presunción de ilicitud, en la retención de su hijo, la carga de la prueba era responsabilidad de los actores, quienes nada han aportado para demostrar tal culpabilidad. Se han limitado a sustentar una 'presunción de culpabilidad' por el hecho de que la madre se ha negado a un retorno voluntario a Suiza con su hijo, cuando tal posición obedece al ejercicio de la custodia compartida que le asigna la ley suiza, así como su derecho a la libertad por el cual nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge para un ejercicio conjunto de la patria potestad...". De lo transcrito, no puede deducirse que el juez de segunda y definitiva instancia sostenga que en ejercicio de la custodia compartida, que ejercían los progenitores, uno de ellos (la madre) podía decidir por sí solo el sitio de residencia habitual y domicilio del menor, lo que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay manifiesta es que, en aplicación del derecho a la libertad no se le puede exigir a la madre continuar viviendo con el padre del menor para así poder ejercer en forma conjunta la patria potestad sobre el niño. De esta manera se precautea el derecho de custodia que ejerce cada uno de los progenitores del niño, el que no se pierde a pesar de su estado de separación, lo que se encuentra en armonía con el tantas veces aludido principio del Interés

superior del niño y con lo dispuesto por el Art. 19 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de modo que en el fallo impugnado no se han dejado de aplicar las normas legales invocadas.

5.5. RESOLUCION EN LA SENTENCIA O AUTO DE LO QUE NO FUERA MATERIA DEL LITIGIO. El recurrente basa este cargo en el numeral 4 del Artículo 5 de la Ley de Casación, que prevé los casos de "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis", que dan lugar a casar la sentencia, por el vicio de disonancia o incongruencia en el que ha incurrido el Juez de segundo nivel al resolver el asunto controvertido. La concurrencia de la causal cuarta se advierte al comparar la parte resolutive del fallo con la o las pretensiones de la demanda y/o reconvección y con las excepciones deducidas, dicha causal se configura de tres maneras: 1) Cuando el juez otorga más de lo pedido (plus o ultrapetita); 2) Cuando el juez otorga algo distinto a lo pedido (extrapetita); y, 3) Cuando el juez deja de resolver sobre algo de lo pedido (citra petita), por tanto consiste en "Los excesos o defectos de poder del juez en el ejercicio de la jurisdicción" (R.O. No. 33 de 25 de septiembre de 1996, Pág. 6). En la especie, el recurrente denuncia el vicio de ultra petita y fundamenta su alegación manifestando que: "En la sentencia de primera instancia, ratificada íntegramente por los Jueces de segunda instancia, se resuelve, que el padre del menor debe seguir en contacto con el mismo, por el medio tecnológico SKYPE; cuando no se ha requerido en la demanda planteada, ni cabe en mérito del Convenio tantas veces aludido; ya que esto sería determinar la custodia a favor de la madre y un 'régimen' de visitas, vía internet, con el padre; ninguna de estas dos circunstancias fueron materia de la litis, ni podían ser resueltas por los Jueces, porque no se había seguido el trámite correspondiente; lo único que se debía resolver era la Restitución del Menor, para que sus jueces naturales, decidan sobre dichos aspectos." Con acierto, el recurrente menciona que en procesos como el que nos ocupa, en los que se reclama la restitución internacional de un menor, no cabe que el juzgador se pronuncie respecto de asuntos atinentes a la custodia o régimen de visitas, así se infiere de las disposiciones contenidas en los Arts. 19 y 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tantas veces referido y que, en



su parte pertinente prescriben: "Art. 19. Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia".

"Art. 21. Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor." Sin embargo, de la lectura del fallo impugnado se advierte, como se explicó ya en líneas anteriores, que éste al confirmar la resolución dictada por el juez de primera instancia, negó la restitución internacional del niño [REDACTED] dispuso que padre e hijo sigan manteniendo contacto por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido por las partes, con lo que ni otorgó el derecho de custodia a ninguno de los litigantes ni estableció un régimen de visitas; sino que actuó en estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, en los Arts. 44 y 45, que dicen: "Art. 44. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.- Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."

"Art. 45. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar..."; en concordancia con lo establecido en los Arts. 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconocen los derechos del niño a preservar sus relaciones familiares y promueven el respeto del derecho que todo niño tiene de mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres de modo

regular cuando se encontrare separado de ellos. En tal virtud, la disposición de que se continúe el contacto entre el padre y el niño [REDACTED], por un lado, ha de entenderse estrictamente como el medio idóneo para garantizar el ejercicio pleno del derecho del niño a mantener la relación con su progenitor, lo que se aspira contribuirá de manera determinante a que alcance el desarrollo integral de su personalidad, que es posible sólo cuando se encuentran satisfechas sus necesidades de afecto, protección, cuidado, seguridad y apoyo emocional, lo que se puede alcanzar con la participación activa de los padres, quienes a pesar de encontrarse distantes o separados del niño, deben a través de la comunicación o contacto permanente coadyuvar en su formación; y, por otro lado, como la obligación que pesa sobre la madre de proporcionar los medios y propiciar los espacios necesarios para que dichos contacto y comunicación entre padre e hijo se desarrollen, puesto que con la resolución del juez, pasó de ser un simple deber moral a una orden judicial tendiente a garantizar tanto los derechos del hijo como los del padre a enriquecer su relación filial, se desecha el cargo.

5.6. APLICACIÓN INDEBIDA DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA; QUE HAN CONDUCTO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO EN EL AUTO RESOLUTORIO MOTIVO DEL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN. El casacionista, acusa, con fundamento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, la violación de las disposiciones legales contenidas en los Arts. 113, 114, 115, 116, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil. Sustenta sus alegaciones manifestando que *“La prueba aportada por los accionantes ha sido contundente; no así la prueba de la parte demandada; que en nada ha probado sus excepciones; ya que la demanda sostuvo de que el proceso estuvo mal planteado porque debió de haberse iniciado primero un juicio en donde se establezca su responsabilidad en la retención ilícita del menor, obviamente desconociendo la vigencia y validez del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Por otro lado, si la prueba hubiera sido valorada en conjunto y en mérito a las normas legales antes indicadas, los señores Jueces hubieran ordenado la restitución internacional del menor, de manera inmediata, ya que sólo se debía justificar que la*



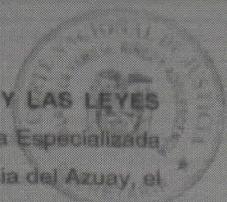
custodia era conjunta, que el lugar de residencia habitual era Suiza y que no existe grave peligro físico o psicológico en caso de que el menor retorne a Suiza, todo esto se ha probado en el proceso, sin embargo a criterio, de los jueces, NO." (sic). Al respecto, este Tribunal de Casación observa que la causal tercera, contempla el caso de violación indirecta de la norma que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente las normas relativas a la valoración de la prueba, "cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; para lo cual en su fundamentación debe demostrar el error de **derecho** en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación de error de **hecho** en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado **sistema de casación puro...**" (Andrade Ubidia Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Quito, 2005, p. 150.) (Lo resaltado nos corresponde). En este caso, si bien se señalan las normas aplicables a la valoración de la prueba que a criterio del recurrente han sido indebidamente aplicadas, no señala las normas de derecho que a consecuencia de tal quebranto han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas, conforme exige la Ley para la configuración de la causal tercera. La jurisprudencia al respecto se ha pronunciado en el sentido de que: "Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicando indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser el caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del vicio en las normas o principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente." (idem, pag. 202). Tal omisión, no permite que prospere el cargo con fundamento en dicha causal. Además de que la pretensión del recurrente tiende a una nueva valoración de la prueba, actividad para la que el Tribunal de Casación no tiene atribuciones, puesto que ésta es facultad privativa de los jueces de instancia, mientras que su competencia se limita a controlar que aquellos, al realizar dicha valoración, no hayan transgredido las normas de derecho que la regulan.

Adicionalmente, el casacionista nomina como infringidas, con sustento en la causal tercera, las normas contenidas en los Arts. 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil. El Art. 114, dispone que *"Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la Ley.- Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por el adversario."*, de su texto se desprende que no se trata de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por tanto no cabe denunciar su quebranto con fundamento en la causal tercera del tantas veces citado Art. 3 de la Ley de Casación. En tanto que, respecto del Art. 115, que dice: *"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos,"* la jurisprudencia, se ha pronunciado en el sentido de que *"La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición (Art. 119, actual 115 del Código de Procedimiento Civil) porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales a apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado."* GJS XVI No. 4 Pág. 895" (Ob. Cit. pp. 287 y 288); admitiendo la denuncia de su infracción única y exclusivamente cuando el recurrente considera que el Juez de instancia ha incurrido en la valoración absurda de la prueba, explicando en qué consiste aquella, en cuyo caso el Tribunal de Casación habrá de examinar el proceso para determinar si, efectivamente, al momento de apreciar las pruebas se han violado o no las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia y la razón, llevándole a adoptar decisiones absurdas o arbitrarias, lo que no sucede en el presente caso, en el que el recurrente no explica de manera clara y explícita que en el fallo impugnado existe valoración absurda de la prueba, por lo que se desecha el cargo.

6. DECISIÓN EN SENTENCIA: En consecuencia, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO**

Juicio No. 253-2012

DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, no cassa el auto definitivo proferido por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011. Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase.-



[Signature]
Dra. Rocío Salgado Carpio
JUEZA NACIONAL

[Signature]
Dr. Alfonso Asdrúbal Grenizo Gavidia
JUEZ NACIONAL

[Signature]
Dr. Eduardo Bermúdez Coronel
JUEZ NACIONAL

Certifico:

[Signature]
Dra. Patricia Velasco Mesías
SECRETARIA RELATORA (E)

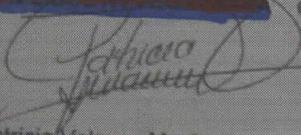
En la ciudad de Quito, el día de hoy martes nueve de octubre del año dos mil doce, a partir de las quince horas, notifiqué con la nota en relación y sentencia que anteceden a: [Redacted], apoderada especial de [Redacted], por boleta dejada en el casillero judicial No. [Redacted] y correo electrónico [Redacted] y [Redacted]; CONSEJO NACIONAL DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA, por boleta dejada en el casillero judicial No. 3603 y correo electrónico sara_oviedo@yahoo.com. No notifiqué, a [Redacted] por cuanto de autos no consta que se ha señalado domicilio judicial para el efecto. Certifico.

[Signature]
Dra. Patricia Velasco Mesías

ta
de
os
ntas
se
le la
usal
que,
uerdo
antiva
en el
vir de
Código
faculta
a sara
podido
criteno
cia de
el Juez
en que
inar el
bas :
de la
rdas o
nte no
bración
la Sala
onal de
ERANO
18

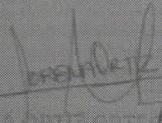
CERTIFICO:

Que las diez (10) fotocopias que anteceden, son tomadas de su original, constante en el juicio especial No.0253-2012SDP que por restitución internacional de menor sigue ~~CONSEJO NACIONAL NIÑEZ Y ADOLESCENCIA~~ contra ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ Quito, 22 de Octubre del 2012 -


Dra. Patricia Velasco Mesías
SECRETARIA RELATORA (E)
SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



CERTIFICO Que a copia que antecede
en 10 fojas utras es igual a su
original
Cuenca 3 / NOVIEMBRE / 2012


LORENA ORTIZ ORTIZ
SECRETARIA RELATORA (E)
SALA LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

