



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD Y SU REGULACIÓN
PENAL: ¿UNA DELIMITACIÓN NECESARIA DEL TIPO?”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Autora: Michelle Sofía Sarmiento Álvarez

Director: Abg. Juan Carlos Salazar Icaza

Cuenca – Ecuador

2018

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres y mi ángel que está en el cielo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por ser mi fortaleza en todo momento.

A mis padres Miguel y Fernanda, por la paciencia y amor que me tienen, y todos los valores inculcados que me permiten ser una mejor persona y profesional.

Especialmente a mi padre, quien me ha guiado e inculcado el amor a esta noble profesión.

A mis hermanos por apoyarme y creer en mí, y en general a toda mi familia y personas que me han acompañado durante estos años.

De igual forma agradezco a mis profesores, y a la Institución, por la formación y por compartir experiencias, que me permiten llegar a la conclusión que la abogacía debe estar encaminada al servicio de los demás.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1	3
Raigambre constitucional del derecho a la intimidad.....	3
1.1.-Consideraciones generales.....	3
1.2.-Derechos de la personalidad.....	8
1.3.-El derecho a la intimidad en el ámbito constitucional.....	10
1.4.-Definiciones de intimidad.....	16
1.5.-Diferencia entre intimidad y privacidad.....	20
1.6.- El derecho a la intimidad de los personajes públicos.....	22
1.7.- Derecho a la intimidad frente al derecho a la información.....	26
1.8.-El derecho a la intimidad en el ámbito internacional.....	33
1.8.1.-Declaración Universal De Derechos Humanos:.....	33
1.8.2.-Pacto San José de Costa Rica.....	33
1.8.3.-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966:.....	33
1.8.4.-Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales;.....	34
1.9.-Protección de datos de carácter personal.....	34
1.9.1.-Datos Personales.....	34
CAPITULO 2	38
La intimidad como bien jurídico protegido en el derecho punitivo.....	38
2.1 Concepto de delito.....	38
2.2.- El injusto como materia de protección en el ámbito jurídico penal.....	43
2.3.- Estructura del tipo penal.....	47
2.3.1.- Elementos objetivos y subjetivos del tipo.....	50
2.3.1.1.- Tipicidad Objetiva.....	51
2.3.1.2.- Tipicidad Subjetiva.....	53
2.3.2.- La intimidad como bien jurídico protegido.....	56
2.4.- Exclusión de la antijuridicidad y tipicidad en el tipo penal.....	59

CAPITULO 3	64
3.1.-La dignidad humana como base del derecho a la intimidad	64
3.2.- El rol del juez en la determinación de la violación a la intimidad	66
3.3.- ¿Violación a la intimidad, un tipo penal abierto?.....	71
3.4.-Relación del derecho a la intimidad con otros derechos	77
3.4.1.- Derecho a la inviolabilidad de domicilio	78
3.4.2.-Derecho a la inviolabilidad y al secreto de correspondencia	81
3.4.3.-Derecho al honor	85
3.5.-Casos prácticos relacionados con el derecho a la intimidad	88
3.5.1.-Caso 1: Información contenida en un certificado médico.....	88
3.5.2.-Caso 2: Violación a la intimidad relacionada con una deshonestidad académica.	96
3.6.-Derecho comparado de la protección penal del derecho a la intimidad.....	102
3.6.1.-Colombia	102
3.6.2.-España	103
3.6.3.-Argentina.....	106
3.6.4.-Chile	108
4.-CONCLUSIONES.	110
Bibliografía.....	114

RESUMEN

Al hombre como centro del sistema jurídico, se le reconocen varios derechos, entre ellos la intimidad personal y familiar, ello implica la protección de todo aquello que tiene relación con el desarrollo de la personalidad, pues solamente a través del reconocimiento de un espacio íntimo, las personas podrán desarrollar una identidad propia, que permitirá que terceros no autorizados lleguen a tener conocimiento de datos personales o sensibles que pueden generar un cambio en su homeostasis, así como un desequilibrio en el normal desenvolvimiento de sus actividades.

El objetivo principal de este trabajo, es delimitar cuando un hecho o una conducta puede constituirse violatoria del derecho a la intimidad, para ello analizaremos este derecho desde el ámbito constitucional y penal, básicamente el tipo contenido en el artículo 178 del COIP.

ABSTRACT

Man as the center of the legal system is recognized several rights, including personal and family privacy. This implies the protection of everything related to the development of his personality. Only through the recognition of an intimate space, people will be able to develop their own identity that will allow unauthorized third parties to become aware of personal or sensitive data. That can generate a change in their homeostasis, as well as an imbalance in the normal development of their activities. The main objective of this work was to delimit when a fact or conduct could be constituted as a violation of the right to privacy. This right was analyzed from the constitutional and criminal field, basically the penal type contained in the Article 178 of the Organic Code of Criminal Justice.



A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of loops and curves, representing the name Paúl Arpi.

Translated by:

Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

La intimidad, es una necesidad dentro de la sociedad, y el fundamento de su regulación es la dignidad humana, de tal manera que, lo privado es aquello que se encuentra restringido al ámbito personal del ser humano, y solo el consentimiento para participar en dicho espacio, permite a terceros involucrarse en la actividad o esfera íntima de este ser.

El derecho a la intimidad, es una de las categorías elevadas a rango constitucional, que ha merecido protección por la facilidad con la que se vulnera el espacio íntimo de las personas, y genera graves conflictos a la personalidad individual o familiar, y hoy en día, se ven afectadas fácilmente por el alcance y disposición que se tiene de las comunicaciones y difusión de la información, por ello, este trabajo busca determinar el alcance de la protección de este derecho, así como también de la valoración adecuada que se debe realizar en el caso en concreto, para ello, debemos identificar claramente la norma y luego valorar la conducta, de tal manera que podamos establecer un nexo de relación entre la vulneración y las disposiciones legales que garantizan y protegen el derecho a la intimidad.

La protección del derecho a la intimidad merece un análisis jurídico exhaustivo, desde diversas disciplinas, especialmente desde el ámbito constitucional pues la norma hace únicamente un mero enunciado, sin que determine el ámbito de protección, al igual que en materia penal pues, se lo hace a través de un tipo abierto, en donde corresponde únicamente al juzgador valorar que una determinada conducta es violatoria de este

derecho, y ello puede dar lugar a indebidas interpretaciones y análisis equivocados, pues, es necesario determinar los parámetros sobre lo que se debe enmarcar la referida protección, para ello, debemos entender el concepto, su alcance y sin lugar a dudas establecer los presupuestos del tipo penal, y si estos abarcan y desarrollan la necesidad de protección a conservar el espacio íntimo de la persona, a fin de abstenerse de atentar contra el mismo, es decir a no realizar actos de injerencia en la vida privada de un tercero, pues la amplitud del término “intimidad”, motiva que se presenten denuncias en el ámbito civil (daño moral) y penal (Art. 178 COIP), muchas de las cuales en realidad y verdad no merecen discusión dentro del ámbito jurídico, pues, considero que se confunde vulneración a la intimidad con otro tipo de derechos, por lo que se hace necesario establecer verdaderos límites a lo que debe constituir el bien jurídico, a fin de que tanto usuarios como operadores de justicia puedan determinar si es que un determinado hecho o conducta, ha entrado en el límite de la protección penal y que otras conductas, no alcanzan dicha protección.

CAPITULO 1

Raigambre constitucional del derecho a la intimidad

1.1.-Consideraciones generales

La norma suprema dentro del Estado Ecuatoriano es la Constitución, concebida aquella como el conjunto de normas que regulan los poderes del Estado y que además reconoce derechos y garantías básicas de las personas, es la ley fundamental sobre la que se construye un modelo de estado. De ahí que, la constitución Ecuatoriana se divide básicamente en dos partes, por un lado la parte dogmática que hace referencia a los derechos y garantías y por otra una parte orgánica que regula el ejercicio de los poderes públicos, es por ello que *“la parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución”* (Ávila Santamaría, 2008).

La Constitución es obra del poder Constituyente, y el fundamento de los derechos y garantías reconocidas dentro de la misma son sus ciudadanos, pues, a medida que la tecnología, inventos científicos y la historia en general avanza, se reconocen nuevos derechos que se desprenden de la condición humana o van a depender de la protección que se quiera dar a cada cosa, de ahí que conforme aparecen nuevas necesidades, son más los derechos que se van incorporando en cada legislación, es así que la constitución Ecuatoriana vigente (2008) es una constitución abundante en derechos.

Desde el año 2008 con la promulgación de una nueva Constitución, el Ecuador cambia de paradigma de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, tal como lo señala el Art. 1 de la Constitución que sostiene que:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”

Siguiendo por lo tanto una corriente Neo - constitucionalista, la cual es producto de una legitimidad democrática y en efecto pone énfasis en reconocer y garantizar derechos fundamentales, considerándolos a todos ellos de igual jerarquía. Raymundo Gil Rendón considera esta corriente como *“una nueva visión del Estado de Derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer la distinción entre las reglas como normas legalistas y principios constitucionales”*(Gil Rendón, 2010), dejando de lado la división entre derechos de primera (derechos civiles), segunda (políticos), tercera y hasta cuarta generación (que incorporan descubrimientos científicos), tal como lo hacía el Estado de Derecho previo a la promulgación de la Constitución del 2008, pues en la actualidad la constitución cuenta con organismos e instituciones que garantizan el efectivo goce de los derechos, permitiendo de esta manera, no solamente limitar el poder, si no un goce efectivo de los derechos reconocidos en la carta magna, y, que por tanto permitan viabilizar una mejor convivencia social, para Ramiro Ávila Santamaría *“la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder”* (Ávila Santamaría, 2008)

Al reconocer la supremacía de la Constitución, se prevé que todo el ordenamiento jurídico vigente vaya acorde a la misma, y que de esta manera se evite la contradicción con normas jerárquicamente inferiores, pues lo que se busca es que sean estas las que desarrollen el correcto desenvolvimiento y goce de los derechos, para ello, es preciso en este momento aclarar que pueden ser titulares de estos derechos conforme así lo dispone el artículo 10 de la Constitución *“las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”* (Constituyente, 2008), estas personas podrán ejercer sus derechos de manera individual o colectiva, y en el caso de la naturaleza como sujeto de derechos según lo dispone el artículo 71 de la Constitución *“toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”* (Constituyente, 2008)

Entre esta igualdad jerárquica de derechos, encontramos aquellos que son inherentes a la persona, y que por tener esta condición, se les otorga incluso una mayor protección, tales como el derecho al honor o a la intimidad, estos derechos, aunque son de naturaleza extra patrimonial, son incluso de mayor valor para las personas, pues el hombre no solamente está formado por la parte física, la cual goza de la protección de ciertos derechos como la inviolabilidad de la vida, una vida digna, derecho a vivir en un ambiente sano, y todos aquellos derechos de libertades y derechos de protección regulados en la Constitución, si no también, está dotado de una parte espiritual como su honra, integridad y la intimidad, este último merece un estudio más concreto, pues al estar consagrado como un derecho amplio *“derecho a la intimidad personal y familiar”* (Art. 66 numeral 20 Constitución) precisa establecer cuáles son los parámetros para

limitar que una determinada conducta o actuación ha vulnerado la intimidad de otro, pues el derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos de la personalidad de mayor relevancia en la actualidad, debido a las facilidades y desarrollo de la tecnología y medios con los que se permite una mayor difusión de información, y por ende, se hace proclive afectar derechos personalísimos de un individuo, de tal manera que cierta información o datos, han merecido una protección mayor, que va a constituir una barrera infranqueable que no pueden, ni deben ser divulgados sin la autorización de su titular, debido al carácter de privado o personal de la información.

Es preciso, en este punto señalar que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados, y que además son valores reconocidos en el ordenamiento jurídico a través de la norma jerárquica superior, y que al estar consagrados en dicho cuerpo legal, toda la legislación interna debe guardar relación con la carta suprema, por ello toda norma que la contradiga carecerá de eficacia legal, o merecerán el control constitucional, evitando de esta forma que se vulneren derechos constitucionales. Juan José Bonilla Sánchez considera al derecho fundamental como *“el conjunto de derechos subjetivos, libertades públicas y de garantías que cuentan con un especial grado de protección, que están reconocidos en la constitución y que tienen como finalidad prioritaria abonar la dignidad, la libertad, la igualdad, la participación política social, el pluralismo o cualquier otro aspecto que afecte el desarrollo integral de una persona en comunidad”* (Bonilla Sánchez, 2010)

Federico de Castro y Bravo, concibe a los derechos como *“un poder otorgado a las personas, que les permite proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”* (Castro y Bravo, 1941), ahora bien, frente a cada derecho se encuentran

deberes, pues los derechos no son absolutos, por tanto los mismos deben estar correlacionados con la convivencia social, pues como señala Kant “*el derecho sin deberes es sólo arbitrariedad subjetiva*”, estos deberes obligan al hombre a hacer unas cosas o también implican abstención en otros casos, pues no se puede alegar un derecho con el objetivo de vulnerar el de otra persona, de ahí que el derecho a la intimidad es consagrado como un derecho para quien lo quiere ejercer y un deber de abstención para otros, pues implica la no intromisión en la vida íntima de la persona.

La Constitución de nuestro país reconoce un sin número de derechos, la cual está en armonía con la normativa internacional, entre ellos el que va a ser materia de este trabajo.

El Art. 66 numeral 20 de la Constitución, reconoce y garantiza a las personas “*el derecho a la intimidad personal y familiar*”, y ello merece hacer un análisis profundo, pues el mero enunciado del referido derecho, no permite una protección adecuada, puesto que no determina de qué forma o que conductas son violatorias de este derecho tan trascendental en la actualidad, serán por tanto, las normas inferiores, las que con mayor amplitud, definan correctamente el ámbito de protección, el bien jurídico protegido, los elementos objetivos y subjetivos que permitan asegurar en forma correcta una eficaz protección.

1.2.-Derechos de la personalidad

La convivencia social se regula a través de la creación de normas y derechos que protegen a los ciudadanos del poder público, y en constantes ocasiones también de la intromisión de particulares que vulneran derechos, sin embargo, existen derechos inherentes a la condición humana, a lo íntimo de la persona que históricamente se ha dejado de lado o no se ha dado la importancia que requiere tal vulneración, y nos encontramos frente al hecho de que el ser humano requiere gozar de la protección de ciertos derechos por el simple hecho de serlo, y esto debido a que el hombre es el centro del sistema jurídico, por tanto, no es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos para que su titular pueda ejercer estos derechos.

Cuando hablamos de derechos subjetivos nos referimos a que la titularidad de los mismos le pertenecen a las personas, es decir, son derechos originarios que nacen y se extinguen con la persona, pues son considerados un atributo de la personalidad, y bienes jurídicos que se les reconoce teniendo en cuenta su naturaleza humana, tales como el honor, la vida, la intimidad, derecho a la integridad física, derecho a la libertad sexual entre otros, la protección a estos derechos permiten un correcto desenvolvimiento en la sociedad, y principalmente garantizan la dignidad de las personas, de ahí que son considerados derechos extra patrimoniales, pues están fuera del comercio y no son susceptibles de una valoración económica.

Estos derechos de la personalidad tienen la cualidad de ser erga omnes, es decir que pueden ejercerlos frente a todos; y aunque como señale en líneas anteriores son innatos al ser humano, el legislador los contempla en cuerpos normativos para que los

ciudadanos dentro de una sociedad puedan conocer los derechos que poseen, pero principalmente para que terceros sepan que están en la obligación de respetarlos, imponiendo sanciones, no solo pecuniarias que podrán ser exigidas en el campo civil, sino inclusive entra en protección el derecho penal, pues muchos de los derechos de la personalidad entran en el ámbito penal como bienes jurídicos protegidos que, cuando se vulneran tienen como resultado una sanción personal, que implica una pena privativa de libertad, creando de esta forma mecanismos de control para evitar que se transgreda la esfera de derechos personales de las personas, ya sea que quien transgreda estos derechos sea una persona natural o el Estado, pues el último, no está exento de reparar a la víctima en caso de que se sienta afectada o se haya vulnerado uno de sus derechos, pues como se dejó sentado en líneas anteriores, los derechos son limitantes del poder público, y limitantes de los derechos de otras personas, pues, estas pueden pasar de ser titulares de los derechos a ofensores de los mismos, y es ahí cuando entra la garantía de protección de aquellos derechos vulnerados.

Para Juan José Bonilla Sánchez la personalidad es *“el conjunto de rasgos biológicos, sociológicos, y psicológicos que caracterizan al sujeto y si falta alguno de ellos no puede imaginarse que exista”* (Bonilla Sánchez, 2010), de ahí que, cada individuo tiene una identidad única pero con fines comunes, y para ello el ordenamiento jurídico incluye derechos que persiguen ciertos objetivos, y que le otorgan a su titular la posibilidad de que pueda disponer de ellos y eviten la intromisión de terceros, así como de exigir la reparación de los mismos cuando estos son vulnerados, para lo cual el Estado juega un rol fundamental al incluir mecanismos de defensa cuando se trastocan dichos derechos, entonces, se encuentra en la obligación de garantizar un efectivo goce de los mismos, pues, a palabras de Juan José Bonilla *“el derecho a la personalidad*

consiste, subjetivamente, en la atribución o pretensión que a todos nos corresponde de valer, de ser tenidos y respetados como personas, como seres libres que tienen fines altísimos que cumplir” (Bonilla Sánchez, 2010), es por ello, que los derechos de la personalidad nacen incluso antes de que el Estado los reconozca y los plasme en el ordenamiento jurídico interno, pues lo que buscan principalmente es la tranquilidad y seguridad, no solo del individuo que ostenta el derecho, sino también de una manera colectiva, teniendo en cuenta que el hombre es el seno de la sociedad y deben correlacionarse entre ellos.

1.3.-El derecho a la intimidad en el ámbito constitucional

Para abordar este tema, partiremos sosteniendo que son deberes primordiales del Estado: *“garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución, en los instrumentos internacionales...”* (Constitución Art. 3), por ello la constitución está llamada a reconocer derechos y de cierta forma a regular los comportamientos humanos, de tal manera que las conductas no vulneren derechos de terceros, pero no los regulan de una manera absoluta, pues el hombre debe desarrollarse de una manera libre, es por ello, que la constitución solo hace un mero enunciado de derechos, relevando que los mismos deben ser desarrollados con mayor amplitud en otras leyes que necesariamente deben coadyuvar a resaltar su contenido y protección.

Como señalamos anteriormente, el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y ello implica el irrestricto cumplimiento de sus normas, y no solo aquellas que protegen la propiedad, intereses del Estado, derechos de la personalidad física, sino

también incluyen los derechos de la personalidad espiritual, pues estos, sin lugar a dudas permiten que los seres humanos dentro de la sociedad alcancen un pleno desarrollo, tanto moral como social, de ahí que, son inalienables, irrenunciables, inembargables, incluso por su trascendencia, el ordenamiento jurídico los garantiza como bienes jurídicos que son objeto de protección penal, es por ello que nuestra constitución ha elevado a categoría de derechos fundamentales aquellos que protegen la integridad moral de las personas como la intimidad.

Con la constitución de 1998, la intimidad se encontraba regulada dentro de los derechos civiles en el artículo 23 numeral 8:

“el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona”,

Sin embargo, con la constitución del 2008 y con el cambio de paradigma constitucional se reconoce el derecho a la intimidad como un derecho autónomo, contenido en el artículo 66 numeral 20

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 20. El derecho a la intimidad personal y familiar.” (Constituyente, 2008)

De ahí que, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, innato a las personas reconocido, individualizado y protegido por la norma suprema, pues las acciones de los hombres, pueden producir un menoscabo en la intimidad de terceros, y ello nos lleva a la protección no solo del bienestar físico, sino también espiritual como consecuencia de una vida tecnológica más desarrollada y moderna, pues si bien es cierto el internet y

otros programas informáticos nos permite comunicaciones más rápidas y eficaces, la difusión de información también se facilita, y ello conlleva a que constantemente se vulneren derechos fundamentales, principalmente la intimidad de las personas, sin embargo al ser un derecho esencial en el desenvolvimiento del hombre, permite que su titular tenga la facultad de resguardar esa esfera reservada, frente a interferencias no deseadas, pues todos los derechos establecidos en la constitución son de directa e inmediata aplicación, sin olvidar que estos, se adaptan adecuadamente a la realidad social y a la protección debida.

El derecho constitucional a la intimidad regulado en el artículo 66 numeral 20, otorga al titular un poder jurídico sobre información relativa a su persona o su familia, pues prohíbe la difusión no consentida, garantizando de esta manera que la esfera privada quede libre de injerencias de terceros, esto como consecuencia de la dignidad humana, pues el derecho a la intimidad es un derecho complejo que vincula a otros derechos como el derecho al honor, derecho a la propia imagen, inviolabilidad de domicilio, derecho a la inviolabilidad de correspondencia, entre otros; derechos estos que serán tratados más adelante en este trabajo.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad excluye a terceros de conocer aspectos de su vida privada o íntima, y se constituye como un derecho de control sobre la información de datos, para que sólo pueda utilizarse conforme a la voluntad de su titular.

La Corte Constitucional Colombiana en sentencia No. SU-056/95 ha señalado que:

“El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos,

comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública.”

En este punto, es preciso señalar que este derecho no solamente resguarda la intimidad del individuo como ser sociable, si no también vela por el entorno familiar, y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 231/1988, de 22.12.1988 dentro del caso Paquirri “... *el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar;(...*”, esto como consecuencia de que la familia es el eje de la sociedad, y por tanto, también merece protección, pues este es el núcleo donde se desarrolla la confianza, y se comparten los mismos secretos y problemas, ya que en el normal desenvolvimiento de sus relaciones se pueden presentar conflictos o acontecimientos entre padres e hijos, entre hermanos, pues estos viven y comparten cosas en común, y sin lugar a dudas van a inferir en la esfera privada de cada persona, de igual manera lo expresa Raúl Chanmé “*La vida en familia representa un sinnúmero de comportamientos que identifican el perfil del diario acontecer. Existen gustos,*

tolerancias, manifestaciones que identifican el carácter de los miembros, preferencias, etc., que conservado y registrado, definen el ser cultural y económico del grupo. Cuando esa vigilancia es producto de intromisiones directas o indirectas, debe existir un control sobre ellas y una forma de prevenir el uso de ese archivo de costumbres.”(Chanamé Orbe, 2003)

Para entrar a entender y desarrollar lo que comprende el derecho a la intimidad, es preciso tener claro el significado de “íntimo”, pues la Real Academia de la Lengua Española lo describe como “*lo más interior o interno*”, “*perteneciente o relativo a la intimidad, o que se hace en la intimidad*”, “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo especialmente de una familia*”, la expresión íntimo por tanto trata de delimitar aquellos aspectos que corresponden exclusivamente a cada ciudadano, y a la vez, implica excluir a terceros sobre el conocimiento de aspectos de la vida privada de una persona, de ahí que el derecho a la intimidad se ejerce como un derecho de control sobre la información de datos, imágenes, religión intimidad psicológica entre otras, para que sólo pueda utilizarse conforme a la voluntad de su titular, por ello la razón de la protección al derecho a la intimidad radica en la libertad del ser humano a mantener bajo nuestro dominio exclusivo datos o información sensible que conforman nuestra intimidad, refutando de esta manera la intervención arbitraria de terceros no autorizados, que en cualquier momento podrían no sólo alterar el normal desenvolvimiento de las personas en la sociedad, sino descubrir facetas, modos de pensar, aspectos de carácter sexual, y hasta condiciones económicas de un individuo o su familia que son inherentes única y exclusivamente a su conocimiento y de su entorno familiar, de tal manera que las injerencias en dichos campos conllevarían agresiones contra derechos de la personalidad.

Aurelia María Romero Colona resalta que *“el calificativo de íntimo lo podemos aplicar al pensamiento o a la conciencia, a aquello que hemos guardado, o reservado interiormente, sin comunicar a nadie”* (Romero Coloma, 2008), por ello diremos que lo íntimo le atañe única y exclusivamente a su titular, configurando ese espacio de tranquilidad al que tenemos derechos todos sin injerencias arbitrarias.

En el año de 1890, Samuel Warren y Louis Brandeis publicaron en la Revista de Derecho de la Universidad de Harvard, un artículo titulado *“The Right of Privacy”* (El Derecho a la Privacidad), el cual constituyó uno de los ensayos más influyentes en la historia de la legislación estadounidense, pues, por primera vez, la intimidad se la consideró como un bien jurídico de las personas, que debe ser protegido, pues lo que buscaban era *“esbozar el derecho a gozar de la vida, o sea el derecho a estar solo/a, en soledad y gozar de la vida según la persona quisiera, libre y voluntariamente”* (Warren & Brandeis, 1981), por lo tanto para estos autores el derecho a la privacidad implicaba la exclusión de terceros en la vida privada.

Entonces aquí nace la interrogante de que si el derecho a la intimidad constituye la abstención de la sociedad a no entrometerse en la vida de otros, o si mas bien genera un derecho positivo, pues su titular permite que otros ingresen a ese espacio íntimo. Para Lacruz Berdeho el derecho a la intimidad *“participa de su contenido negativo o de exclusión: prohibición a terceros de obtener, reproducir o divulgar, por cualquier medio, la imagen o el aspecto físico de una persona sin su consentimiento”*(Lacruz Berdejo & De Asis Sancho Rebudilla, 1983), entonces por un lado tenemos la

prohibición de intrusión, es decir espiar la vida e información de otros, y de otra parte la divulgación o publicación de actos considerados privados.

1.4.-Definiciones de intimidad

Si bien hemos resaltado el calificativo de íntimo, que está vinculado al pensamiento o la conciencia y aquello que hemos guardado o reservado dentro de un espacio determinado o familiar, resulta muy complejo tratar de establecer jurídicamente el alcance de la protección de este derecho y esbozar un concepto de intimidad, para ello, debemos entender lo que constituye la vida privada de una persona y su actuación en la vida pública, de tal manera que la vida privada está relacionada al derecho a la intimidad, con lo cual se limita la indiscreción y la publicidad de información a ser divulgada respecto de las vicisitudes personales y familiares.

La doctrina configura la intimidad de la persona como *“todo aquello que le es propio o exclusivo como nuestros pensamientos, sentimientos, afectos, actividades realizadas en un ámbito reducido.”*(Romero Coloma, 2008), de tal manera que lo íntimo es lo reservado de cada persona.

Por su parte el Dr. José García Falconí en su artículo “derecho a la intimidad personal y Familiar” cita a Recaseus Sichs quien sostiene que *“la intimidad es sinónimo de conciencia de vida interior, por lo tanto este campo queda completamente fuera del ámbito jurídico, pues desde todo punto de vista es imposible penetrar auténticamente en la intimidad ajena”*(García Falconí, 2011)

Mientras que para Alonso Peña Cabrera la intimidad supone “*aquella esfera-privativa de la individualidad- que comprende un ámbito propio del ser humano, vinculado a la realización personal de su titular, que ha de abarcar aquella parcela inherente a la personalidad humana, por lo que solo le pertenece a éste mismo*” (Peña, 2008, pág. 493), por ende, es él, quien decidirá quien pueda ingresar a dicha parcela.

Bajo Fernández en la obra “la intimidad privada: problemática jurídica” de Aurelia María Romero Coloma explica el concepto de intimidad entendiendo que “*es el ámbito personal donde cada uno, preservando del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad. Es, por tanto un ámbito personal reservado y sustraído a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y en donde enraiza la personalidad*”(Romero Coloma, 2008)

De Cupis sostiene que el derecho a la intimidad consiste en “*la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona, o también como la necesidad consistente en la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual*” (De Cupis, 1959)

De los conceptos que he podido recoger, podemos sostener que la intimidad es esa esfera personal, íntima, que corresponde única y exclusivamente a su titular su manejo y su conocimiento, de ahí el arbitrio y/o voluntad de su conocimiento y facultad de divulgación, por lo tanto se le atribuye la característica de inalienable, que no puede ni debe ser invadido por terceros cuando estos no tienen la autorización correspondiente, este derecho nace con el objetivo de que las personas puedan desarrollar un espacio sin

intromisión, además de permitir un correcto desenvolvimiento de la personalidad, pues asegura que el hombre en el desarrollo normal de sus relaciones tenga tranquilidad y paz moral, pues en definitiva lo que busca este derecho es que se respete su vida privada y familiar.

Como sostuve en líneas anteriores, nuestra constitución solo hace un mero enunciado “derecho a la intimidad personal y familiar”, más no señala cuales son los campos de protección que quedan resguardados por el derecho a la intimidad, de tal manera que de la investigación realizada, me permito sostener que las facetas que el derecho a la intimidad abarca son sin duda; intimidad física, esto es su vida sexual, enfermedades es decir estado de salud, estas pueden ser físicas o de transmisión sexual, así mismo anomalías de su cuerpo, también está destinada a proteger la intimidad psicológica y sus pensamientos, ello incluye sus creencias religiosas, políticas, vida sentimental, comunicaciones personales, modificaciones de su estado civil, afectaciones emocionales de variada índole; también se incluyen situaciones de orden económica, y por último las relaciones familiares, todo ello sin lugar a dudas tendrá que ser observado considerando situaciones de orden público de la persona cuyo derecho se pretende proteger.

En su tesis para obtener el grado de magister con el tema “Habeas data y el derecho fundamental a la intimidad de la persona” el peruano Raúl Chanamé Orbe sostiene que El contenido mínimo del derecho a la intimidad puede formularse, según diversos autores, como el derecho a:

- “- No participar en la vida colectiva,
- A aislarse de la comunidad,

- A establecer una relación-cero,
- A disfrutar de un espacio para respirar,
- A ejercer un derecho al anonimato,
- A un círculo de vida exclusivo,
- A no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás.” (Chanamé Orbe, 2003)

De lo dicho sostengo que el derecho a la intimidad configura una órbita que le pertenece exclusivamente a la persona, y por ende queda exenta de la intromisión del Estado y terceros, pues este derecho inclusive permite el aislamiento de la vida pública, ejercer el anonimato, y evita que terceros conozcan aspectos de la vida privada, sin embargo, el derecho a la intimidad es disponible en cuanto su titular tiene la facultad de determinar quién puede penetrar en esta órbita, autorizando el conocimiento de la información, datos personales o aspectos de la vida íntima a terceros.

Para concluir este tema, diré que el derecho a la intimidad es ese patrimonio moral que se encuentra reservado exclusivamente a la esfera personal, la cual goza de protección, pues evita la intromisión arbitraria de terceros en cuanto al conocimiento de información y datos de carácter sensible y personal, pues garantiza el equilibrio de la persona en la sociedad, y se viola cuando el sujeto se niega a suministrar de manera voluntaria información, fotografías o datos de carácter personal.

1.5.-Diferencia entre intimidad y privacidad

Si bien es cierto el término privacidad lo encontramos constantemente cuando tratamos de definir la intimidad, la doctrina claramente hace una diferenciación entre estos dos términos, pues, como hemos dejado anotado, la intimidad supone aquella área reservada, propia del ser humano, que solo llega a tener conocimiento este y su grupo más cercano como es el familiar, ya sean estos datos de índole sentimental, sexual, política o su historial clínico por citar algunos ejemplos, mientras que la privacidad abarca una zona más extensa en donde se desarrolla la vida de una persona, ya sean sus números telefónicos, lugares que frecuentan, horarios de trabajo etc.

Sin lugar a dudas, estos dos términos merecen igual protección, pues la intromisión o conocimientos de estos aspectos, implican un menoscabo en su esfera íntima– privada, y por ende la vulneración de derechos personales. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define a la privacidad como el “*Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.*”, por otra parte, Beate Rossler diferencia 3 dimensiones de la privacidad:

1.- Privacidad informativa

2.- Privacidad de decisión.

3.- Privacidad espacial.

Entonces diremos que la privacidad es aquella zona de retiro del espacio público, toda información que no queremos que se llegue a conocer dentro de la sociedad, y que de

igual manera, dependerá solo de la persona el hacer público. La privacidad es una esfera más amplia, pues envuelve las facetas de la personalidad, algunos de los datos incluso pueden llegar a ser intrascendentes, y por ende no tener relevancia, a diferencia de la intimidad, pues la intimidad implica el respeto de la libertad de las personas, comprende aquella información sensible que nos vuelve vulnerables, perceptivos, es decir aquellas fases reservadas de la vida privada, cuya protección implica la dignidad y abarca otros derechos como la protección a la correspondencia, al domicilio, comunicaciones, por ello, *“lo <privado> es distinto a lo <íntimo>, pues mientras lo privado sería un espacio no público que englobaría ciertas relaciones interpersonales; lo íntimo sería un concepto más estricto, de dimensiones más propiamente individuales”* (Peña Cabrera, 2014), en definitiva la intimidad es el núcleo de varios derechos, y por ende deben mantenerse confidenciales, siendo solamente el titular quien tenga el dominio exclusivo y evitando la injerencia de terceros.

Por lo expuesto, es preciso mencionar que no siempre que se viole la privacidad implicaría una violación a la intimidad, pero por el contrario, la vulneración al derecho a la intimidad sin lugar a duda implica la violación a la privacidad, por ello la privacidad debe ser entendida como el conocimiento que se debe tener de ciertas barreras que limitan la acción, o actividades de terceros dentro de la sociedad, en tanto que la intimidad está relacionada a datos y aun espacio más personal del individuo, cuya información desea que no se propague.

1.6.- El derecho a la intimidad de los personajes públicos.

Las situaciones de las personas respecto a su intimidad van a variar de acuerdo al papel que desarrollen en la sociedad, pues claramente se debe hacer una diferenciación entre personas públicas que voluntariamente han aceptado ese rol, y crean expectativas en el público sobre el desarrollo de su vida, sus quehaceres, debido a las funciones diarias que desempeñan tanto figuras públicas como gobernantes o políticos y famosos como artistas, modelos, deportistas.

Si bien es cierto no se puede realizar un trato disímil en cuanto a la aplicación del derecho intimidad, si es claro que debe haber una diferenciación en cuanto a la esfera de protección, pues, generalmente la vida de personajes públicos y famosas, puede llegar a ser un tema de interés público o cuya presencia social es relevante, Iciar Cordero Cutillas sostiene que *“las personas públicas están más sujetas a escrutinio sobre sus vidas, y que deben soportar más en este sentido que el resto de las personas.”* (Cordero Cutillas, 2014), por ello, hay que diferenciar la intromisión dada en el espacio íntimo, es decir zona que le concierne únicamente al titular de información, y por otro el conocimiento de hechos o datos informativos de carácter público, teniendo en cuenta que nuestra constitución tiene de fondo un concepto humanista y ello implica que el hombre es la fuente de la cual emanan todos los derechos.

Cuando tenemos dos derechos en conflicto, o que colisionan entre sí como en el caso que nos ocupa,- por un lado el derecho a la información (derecho de doble vía) y la libertad de expresión, y por otra el derecho a la privacidad e intimidad-, es preciso hacer un juicio de ponderación, ello implica que en principio un derecho no puede ser considerado de mayor importancia que el otro, debido a que la ponderación implica que

se deben conciliar los derechos en conflicto, pues no se puede delimitar el ejercicio de los derechos en abstracto, si no ajustar los mismos a la realidad, y luego realizar el juicio de valor, pues si bien es cierto la información es un derecho fundamental, este no puede ser tomado como justificante a la violación de la privacidad, pues el hecho de que se trastoquen temas que no conciernen al interés general claramente vulneraría el espacio íntimo que todas las personas por el hecho de serlas tenemos.

De manera acertada Robert Alexy sobre la “ley de ponderación” sostuvo que: *“Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.”* (Alexy, 2009), por ello, se debe realizar un análisis sobre el alcance, así también como la intensidad con la que cada uno de ellos resulta afectado, permitiendo concluir que derecho se prefiere mediante la subsunción en el caso en concreto, así como el análisis de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, estableciendo graduaciones en cuanto al rol desempeñado por el sujeto.

Cabe traer a colación el tan sonado caso Von Hannover C. Alemania resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en junio de 2004 como consecuencia de la publicación de fotografías que muestran a la princesa Carolina de Mónaco en el desenvolvimiento de su vida cotidiana (privada) en donde básicamente el Tribunal considero que:

(Application N.º 59320/00) *“La publicación de fotos y artículos en cuestión, respecto de las cuales el único propósito era satisfacer la*

curiosidad de un sector particular de lectores de conocer los detalles de la vida privada de la demandante, no puede ser considerado o juzgado como contributivo al debate alguno de interés general para la sociedad a pesar que la demandante sea conocida públicamente (...). Estas fotos fueron tomadas -sin el conocimiento o consentimiento de la demandante- y el hostigamiento sufrido por muchas figuras públicas en su vida diaria no pueden ser completamente desestimados (...),

De aquí el hecho de que la transmisión de información por medios de comunicación no pueden sobrepasar el fin de mantener informada a la comunidad para satisfacer morbos o curiosidades.

En el caso de las personas públicas, no solamente se debe buscar la veracidad de la información, si no también se tiene que tener como base la discreción, pues el hecho de que se expongan a la vida pública no les impide su ejercicio de mantener su vida privada fuera del lente público, pues no se puede dejar de lado el hecho de que siguen siendo personas y por ende no se puede negar su derecho a la intimidad y por tanto gozar del derecho de no ser interferidos o molestados por persona alguna

Muchas han sido las sentencias que se han pronunciado respecto de este tema, sosteniendo básicamente que si el tema publicado no concierne al interés general, no se contrasta la información, es decir no se determina la veracidad de la misma, o se vulnera la esfera íntima de la persona, ésta es una intrusión ilegítima y por ende el derecho a la información llega a ser desproporcionado, por ello he de manifestar que la información

que se obtenga de un personaje “público”, ha de ser sobre el ejercicio de la función que desempeña, empero en las llamadas “celebridades” el análisis puede ser diferente, pues el desarrollo de sus actividades están dadas con la exposición que hacen de sus vidas, y por las cuales incluso obtienen beneficios y adquieren trascendencia social y económica, pretender que no se comenten de sus actividades cuando en su momento la exhibieron voluntariamente, no puede ello generar una vulneración a la intimidad.

El personaje público acepta libremente el «riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública», el tema en discusión será establecer el límite del espacio público del político o personaje público, con respecto a su espacio íntimo en el que desarrolla también su vida (familia, religión, salud, etc.)

Cuando la difusión de datos de carácter privado afecte no sólo al personaje, si no a terceros tales como su familia y amigos, deberá valorarse en qué grado afecte a aquellos y la relación de la información de trascendencia con el afectado, pues “*Una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada si no está justificada por una igualmente intensa intervención hipotética en otro principio*”(Alexy, 2009) tal como lo señalo Alexy pues no hay que olvidar el ámbito propio y reservado que se tiene y nos permite un adecuado desarrollo de la personalidad.

1.7.-Derecho a la intimidad frente al derecho a la información.

Señalamos anteriormente que la constitución es el cuerpo normativo que recoge varios derechos y garantías, por ello esta debe ser interpretada sistemáticamente, pues todos los derechos se encuentran correlacionados unos con otros, y son de igual jerarquía, sin embargo en el día a día, son varios los derechos que colisionan entre sí, así tenemos el derecho a la vida frente al derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, el derecho al honor y al buen nombre versus el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones, y lo mismo ocurre en el caso del derecho a la intimidad frente al derecho a la información, esta última colisión de derechos ocurre cuando se ha divulgado información que concierne a la intimidad o vida privada de una persona, aduciendo proteger los derechos de informar y difundir libremente opiniones, así tenemos por un lado el derecho consagrado en el Art. 18 de nuestra constitución:

“Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.”

Y por otra parte el derecho consagrado en el Art 66 numeral 20 ibidem:

“Se reconoce y garantizará a las personas: 20. El derecho a la intimidad personal y familiar.”

Ahora bien, en las sociedades modernas se dice que la democracia viene de la mano del derecho a la información, pues este es un limitante del poder público y permite al pueblo a través de los distintos medios de comunicación conocer cuál es el accionar de sus gobernantes, y de aquellos personajes que por su condición pública se requiere una transparencia de sus acciones, entendidas estas muchas veces también dentro del ámbito privado, pues, un aspecto importante es conocer la moral de un ciudadano que va a desempeñar funciones que atañen a la sociedad, y ello les coloca en una situación muy diferente en cuanto al trato o análisis que se debe hacer del derecho a la intimidad y privacidad, pues ellos se exponen libre y voluntariamente una vez que han decidido correr por una cargo público o una elección popular, entonces, el derecho a la información podría resquebrajar la situación individual de un individuo, pues, el derecho a la información viene a constituirse en un filtro para el manejo correcto de la cosa pública, e impone a su vez la obligación de una rendición de cuentas en la que está en juego no solamente la actividad desempeñada, sino también el destino de los recursos otorgados para el correcto desenvolvimiento de su labor; por su parte en el libro “la intimidad privada: problemática jurídica” Aurelia Romero citando a Solozábal Echeverría afirma que *“la libertad de expresión no es solo una condición del desarrollo individual de la persona, sino una exigencia insoslayable, del sistema político democrático”*(Romero Coloma, 2008), de ahí que éste autor sostiene que no hay democracia sin libertad de expresión, pues sus ciudadanos solamente cuando estén debidamente informados podrán participar de una manera efectiva en el proceso de elección o temas que incumben a su futuro, sin olvidarnos además que el derecho a la

información solo se podrá dar cuando exista libertad de expresión.

La libertad de expresión como derecho constitucional nace con las constituciones de Francia y Estados Unidos a fines del Siglo XVIII, y ello implica la libertad para poder expresarse y difundir de una manera libre aquello que se piensa, ya sea que estas se expresen como ideas u opiniones a través de la palabra, o escritura, y a su vez pueden difundirse por medios de comunicación como es la televisión, radios o periódicos, sin descartar el gran impacto y accesibilidad que tienen hoy en día las redes sociales gracias al internet, y facilidad de comunicación, pues son varias las aplicaciones en el teléfono o redes sociales que coadyuvan a la difusión de información como son twitter, Facebook, WhatsApp entre otras.

El derecho a la información se haya consagrado en diversos cuerpos legales, no solo de carácter nacional, si no también internacional, tanto más que es reconocido como derecho humano tal como lo consagra el Art 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos publicados en el año 1948“*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

Por otra parte, encontramos consagrado este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de San José de Costa Rica) en el año de 1969 que en su Artículo 13, nos habla del Derecho de Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948 en su Artículo IV sostiene:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Más concretamente en el Ecuador tenemos la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública que en su parte principal fue creada para la participación de sus ciudadanos, y que estos puedan ejercer un efectivo control y exigir la rendición de cuentas a estas instituciones gubernamentales, o aquellas que perciben recursos estatales

“Art. 1.- Principio de Publicidad de la Información Pública.- El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley

Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.”

La libertad de información por su naturaleza tiene una doble vertiente, por una parte el sujeto activo que es el comunicador a quien le ampara el derecho a informar y expresarse libremente y por otra tenemos el receptor, sujeto pasivo quien tiene el derecho a ser informado, y eso nos llevaría a pensar que el derecho a la libertad de información por ser de doble vía se encuentra por encima de algunos derechos fundamentales, sin embargo, es preciso señalar que uno de los limitantes a estos derechos es el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad, entonces diremos que el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la privacidad ocurre cuando aduciendo el derecho a la información se publican noticias que afectan la vida privada de una persona, muchas de las veces con un sentido escandaloso o sensacionalista con el objetivo de obtener un mayor rating, sin comprobar si quiera la veracidad de las publicaciones y aseveraciones, y ello nos lleva a concluir que no puede ser tolerable hablar de una libertad de expresión absoluta sin limitantes, pues como he dejado sentado a lo largo de este trabajo, la privacidad y la intimidad devienen de la dignidad humana y ella es previo a cualquier otro derecho, pues es considerado un derecho subjetivo, el Dr. José García Falconí cita al tratadista César Molinero quien sostiene que *“la injerencia de cualquier persona en la vida privada familiar debe ser considerada*

como un allanamiento de morada; de tal modo que sería arbitrario y antijurídico invocar el derecho de información, con el fin de traspasar los derechos de la intimidad personal y familiar”(García Falconí, 2011), además, no puedo dejar de mencionar el respeto que nos merecemos todos los ciudadanos como parte de esta sociedad y el hecho de que tanto la libertad de expresión, como el derecho a la información deben coexistir con otros derechos.

Por ello, concluiré sosteniendo que la intimidad de las personas constituye sin lugar a dudas un límite al ejercicio del derecho a la información, y así lo consagra el artículo 10 numeral 1 literal c de la Ley de Comunicación publicada el 25 de junio de 2013 “*Art. 10.-Todas las personas naturales o jurídicas que participen en el proceso comunicacional deberán considerar las siguientes normas mínimas, de acuerdo a las características propias de los medios que utilizan para difundir información y opiniones: 1. Referidos a la dignidad humana: c. Respetar la intimidad personal y familiar.*”Y por ello, la circulación de información concerniente a la vida privada de las personas debe ser consultada y por ende existir la aceptación de su titular para su publicación, y en caso de la debida autorización se eliminara la antijuridicidad de la conducta como lo analizaremos más adelante, o en su caso se deberá justificar las circunstancias que no requieren autorización, ya sea por la veracidad de la información o el interés social, y es preciso señalar que en caso de inexactitud de la información transmitida el ciudadano puede ampararse en el artículo 66 numeral 7 de la Constitución “*El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario*”, por tanto, la réplica implica tratar de corregir la

desinformación que se ha generado por emitir información no comprobada o distorsionada

Uno de los principales motivos que me llevo a realizar este trabajo, es que considero que las barreras de la intimidad, como de la vida privada no se encuentran delimitadas, y ello se evidencia claramente en la norma cuando solamente hace un mero enunciado del derecho a la intimidad personal y familiar, entonces no se define los campos de protección a las intromisiones, que no solo atañen a los diferentes medios de comunicación, sino también a profesionales que se incluyen en la vida diaria y llegan a conocer aspectos íntimos que solo conciernen a la persona y su entorno familiar. Muy acertadamente Aurelia María Romero Coloma sostiene que *“la información va a lesionar el derecho a la intimidad en todos aquellos supuestos en que pone en conocimiento del público hechos, circunstancias, o situaciones, de la vida privada de la persona, o de su ambiente privado –familiar, amistades, etc.- siempre que dicha persona haya querido mantener apartados a los terceros de ese círculo”* (Romero Coloma, 2008)

Las legislaciones modernas aun no logran adaptarse a la tecnología avanzada, y eso genera vacios en cuanto a la protección de ciertos derechos como son la intimidad, pues no se logra fijar con precisión la esfera privada ni los abusos del manejo de información personal, de ahí la necesidad de una buena administración de justicia y la salvaguarda de los derechos de la defensa conducen igualmente a prohibir la publicación de cierta información.

1.8.-El derecho a la intimidad en el ámbito internacional

1.8.1.-Declaración Universal De Derechos Humanos:

Artículo 12. *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*

1.8.2.-Pacto San José de Costa Rica

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”*
2. *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”*
3. *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

1.8.3.-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que en su Art. 17:

1. *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”*

2. *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

1.8.4.-Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales; Art. 8.1. Convenio No. 108:

Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”

2. *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

1.9.-Protección de datos de carácter personal

1.9.1.-Datos Personales

El derecho a la intimidad busca proteger aquella información o zona íntima que permite excluir a terceros de la intrusión o invasión de datos personales, entendidos aquellos

como cualquier información cuya facultad de disposición le pertenece única y exclusivamente a su titular, por ello la protección de los datos personales nace con el objeto de salvaguardar de una mejor manera el derecho a la intimidad, pues busca un mayor alcance en cuanto a la protección del bien jurídico intimidad, y se lo reconoce además en la Constitución del 2008 como un derecho autónomo consagrado en el artículo 66 numeral 19:

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

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

Por otra parte, el Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), establece en el artículo 2 literal a):

“Datos de carácter personal, significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable”

De ahí que no todos los datos están protegidos por el ordenamiento jurídico, si no únicamente aquella información personal relativa a la persona, que en caso de ser develada podría perturbar su libre desenvolvimiento en la sociedad, entre ellos

encontramos datos patrimoniales como estados de cuenta, cuentas bancarias, préstamos realizados a instituciones del sector financiero, información respecto de sus bienes inmuebles; así mismo son considerados datos personales aquella información concerniente a su estado de salud, enfermedades preexistentes, historial clínico, su vida sexual, datos ideológicos como sus creencias religiosas, preferencias políticas, también se incluyen dentro de los datos personales aquellos datos relacionados a sus actividades laborales, tránsito migratorio etc. De igual forma el Art. 6 de la Ley Nacional del Sistema de Datos Públicos, determina que:

"son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: Ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales. El acceso a estos datos solo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la Ley o por orden judicial"

De otra parte el tipo penal violación a la intimidad contenido en el artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, entre los objetos materiales que recaen los verbos rectores, encontramos los datos personales, lo cual impide a terceros conocer aspectos de su vida privada, y se constituye como un derecho de control sobre la información de datos, para que sólo pueda utilizarse conforme a la voluntad de su titular, pues la protección de datos personales pretende evitar que dicha información pueda ser

utilizado por terceros para mermar el goce de ciertos derechos y libertades, que puedan ser el sustento de discriminación por ejemplo en el sector laboral o en la sociedad.

Los datos personales identifican y diferencian a las personas, sin embargo con el nacimiento de los “mass media” y el uso indiscriminado de las redes sociales, nuestra información puede ser utilizada por varias personas, ya que generalmente al crear cuentas en redes sociales como “facebook”, “twitter”, “myspace” entre otras, los usuarios asumen la pérdida de su privacidad, y ello conlleva al robo de identidades, al ciberacoso, sin olvidar la facilidad de rastreo que se genera por la información propinada en dichas redes.

También es notorio el uso poco responsable que se hace acerca de datos personales, pues muchas veces las empresas se transmiten entre sí información personal como números de teléfono, direcciones domiciliarias o de correo electrónico, con el objetivo de contactar más clientes y generar mayores ventas, sin si quiera percatarse de que aquella información es de uso exclusivo para el fin que el titular de dicha información autorizo, por ello la protección jurídica abarca la protección de datos relativos a su titular.

CAPITULO 2

La intimidad como bien jurídico protegido en el derecho punitivo

2.1 Concepto de delito

Las conductas del ser humano son voluntades que se exteriorizan, producto de la realización de sus actividades diarias, o como consecuencia de manifestaciones naturales, entre ellas están las que importan al derecho por la consecuencia que esta genera en el mundo exterior con el resto de la sociedad, y aquellas que no tienen relevancia jurídica, en este capítulo nos centraremos principalmente en aquellas en el que su actuar interesa al derecho penal, principalmente por ser típica es decir una conducta que se encuentra adecuada a un tipo penal, así también como antijurídica, cuando nos referimos a aquellas actuaciones que estén en contra de lo establecido en la norma (Código Orgánico Integral Penal).

Es preciso partir para el desarrollo de este tema del principio de legalidad, expuesto por Beccaria y que lo recoge nuestro ordenamiento jurídico artículo 5 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) sobre los principios procesales:

Legalidad: “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho...”

De igual manera lo recoge la Constitución del Ecuador en su artículo 76 numeral 3:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...”(Constituyente, 2008)

De aquí partiremos para sostener que el derecho penal se sustenta básicamente en normas jurídicas claras, previamente establecidas y dictadas por el órgano competente, es decir la prevalencia de la ley sobre las actuaciones que puede llegar a tener el Órgano Jurisdiccional sobre el cometimiento de un delito. El principio de legalidad tiene estrecha relación con la tipicidad, que es una expresión distinta a la de tipo, pues mientras la una hace referencia a *“la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”*(Muñoz Conde, 2002), el tipo como así lo indica Alfonso Zambrano Pasquel es *“el conjunto de características o elementos de la fase objetiva y subjetiva de una conducta que lesiona un determinado bien jurídico”*, es decir que el tipo, es aquella descripción que hace el legislador de la prohibición de una conducta humana reprochable, así tenemos prohibición de matar, robar, mentir bajo juramento, violar la intimidad de otro, y la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo.

La primera tarea que me corresponde es determinar un concepto claro de delito, partiendo del hecho *nullum crimen nullum pena sine lege*, es decir que se considerara como delito a todas aquellas conductas que el legislador ha descrito en el COIP y lo sanciona, esperando de cierta manera que las personas se abstengan de cometerlas. Sin embargo es preciso para una mayor comprensión, determinar cuáles son los elementos

que permiten que una conducta sea considerada lesiva para el ordenamiento jurídico y tenga como resultado una sanción generalmente privativa de la libertad, y por otra parte la reparación integral de la víctima, pues dichas conductas ofenden el orden ético-cultural de la sociedad.

Entonces diremos que el Código Orgánico Integral Penal busca regular conductas humanas, para ello el legislador ha tomado comportamientos y los valora negativamente, adecuado el acto humano a la norma, de ahí que el delito puede ser considerado como un acto, típico, antijurídico, culpable y solamente cuando se den estos 4 presupuestos, este acto puede ser punible, es decir, la pena se aplica como consecuencia del delito, mas no forma parte de su estructura; ahora bien es preciso analizar en este punto cada uno de esos elementos:

Acto: hace referencia la conducta humana, puede ser una conducta positiva (acto prohibido por la ley) o una conducta negativa (omisión de un acto debido)

Típico: conducta descrita previamente en la ley penal por el legislador.

Antijurídico: contrario a derecho y como consecuencia debe lesionar un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico.

Culpable: Solamente cuando el acto realizado se le puede imputar y reprochar a su autor.

Para una mejor comprensión me permito traer a colación definiciones de lo que constituye el delito recogidos por Miguel Arcilla:

1.- Carrara define al delito como:

“la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso” (legales, 2007)

2.-Carrancá y Trujillo:

“Todo hecho que lesione, dañe o ponga en peligro las condiciones de vida individual o social, más o menos importantes, determinadas por el Poder Público”.

3.- Ferri-Berenini:

Son delitos “aquellas acciones punibles determinadas por móviles individuales y antisociales que turban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo dado en un momento dado”.

4.- Manzini:

«El delito es el hecho individual con que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica, de corrección indirecta, que es la pena en sentido propio”.

5.- Mezger:

“El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable”.

Como sostuve en líneas anteriores el Código Orgánico Integral Penal en su afán de proteger varios bienes jurídicos, valora conductas negativamente y los impone como delitos, sin embargo es preciso señalar que el derecho penal debe y está obligado a ofrecer límites al poder punitivo, y por ello está llamado a establecer barreras en cuanto a la acción que tiene el legislador, pues la función legislativa no es quien crea los bienes jurídicos, si no únicamente se limita a sancionar la violación de aquellos derechos considerados relevantes o vitales para el desarrollo de los ciudadanos en la sociedad, de ahí que el legislador solo los reconoce, mas no los crea, esto como consecuencia del principio de mínima intervención penal.

Los bienes jurídicos no son sino el objeto de protección, aquel interés que por su relevancia adquiere un reconocimiento jurídico, incluido aquellos denominados derechos de la personalidad, entre ellos la violación al derecho a la intimidad. El bien jurídico “intimidad”, tutela aspectos de orden personal o familiar, es decir que pertenezcan a la esfera privada del sujeto, Alonso Raúl Peña considera que *“la intimidad es un bien jurídico protegido de naturaleza subjetiva, porque la delimitación y el contenido de la misma en el caso concreto pertenecen al sujeto pasivo”* (Peña Cabrera, 2014), pues este derecho le va a permitir al ser humano tener un espacio de soledad y tranquilidad para su normal desenvolvimiento.

2.2.- El injusto como materia de protección en el ámbito jurídico penal

El derecho a la intimidad no solamente alcanza relevancia constitucional, si no su protección también llega al ámbito penal a fin de garantizar uno de los derechos fundamentales del ser humano, que es justamente el espacio privado en el cual desarrolla actividades íntimas personales y familiares, en las que no pueden intervenir terceros, salvo la autorización de su titular, por ello el derecho a la intimidad constituye la facultad de toda persona para desarrollar su vida privada sin interferencia ni perturbaciones de terceros, de tal manera que cuando se ha hecho invasión no autorizada de datos que afecten la intimidad, entra en juego el Derecho Penal, en su afán de dotar a la intimidad de una protección superior, esto es, cuando se ha divulgado información catalogada como reservada o privada, de tal manera que la sola intromisión o revelación de datos personales, merecen la protección penal, por ello nadie debe tener acceso a ella salvo conocimiento expreso de quien sustenta dicho derecho.

En la actualidad es preocupante la forma rápida en la que se divulga información importante y reservada concerniente a su titular, y ello como deje anotado previamente consecuencia de una evolución social y tecnológica, de ahí que el titular está obligado a resguardar y controlar su privacidad, evitando de esta manera que terceros se introduzcan y tengan conocimiento de esa esfera privada, y así mismo, tiene la facultad de comunicar y compartir dicha información a quien crea conveniente, generalmente se encuentra reservada al conocimiento del propio sujeto o de su entorno familiar, cuyo conocimiento fuera de dicha esfera trae consigo un daño.

Es fundamental que el Estado dentro del ejercicio de sus funciones limite y regule ciertas actuaciones, con el objetivo de promover libertades que permitan el desarrollo

del ser humano, es por ello que el derecho a la intimidad va a permitir un desenvolvimiento pleno, pues en este derecho se encuentra inmerso como señala anteriormente, la protección de otros derechos como: la imagen, voz, datos de carácter personal, protección del domicilio, a la correspondencia, y en general al derecho de guardar reserva respecto de sus creencias religiosas o políticas, vida sexual, orientación sexual, en definitiva aquella información catalogada como íntima, personal y que ha decidido reservar para ella su conocimiento.

Carlos Gonzáini, sostiene que *“no se trata de vivir aislados, sino de determinar y decidir el ámbito de relaciones y de apertura al mundo exterior; la protección de las personas no se circunscribe a la reserva de una parcela del conocimiento ajeno, sino a garantizar que en todo caso es el propio individuo quien dirige y gobierna el ámbito y extensión de sus relaciones con terceros”* (pág. 12). (Gonzáini, 2001), de ahí podremos decir que este es un derecho disponible, ello implica que el titular puede decidir qué aspectos quedan reservados exclusivamente a su esfera propia, y el escoger con quien compartir cuestiones íntimas ya sea de índole personales o familiar.

Sin lugar a dudas la regulación penal del derecho a la intimidad es transcendental en la actualidad, pues como debe anotarse, es un bien estrechamente ligado a la dignidad del ser humano, sin la cual la persona carecería de la seguridad para desarrollarse plenamente, pues sus actos se verían afectados si se convirtieran en objeto de intrusión y publicidad, por ello la protección de este derecho se justifica en evitar que se inmiscuyan en hechos y conductas que perturbarían su tranquilidad y su esfera íntima, así como evita que terceros no autorizados indebidamente recaben información y la divulguen.

Es natural que mantengamos bajo nuestro conocimiento exclusivo y el de un grupo reservado como es la familia aspectos concernientes a nuestras debilidades, enfermedades o desarrollo de nuestra vida sexual, pues en el caso no consentido de que aquellos datos o información se divulguen, se produciría un cambio en nuestra actitud y desarrollo, vulnerando incluso nuestra condición de libertad, por ello, es importante que se ventile en la vía penal la intromisión de información catalogada como reservada, así como su divulgación, pues se debe garantizar la integridad de la intimidad de la esfera privada, no solo desde el ámbito particular, sino también en cuanto a la restricción de circulación de datos de carácter personal, y así lo hacen varias normas en cuanto a la protección de archivos públicos, esencialmente los médicos, tales normas las cito a continuación:

“Reglamento para el Manejo de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud” Registro oficial No 427 de fecha 29 de enero de 2015 Art 7 “Por documentos que contienen información de salud se entienden: historias clínicas, resultados de exámenes de laboratorio, tarjetas de registro de atención medica con indicación de diagnostico y tratamientos, siendo los datos consignados en ellos confidenciales”

Se señala que quien tenga acceso a su contenido está obligado a guardar la confidencialidad respecto de informaciones constantes en los documentos antes mencionados, siendo potestad exclusiva del paciente la autorización para el uso.”

Ley de derechos y Amparo al Paciente, Art. 4 “todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicarse, tenga el carácter de confidencial”.

Art. 362 de la Constitución: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.”

Ello nos lleva a que el objeto de protección de este derecho lo constituyan hechos concernientes a la vida personal o familiar, datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones que tengan el carácter de reservadas, así también como la reserva y confidencialidad de los certificados médicos, en definitiva datos sensibles o aspectos de la intimidad personal o familiar, cuyo conocimiento concierne exclusivamente a su esfera, pues es innegable que en lo referente a la salud, dicha información corresponde al fuero íntimo de esta persona, por ello nadie puede divulgar su estado o condición física, perturbando de esta manera su homeostasis, por ello los médicos están obligados a la reserva de dicha información.

2.3.- Estructura del tipo penal

No todos los derechos previstos y tratados en la Constitución cuentan con la protección penal. El carácter valorativo de la ley penal, nos lleva a establecer que solo determinadas conductas de especial gravedad sean calificadas como delitos, de tal manera que entre los derechos contra las garantías constitucionales, la intimidad ha mantenido una protección de orden punitivo, pues se ha pretendido proteger aquel espacio en el que se desenvuelve la vida de un ciudadano, y su círculo más cercano como es la familia, a fin de que no existan intromisiones o divulgaciones de datos o información personal que puedan afectarle, y llegar incluso a vulnerar otros derechos como el honor y el buen nombre.

La regulación Penal del Derecho a la Intimidad, se justifica en circunstancias concretas, y una de ellas es evitar intromisiones de terceros en ciertos hechos y conductas, que de ser difundidas alteran la tranquilidad de la persona agraviada, por ello el supuesto delictivo que responde al nomen iuris de violación de la intimidad, aparece descrito en el tipo penal contenido en el Art. 178 del Código Orgánico Integral Penal en los términos siguientes:

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

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

El Art. 178 del COIP, violación a la intimidad; pretende proteger información reservada de aspectos íntimos, que sólo interesan a su titular o a un círculo reducido de éste, constituyendo el descubrimiento o revelación de la información relativa a la intimidad como el núcleo de este tipo de delito.

De tal manera que el derecho a la intimidad excluye a terceros de conocer aspectos de su vida privada, y se constituye como un derecho de control sobre la información de datos, para que sólo pueda utilizarse conforme a la voluntad de su titular.

Partiendo del hecho que nos encontramos en un sistema bipartito, es decir nuestro sistema acoge delitos y contravenciones siendo el primero de mayor gravedad que el segundo, empezaremos a determinar la clasificación del delito intimidad, de acuerdo a lo planteado por la doctrina y su estructura típica, de ahí que el delito violación a la intimidad es de acción pública, es decir el ejercicio de la acción le corresponde exclusivamente a Fiscalía General del Estado.

De acuerdo a los verbos rectores que configuran el tipo penal de nuestro análisis, y que el legislador ha previsto que sean varios, -lo cual carecería de técnica jurídica-, permite analizar que dependiendo de la conducta, puedan constituirse unos en delitos formales,

cuando se conjuga por ejemplo los verbos “*acceda, intercepte, examine, retenga, grabe*”, diremos que se trata de un delito de mera actividad, a tal punto que la doctrina ha señalado, que no se requiere que el autor persiga o consiga alguna finalidad, se requiere que la víctima justifique que su intimidad ha sido afectada para que se configure el delito, para ello sólo es suficiente que el agente o sujeto activo, realice alguno de los actos señalados anteriormente, que se encuentran descritos en el tipo penal, sin que tenga la autorización del titular, lo cual constituye un resultado o acto formal, llamado de pura actividad o de mera conducta, es decir aquellos en los que no requieren para su consumación de ningún evento diferente a la sola manifestación de conducta del agente, citando como ejemplo la injuria, que se reputa consumada por la sola manifestación de las expresiones injuriantes, por ello Soler considera a estos tipos como de mero peligro abstracto y Carrara los concibió como de daño potencial, pues este delito produce un daño al bien jurídico intimidad. De otra parte se deduce que de acuerdo a la descripción típica, algunas conductas pueden conllevar a la realización de delitos de orden material como por ejemplo el “reproducir, difundir o publicar”, pues la realización de esos actos conlleva un resultado o cambio en el mundo exterior, cuyos vestigios se pueden observar, como consecuencia del acto antijurídico.

La violación a la intimidad puede configurarse como un delito instantáneo, pues el delito se puede llegar a consumir en un solo momento a través de los diferentes actos “acceder, interceptar, examinar, retener, grabar, reproducir, difundir, o publicar” datos personales, es decir se consuma el instante en el que el sujeto activo proceda conforme los verbos rectores anunciados, y consecuentemente es con dicho actuar que se produce la lesión efectiva del bien jurídico “intimidad”, podemos decir también que por el efecto

se trataría de un delito de daño, pues produce una afectación material al bien jurídico materia de nuestro análisis, cuyo titular es la persona cuyos datos han sido revelados.

De otra parte, podremos decir que los verbos rectores producen una modalidad manifiesta bajo la forma de “acción”, esto es, que el actuar humano externo causa la vulneración del derecho, pues se incumple una norma descrita en el COIP, por ello una obligación de no hacer, por lo que creeríamos que no cabe omisión en este tipo de delitos.

2.3.1.- Elementos objetivos y subjetivos del tipo

Todas las infracciones penales contienen elementos objetivos y subjetivos, incluyendo el injusto antes descrito (violación a la intimidad), los cuales son elementos normativos, en los que se establecen las descripciones típicas que se refieren a disposiciones, limitaciones o presupuestos de orden jurídico que deben cumplirse para que exista tipicidad.

Es indispensable que la conducta que se quiera adecuar a la norma quede claramente establecida, y para ello es preciso contar con los elementos que la descripción típica exige para poderlos valorar, permitiendo concluir que la conducta -acto- si cumple con el requisito de tipicidad, tal valoración implica que el sujeto activo ha conjugado uno de los verbos rectores descritos en la hipótesis punitiva (Art. 178 COIP) siendo necesariamente obligatorio que la acción descrita recaiga sobre el objeto material que constituyen los “datos personales, mensajes de datos, voz, audio y video, objetos postales, información contenida en soportes informativos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona”.

Por otra parte, la norma establece que la conducta no debe ser autorizada o consentida por el titular de la información, pues de haberla, efectivamente se eliminaría la antijuridicidad del hecho, por ello en la descripción típica se dice: “sin contar con el consentimiento o la autorización legal”, tema que analizaremos más adelante en este trabajo.

2.3.1.1.- Tipicidad Objetiva

Nos corresponde en este punto analizar los elementos que configuran el tipo penal violación a la intimidad, partiremos analizando la tipicidad objetiva, para ello diremos que el sujeto activo puede llegar a ser cualquier persona, pues conforme se desprende de la descripción típica, no se requiere ninguna cualidad especial para que una persona pueda llegar a ser sujeto activo, es preciso aclarar que cuando nos referimos a cualquier persona lo hacemos refiriéndonos a aquellas que son susceptibles a que se les atribuya las conductas delictivas, es decir quienes tienen capacidad y por ende pueden responder ante el órgano jurisdiccional su responsabilidad penal, por ello diremos que este delito se trata de un delito común.

El sujeto pasivo de igual forma puede llegar a ser cualquier persona, “titular de los aspectos íntimos contenidos en los hechos, palabras, imágenes o escritos objeto de protección” (Gálvez Villegas & Delgado Tovar, 2012), es decir aquel que ostenta el derecho de ser el titular de la esfera íntima, que se encuentra violentada por una de las conductas descritas en el artículo 178 del COIP; si bien es cierto la constitución otorga el derecho a la intimidad personal y familiar, esta última no puede constituirse sujeto pasivo de dicho derecho para su exigencia en el ámbito penal, sino más bien hace referencia al contenido de la información o datos que puedan ser objeto de protección.

De igual forma creemos que las personas jurídicas no pueden llegar a ser titulares de este derecho, pues de la sola descripción del derecho “intimidad personal y familiar” diremos que la protección se centra únicamente en personas naturales, sin ser necesario hacer un análisis extensivo del mismo.

Como ya dejamos anotado anteriormente, la modalidad o comportamiento típico consiste realizar conductas específicas como “acceder, interceptar, examinar, retener, grabar, reproducir, difundir o publicar datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio”, con ella se produce la acción material que lesiona el bien jurídico protegido, necesariamente sin la autorización del sujeto activo, pues como acertadamente sostiene Alonso Peña Cabrera *“el fundamento del injusto típico radica, en que se atenta contra la esfera decisoria del sujeto, pues se realizan conductas que éste previamente no ha consentido y/o autorizado”*(Peña Cabrera, 2014), por ello diremos que no es necesario que el autor persiga una finalidad, si no únicamente que realice uno de los actos previsto en el tipo, pues el comportamiento típico se realiza por revelación de aspectos de la intimidad a los que ha tenido acceso el sujeto activo.

El objeto material de protección del delito lo constituye cualquier acontecimiento que involucre aspectos de la vida personal o familiar del sujeto pasivo del delito, como datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas.

2.3.1.2.- Tipicidad Subjetiva

Los tipos penales no están constituidos únicamente por elementos objetivos que nos llevan a describir la norma y las conductas, sino también están formados por elementos subjetivos que ha decir de Zambrano Pasquel son *“aquella finalidad que anima al agente, esto es como aquel particular fin que motiva la conducta delictiva”* (Zambrano Pasquel, 1998), es decir la voluntad con la que actúa el sujeto activo. De lo dicho se afirma que el delito “violación a la intimidad” es un tipo netamente doloso, es decir que el agente llega efectivamente a actuar con dolo, Muñoz Conde define al dolo como *“conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”*, (Muñoz Conde, 2002, pág. 43), sin embargo se entiende al dolo no solo como la voluntad de acción dirigida a la realización del injusto, sino que, conforme así lo dispone del Art. 26 del Código Orgánico Integral Penal, actúa con dolo quien *“tiene el designio de causar daño”*(Nacional, 2014) ; consecuentemente, la adecuación típica ante la descripción debe ser con la intención de afectar el bien jurídico que el tipo tutela.

El tratadista Alonso Peña con respecto del derecho a la intimidad nos dice:*“El tipo penal in examine adquiere perfección delictiva, cuando el autor alcanza a revelar (debelar), aspectos de la intimidad personal...” “... y la tipicidad penal descrita determina que la penalización sólo es admisible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica, quiere decir esto, que el agente sabe que está revelando aspectos de la intimidad...”*(pág. 503-504)(Peña Cabrera, 2014), por ello sostenemos que la estructura del dolo la conforman la “conciencia y voluntad”; el primero hace referencia a que la persona que ejecuta el acto debe tener conocimiento que los hechos que realiza son contrarios a la norma penal, es decir que su conducta es antijurídica y por ende lesiona un bien jurídico protegido, mientras que cuando hablamos de “voluntad” o

“ánimo”, el agente quiere el resultado, por ello su voluntad gobierna la acción, de tal forma que el dolo estará conformado por *“la imputación del conocimiento necesario para que el autor reconozca suficientemente que su actuación producirá consecuencias”* (García Caveró), por ello, es el sujeto quien tiene el dominio exclusivo del acto, y solamente será él, quien a través del desistimiento de emprender la acción dolosa contraria al ordenamiento jurídico, decidirá mantenerse apegado a derecho.

Los elementos que conforman el dolo son un elemento intelectual y el elemento volitivo, el primero hace referencia a que el *“sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica”* (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2002), es decir que el sujeto activo debe tener pleno conocimiento de que está violando la intimidad de otra persona, y por ello está al tanto de los elementos objetivos del tipo penal, mientras que el elemento volitivo nos indica que el agente o sujeto pasivo, no solo debe tener conocimiento de los elementos objetivos, sino es preciso que quiera realizarlos, Francisco Muñoz Conde sostiene que el elemento volitivo supone *“la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que pueda realizar”*(Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2002), por ello sostenemos que no cabe la imprudencia en este tipo penal, sino por el contrario es netamente dolosa.

El dolo puede ser de dos clases: dolo directo o dolo eventual, el dolo directo es aquel en donde *“el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad)”*(Muñoz Conde, pág. 41), por ejemplo, el autor quiere robar y roba, quiere cobrar intereses sobre el permitido y lo hace, quiere violentar la intimidad del otro y accede a conocer información personal,

por ello el autor tiene una *“plena identificación entre el resultado previsto y querido y aquel que obtiene realmente”* (Zambrano Pasquel, 1998), de lo dicho concluiré sosteniendo que el dolo directo está dirigido a conseguir el resultado, y para ello se hace un juicio de valor, se escogen los medios, y se ejecuta la acción; mientras que el dolo eventual, *“el sujeto no quiere el resultado pero cuenta con él, admite su producción, acepta el riesgo, no le importa lo que pase”* (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2002), es decir, el resultado no es previsto, pero lo acepta como probable. En uno y otro caso no se podrá alegar como excusa el desconocimiento de la ley, en virtud del principio de conocimiento de la norma a la que estamos sujetos todos los ciudadanos, conforme se desprende del artículo 13 del código civil *“La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”*

Dejé sentado claramente que el delito violación a la intimidad es una infracción netamente dolosa, sin embargo en este punto me corresponde determinar si la actuación del injusto es a título de dolo directo o bastaría el dolo eventual, autores como Raúl Peña Cabrera sostienen que *“basta con el dolo eventual”*(Peña Cabrera, 2014) para que se configure este delito, de igual forma Tomás Gálvez y Walther Delgado Tovar señalan que en el delito de violación a la intimidad *“se requiere del dolo en cualquiera de sus variantes (dolo directo de primero o segundo grado o dolo eventual)”*(Gálvez Villegas & Delgado Tovar, 2012), por ello concluiremos sosteniendo que basta el dolo eventual para que se produzca la tipicidad subjetiva, y den paso al delito doloso de violación a la intimidad, pues es suficiente que el sujeto activo haya tenido como probable el resultado para que se le pueda imputar de dolosa su acción.

2.3.2.- La intimidad como bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos no pueden escogerse única y exclusivamente observando cuestiones morales o de orden social, si no son el sustento de la intervención del derecho penal, norma que cumple básicamente con dos funciones: la primera preventiva, y la segunda sancionadora, la primera busca advertir a los ciudadanos de que determinadas conductas no son aceptables dentro del ámbito social, y que por ello deben abstenerse de ejecutar los actos que las normas prohíben, mientras tanto, la norma como función sancionadora, pretende imponer una pena a quien habiendo sido advertido, decide ejecutar una conducta que es reprochable jurídicamente.

Las normas regulan conductas humanas, que permite viabilizar la convivencia, en donde las personas asumen responsabilidades y renuncian aspectos personales, esas normas son vinculantes y buscan proteger valores constitucionales, por ello Muñoz Conde sostiene que *“la norma penal consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica”*(Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2002), el hecho constituye un delito y ello como producto de un grave agresión a un bien necesario para la autorrealización y el correcto desenvolvimiento de la personalidad del ser humano, de ahí la denominación bien jurídico, pues son objeto de protección del derecho penal.

El término bien jurídico fue utilizado por primera vez por Birnbaum, y su fundamento es el evitar que se violente o merme un bien que nos compete jurídicamente, Muñoz Conde nos dice que *“la determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente”* (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2002), por ello el legislador escoge los bienes u objetos que merecen

protección penal sancionando aquellas conductas que son reprochables y las tipifica en el Código Penal.

De lo dicho sostenemos que el legislador no crea los bienes jurídicos protegidos, si no que, de acuerdo a la realidad social y a los derechos cuyos titulares son los hombres, estos se elevan a la protección penal, y muy acertadamente Percy García Cavero citando a Von Liszt sostiene que *“No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico”* (García Cavero), por ello son varios los intereses en la sociedad, ya sean de orden individual o colectivo, y así mismo varios los bienes jurídicos protegidos.

Luiz Regis Prado entre las varias funciones del bien jurídico, considera como las más relevantes:

“1.-Función de garantía o de limitar el derecho de punir del Estado:

El bien jurídico es erigido como concepto límite en la dimensión material de la norma penal. Esa función de carácter político criminal, limita al legislador en su actividad en el momento de producir normas penales...

2.-Función teleológica o interpretativa: *como un criterio de interpretación de los tipos penales, que condiciona su sentido y alcance a la finalidad de proyección de cierto bien jurídico*

3.- Función individualizadora: *como criterio de medición de la pena, en el momento concreto de su fijación, tomándose en cuenta la gravedad de la lesión al bien jurídico.*

4.- Función sistemática: como elemento clasificador decisivo en la formación de los grupos de tipos de la parte especial”. (Regis Prado, 2010)

Ya en el caso que nos ocupa el bien jurídico protegido en el delito materia de nuestro análisis, es la “intimidad”, entendida por tal aquella manifestación de la personalidad individual o familiar, cuyo conocimiento o desarrollo queda reserva a su titular, de tal manera que se evidencia que en el bien jurídico que se pretende tutelar, lo constituyen las convicciones políticas, religiosas, situación económica, vida sexual y en general la intimidad de las personas, entendida aquella como todo dato sensible que de ser divulgado generaría una perturbación emocional y mental, pues la intimidad supone aquella esfera que comprende un ámbito propio del ser humano, vinculado a la realización personal de su titular.

De los conceptos de intimidad dados en el capítulo anterior, podemos extraer que el ser humano que se desarrolla dentro de un ámbito social, guarda para sí y su entorno muy íntimo y cercano aspectos que están relacionados con su esfera íntima y los cuales trata de proteger para que no se revele a terceros, de tal manera que el conocimiento de aquella información catalogada como íntima, está relacionada directamente con la dignidad de la persona, lo cual constituye una faceta de la vida personal, de su necesaria existencia, de la soledad, de sus sentimientos, de su anonimato, de tal manera que la exposición sin el consentimiento, perturba aquella esfera, poniendo en manifiesto aspectos personales, y por ello para evitar afectaciones que perturben la tranquilidad, se ha generado la protección a la intimidad como una manifestación al libre desarrollo de la personalidad, y con el afán de delimitar el acceso de dicha información a particulares,

pues la intimidad permite que se desarrollen otros derechos, por ello el objeto material de protección del delito lo constituye cualquier acontecimiento que involucre aspectos de la vida personal o familiar del sujeto pasivo del delito.

El bien jurídico intimidad, protege datos sensibles que se registran a través de escritos o imágenes, y por ello, los verbos rectores se extienden a varias conductas o supuestos delictivos cuando se lesionan aspectos íntimos de la esfera privada, sin la autorización o causa legal para hacerlo, consecuentemente la protección al bien jurídico intimidad, está ligado a la existencia del ser humano, al desarrollo cotidiano de actividades que al ser develados afectan su estado emocional, pues trasgreden su paz y tranquilidad.

2.4.- Exclusión de la antijuridicidad y tipicidad en el tipo penal

Hemos dejado claro que la intimidad personal, queda reservado a la esfera del propio interesado, su información debe mantenerse libre de intromisión, de tal manera, que por más loable o noble que sea el fin que pretenda un tercero, sino tiene autorización para que se haga visible dicha información, ya sea mediante la publicación o la sola difusión de información privada o reservada, se vulnera el derecho a la intimidad, y entra la protección penal.

El bien jurídico intimidad como otros, puede llegar a ser renunciables, tal como el derecho al honor, lesiones que no superen los 30 días, la usurpación, delitos contra la violación de domicilio, pues el consentimiento eliminaría la tipicidad de la conducta. La doctrina al respecto sostiene:

“El consentimiento es la única causa de justificación no citada expresamente entre las eximentes (...) Sin embargo existen casos en los que, expresa o tácitamente se concede la eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo de injusto del delito en cuestión” (MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte General, pág. 391)

De lo dicho se desprende que la intimidad tiene como característica la disponibilidad, pues el titular de este derecho puede autorizar a terceros el conocimiento de información o datos sensibles que se encuentran protegidos por el derecho a la intimidad, esa autorización, debe ser libre sin lugar a duda y por ende eliminaría la tipicidad del acto, lo que nos lleva a concluir que no existe delito cuando concurra la autorización, ya sea de manera expresa o tácita, en cuyo caso el titular consiente o acepta la intromisión o conocimiento de ciertos aspectos o datos sensibles, este consentimiento de igual forma, puede ser revocado, y ello implica la abstención de conocer o difundir la información catalogada como íntima

Además de lo expuesto, se excluye la antijuridicidad, esto es no existiría infracción penal cuando la conducta se encuentre justificada por: estado de necesidad o legítima defensa, tal como prevé el art. 30 del COIP.

El artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, incluye aquellos actos que por más que se revele información catalogada como íntima, se excluye la tipicidad, es decir que no son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente el titular del derecho, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley. Solo la autorización o

consentimiento del titular para que se dé a conocer aspectos de su vida íntima, torna a la conducta de quien difundió o publicó la información en atípica, al respecto Muñoz Conde y Mercedes García Arán sostienen que el consentimiento “*en algunos tipos penales específicos hace que se le considere más como una causa de exclusión de la tipicidad, que como una causa de justificación*” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2010), por ello el consentimiento elimina la tipicidad, mientras que las causas de justificación eliminan la antijuridicidad

La tipicidad se elimina cuando existe el consentimiento de su titular de ingresar a dicha parcela inherente, por ello el consentimiento, consiste en la declaración unilateral que realiza el titular del derecho con el fin de aceptar la intromisión mediante la manifestación de su conocimiento, ella debe ser claramente manifiesta. La facultad de autorización es ilimitada, pues solo su titular es quien determina o autoriza quién puede ingresar a dicha parcela y quien no, y en caso de haberla, efectivamente se eliminaría la tipicidad, por ello en la descripción típica se dice: “sin contar con el consentimiento o la autorización legal”.

La antijuridicidad es uno de los elementos que conforman la estructura del delito, es decir no es suficiente que una conducta sea típicamente relevante, si no que es necesario justificar que esa conducta es contraria a la norma penal, por ello no todas las conductas típicas son antijurídicas, pues existen causas de justificación que ha decir de Percy García “*no son más que contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor de una conducta socialmente perturbadora*”(García Caverro), por ello sostenemos que las causas de justificación, como el estado de necesidad, o la legítima defensa, pueden

legitimar aquellas conductas que vulneran el bien jurídico intimidad, pues se las puede concebir como normas permisivas generales a todos los tipos.

Por otra parte, tenemos causas que eliminan la tipicidad y que son propias del tipo violación a la intimidad, como aquellas en donde interviene personalmente el titular del derecho, o cuando se trate de información pública, por ello el derecho penal selecciona a través de la tipicidad comportamientos o conductas que vuelven a un hecho aparentemente típico en atípico, en cuyo caso el desvalor de resultado no merecería una sanción penal, pues el ámbito de protección del bien jurídico intimidad, no incluye los supuestos antes descritos, y por lo tanto dicha lesión no puede ser calificada como antijurídica.

Para que sea válido el consentimiento y pueda alegarse la conducta como atípica, esta debe ser sin vicios, además de tratarse de un bien jurídico disponible que en el presente caso y de la investigación realizada, varios autores sostienen que si se trata de un derecho disponible, pues el autor decide quienes puedan conocer aspectos concernientes a su intimidad, y quienes no, por ende renuncia a la tutela del derecho intimidad, por ello, también es importante que el titular del derecho pueda comprender sus actos y las consecuencias que el consentimiento genera. Por último el consentimiento debe ser previo a la comisión del hecho que vulnera la intimidad.

De lo dicho y por imperativo del principio de mínima intervención penal, el legislador ha decidido renunciar a la protección penal cuando existe autorización, cuando se interviene personalmente o cuando se trate de información catalogada como pública. con el afán de que primen otros intereses frente al bien jurídico intimidad, como el

derecho a la información, razones de trascendencia social, así como el derecho a la libertad y el libre albedrío que tenemos todas las personas, sin dejar de mencionar que nuestro ordenamiento jurídico no se compone única y exclusivamente de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que ayudan a que el ser humano tenga un libre desarrollo de la personalidad.

CAPITULO 3

3.1.-La dignidad humana como base del derecho a la intimidad

En líneas anteriores dejamos constancia del reconocimiento de un espacio privado al que tienen derecho todas las personas, así como a salvaguardar y restringir el acceso a información y datos de índole personal, que no pueden ni deben, ser divulgada por terceros sin la autorización del titular, de tal manera que las personas podrán crear una identidad propia, pues a decir de Alonso Peña Cabrera la intimidad supone “*un valor de raigambre liberal, que ha de rodear al individuo de tutela estatal, a fin de cautelar su personalidad*” (Peña Cabrera, 2014), pues al poner en descubierto facetas íntimas, se perturbaría la libre realización personal y por ende la dignidad humana, teniendo en cuenta que dicha protección abarca no solamente un aspecto privado individual, sino también familiar.

La dignidad humana puede ser entendida como un valor intrínseco al ser humano, es el principio básico del cual se genera la protección de varios derechos, incluyendo el derecho a la intimidad personal y familiar, este valor es anterior a la voluntad del hombre, y su reconocimiento implica el respetar su integridad. La dignidad humana se desarrolla a través de otros principios como la igualdad, y por supuesto libertad, libertad que es clave para el desenvolvimiento de los hombres en la sociedad, y que puede ser entendida como aquella autonomía en la que el hombre desarrolla su conducta social, además, la dignidad tiene como clave el respeto, el que se nos valore como personas, en virtud de que el ser humano aparece en primer plano como centro del sistema jurídico, por ello se asevera que “*el respeto a la dignidad de la persona humana es un principio*

material de justicia de validez a priori”(Regis Prado, 2010), incluso lo recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual reconoce a la dignidad humana como derecho fundamental, y por ende busca proteger y garantizar una vida digna.

Sin lugar a dudas, la dignidad humana constituye la base del derecho a la intimidad, la cual debe aplicarse en igual medida a todas las personas sin restricciones, en virtud del principio de equidad y la facultad de relaciones que mantiene el hombre, así como su racionalidad, pues en el marco de lo expuesto, solamente a través del reconocimiento de que las personas tenemos una dignidad, podremos tomar decisiones en base a nuestras convicciones, convirtiéndose de esta manera la dignidad en el fundamento de la ética, pues tiene más un carácter moral, por ello el Ordenamiento Jurídico está en la obligación de garantizar la actuación libre del ser humano, cuyo límite sin lugar a dudas constituye la vida y derechos de las otras personas, por lo que concluiré esta parte sosteniendo que la dignidad consiste en el respeto del hombre por su condición humana, y ello efectivamente implica el respeto de su vida privada, pues lo que en definitiva se busca, es una protección de ataques contra la integridad moral.

Es difícil dar un concepto claro y preciso de dignidad humana, lo que si podemos decir es que constituye la fuente de todos los derechos, pues es reconocido como un valor absoluto, por ello la dignidad implica el dominio de sus acciones, acciones que pueden tener el carácter de privadas, al estar ligadas a la esfera interior, Von Wintrich sostiene que la dignidad del *“hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea.”*(Wintrich, 1957), pues el hombre en definitiva es quien decide

que aspectos de su vida particular da a conocer a terceros o a la sociedad en general y que otros se reserva para sí mismo o su grupo familiar.

De otra parte, sabemos que el derecho Penal tiene como objetivo principal la tutela y protección de bienes jurídicos, los cuales de igual manera se encuentran encaminados por principios como la dignidad humana, principio que sin lugar a dudas debe ser observado por el Legislador, a fin de que pueda tipificar aquellas conductas que vulneren la dignidad, la cual constituye la base del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y así mismo conforma los límites del Derecho Penal.

3.2.- El rol del juez en la determinación de la violación a la intimidad

El derecho penal objetivo lo conforma la norma positiva, es decir aquella descripción típica que regula y limita actuaciones antijurídicas, no solo con el afán de imponer una pena, si no cumplir con una labor preventiva, y evitar el cometimiento de conductas contrarias a la norma penal y vulneratoria de derechos.

Con la vigencia de la oralidad y de nuevos paradigmas jurídicos, el desempeño del juez va mucho más allá de pronunciar una sentencia condenatoria o absolutoria, o de la aplicación “mecánica” del derecho, pues es él, quien dirige las audiencias y resuelve los incidentes que se puedan generar en un proceso penal, principalmente por violaciones al debido proceso o indefensión a las partes, con lo cual se afectaría el derecho a la legítima defensa; por ello y conforme así lo dispone el Art. 169 *“el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales, consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía*

procesal”(Constituyente, 2008), para ello los juzgadores están en la obligación no solo moral, sino también jurídica de administrar justicia en base a la norma penal pertinente, y por supuesto a la aplicación de varios principios que rigen a todos los procesos y aquellos propios al proceso penal, pues lo que se busca es un control social de aquellas conductas que atenten a los derechos y por ende permitan adecuar o moderar una convivencia social adecuada y pacífica.

Tenemos claro que solo mediante ley el legislador puede crear o derogar tipos penales, gracias al principio de legalidad, y observando el principio de mínima intervención penal, el cual sin lugar a dudas cuando realice la descripción típica, debe preocuparse de que la conducta contraria a derecho establecida como un tipo penal, llegue a ser lo más exacto posible, a fin de evitar que los jueces dejen la objetividad a un lado y por el contrario emitan criterios totalmente subjetivos en virtud de creencias, persuasiones de índole moral o simplemente arbitrariedad por parte de quien está obligado a actuar con objetividad para así llegar a la tan anhelada justicia.

Es por ello que he de sostener que la política jurídico estatal debe estar dirigida a la protección de la intimidad con todo lo que ello implica, especialmente teniendo en cuenta que nos desenvolvemos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; por ello, las conductas y actuaciones que transgredan tal espacio y derecho, deben ser observadas y examinadas, no solamente por quien ostenta este derecho, que sin lugar a dudas su actuación en la sociedad es fundamental en cuanto a la protección de su intimidad, sino también por el órgano que impulsa y mantiene el ejercicio de la acción penal, es decir Fiscalía General del Estado, y por supuesto el Órgano Jurisdiccional, instituciones que está en la obligación de garantizar el respeto de todos los derechos, y

por supuesto en el caso específico el respeto al bien jurídico “intimidad”, para de esta manera viabilizar el cumplimiento de la función protectora de la norma penal, y permitir que con ello, la persona pueda cumplir con sus objetivos, satisfacer sus necesidades, garantizar el espacio de intimidad, las ideas, los pensamientos, criterios de vida, costumbres, y todo aquello que garantice el equilibrio en el desarrollo personal.

Es cierto que los Jueces están llamados a aplicar los derechos establecidos en la Constitución, y ello por mandato legal, pues atentos a lo dispuesto en el Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial “*Art. 4.- Principio de supremacía constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.*”, dejando claro la supremacía constitucional, sin embargo, ya en la aplicación o la adecuación típica en el caso del derecho penal, es necesario el análisis de todos los elementos, más allá de que la víctima exija un derecho reconocido en el cuerpo legal de mayor jerarquía como es la Constitución y por supuesto una reparación integral, para ello debe adecuarse la conducta a la norma legal para determinar si cumple con los elementos objetivos y subjetivos que impone la norma sustantiva, y para ello, debe concurrir un análisis crítico y valorativo del derecho violentado y si el mismo se encuentra vulnerado.

El Juez juega un rol fundamental en el amparo al derecho a la intimidad como ya he dejado anotado en líneas anteriores, y no solo en una observación mediática y superficial del derecho vulnerado, sino en un verdadero análisis de la conducta

aparentemente antijurídica, pues no olvidemos que muchas veces se ponen en consideración actos que en apariencia llevan conductas antijurídicas, mas, muchas de ellas en realidad y verdad, no merecen reproche de antijuridicidad, debido a ello, es fundamental garantizar el espacio privado del individuo, pero observando y analizando aspectos colaterales que podrían excluir una conducta como dolosa o antijurídica, es, por tanto el Juez, quien en base a criterios comunes y de conocimiento básico de experiencia, tiene que calificar que conductas deben ser consideradas violatorias a éste derecho, y cuáles no constituyen conductas antijurídicas y por ende no merecen una sanción de orden penal, para ello, es necesario establecer actos, (teniendo en cuenta que el derecho penal moderno, es un derecho penal de acto y no de autor), que nos permitan analizar la conducta con el fin de determinar si aquellos actos son constitutivos de la infracción, por ello es importante tratar de delimitar aquellas conductas que se consideren antijurídicas a éste tipo de delitos, claro está, que la decisión judicial debe, sin lugar a dudas basarse en las pruebas aportadas dentro del proceso, con el fin de determinar si efectivamente se logró demostrar la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del procesado, con el objeto de que se llegue a sancionar la violación de este derecho, como consecuencia del quebrantamiento al ordenamiento jurídico.

De otra parte, y observando la lamentable realidad dentro de los procesos, muchos jueces equivocadamente valoran la condición socio- económica- cultural que tiene la víctima, y en base a esto determinan la tutela que se debe brindar en el caso en concreto, lo que nos lleva a calificar esto como una conducta aberrante, debido a que la ley no puede hacer diferenciaciones de este tipo, pues de lo dicho se vulneraría la dignidad humana, que recordemos es la base fundamental del derecho a la intimidad, por ello este derecho impone el trato igualitario, de tal modo que debe desterrarse definitivamente de

este tipo de procesos las diferenciaciones en cuanto al daño que genera una violación al derecho a la intimidad, pues no es posible que se llegue a calificar de distintas maneras el hecho de que alguien publique o difunda una foto de un albañil desnudo y por otra parte la de un empresario, ambas constituyen conductas antijurídicas, y por tanto la valoración que debe hacer el juez debe ser totalmente objetiva y garantizando principalmente el principio de igualdad, y con ello el derecho a la tutela judicial efectiva, de tal forma que no se deje en indefensión a las partes.

Por ello, es importante que en el análisis que debe hacer el juez, valore en primer lugar lo que debe constituir el derecho a la intimidad, establecer si la intromisión o divulgación de cierta información puede ser catalogada como privada, es decir que recaen dentro de la órbita personal, íntima o privada, o si dicha información puede ser definida como información pública y por ende no merecería una sanción de orden penal, para ello, vamos a tratar los espacios que previamente los hemos delimitado como información o datos de carácter personal para tratar de explicar cada uno de aquellos presupuestos.

Concluiremos esta parte del trabajo sosteniendo que los Jueces deberán a través de un juicio de valor encajar la conducta del sujeto activo a uno de los preceptos que regula el Código Orgánico Integral Penal en forma genérica e inconcreta, de ahí que la sana crítica como instrumento de valoración en este tipo penal, debe guiar al juzgador, a través de directrices claras, coherentes y conforme a la lógica de que cierta conducta efectivamente violento el espacio personal de un individuo, y con ello provoco la vulneración del derecho a la intimidad, todo ello teniendo en cuenta la verdad de los hechos.

Si bien es cierto la sana crítica permite principalmente la valoración de la prueba dentro de un proceso, se la puede aplicar como un criterio de valoración en donde la experiencia, el entendimiento, la razón natural y lógica tienen que llevar al juzgador a establecer si una conducta ha llegado a vulnerar la intimidad en cualquiera de sus formas, y para esto, entra muchos aspectos valorativos, por lo que, la tarea del juez debe conllevar un espacio de reflexión en la que concurren los factores antes señalados, a fin de actuar con absoluta objetividad y fundamentalmente observando los derechos de las partes, sin que podamos dejar de analizar que dicha tarea se vuelve más compleja cuando las disposiciones penales son abiertas y dejan espacio para interpretaciones y valoraciones muy amplias, por lo que, el criterio va a depender de la forma como el Juez valore tanto la conducta del sujeto activo como los medios probatorios.

3.3.- ¿Violación a la intimidad, un tipo penal abierto?

De la estructura del tipo violación a la intimidad (Art. 178 del COIP), vemos que el legislador establecido varios verbos rectores, entre ellos:

Acceder: Tener acceso, entrar a un lugar o pasar a él.

Interceptar: Apoderarse de una cosa que se envía a otro: interceptar una carta. Detener una cosa en su camino

Examinar: Inspeccionar, escrutar, sondear, visitar

Retener: Guardar, conservar.

Grabar: Registrar los sonidos o imágenes por medio de cualquier procedimiento (disco, cinta magnetofónica, etc.) de manera que se pueda reproducir.

Reproducir: Volver a producir,

Difundir: Este verbo rector implica el extender o esparcir.

Publicar: Hacer pública una cosa. Revelar lo que estaba secreto.

Sinónimo de divulgar.

De la simple lectura del tipo penal, y la cantidad innecesaria de verbos rectores que el legislador ha incluido en el tipo violación a la intimidad, podemos considerarlo como un tipo penal abierto, que ha decir de Alfonso Zambrano Pasquel son *“los que describen la conducta o se refieren al resultado en forma llana sin exigir circunstancias especiales que acompañen a la conducta y sin mencionar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado”*(Zambrano Pasquel, 1998), es decir, son aquellos tipos ambiguos de descripción, pues no se limitan a describir la conducta violatoria del derecho de manera específica, lo cual vuelve difícil la tarea del juzgador, debido a que establece varias conductas que no se encuentran descritas concretamente dentro del tipo, de ahí que el Juez debe valorar el acto y buscar adecuarlo eficientemente a cada uno de los elementos del tipo, esto es lo que llamamos “la adecuación típica”, donde es necesario también establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado constitutivo de una infracción.

Como dejamos anotados en líneas anteriores, el tipo violación a la intimidad contiene varias conductas vulneratorias a este derecho, cuando estas deberían limitarse única y exclusivamente a dos: “entrometer y difundir”, debido a que en el primero verbo queda implícito el acceder, interceptar, examinar, retener y grabar, mientras que la difusión conlleva el reproducir, difundir y publicar.

El texto constitucional que regula la intimidad consagrado en el Art 66 numeral 20 “derecho a la intimidad personal y familiar” nos indica los titulares de este derecho (cualquier persona y grupo familiar), y evidentemente el derecho que se quiere proteger, esto es la intimidad, más nos deja un vacío en cuanto a los aspectos que comprenden este derecho, pues si bien es cierto busca la protección de circunstancias concretas en la vida del ser humano, nos nace la duda de que facetas o ámbito de la vida se encuentran protegidas o cobijadas por el derecho a la intimidad, ello también puede generar un espacio amplio de protección, pues cada individuo puede concurrir ante el Juez, con cuantas acciones puedan intrínsecamente ser valoradas como vulneratorias del derecho de intimidad, por ello vemos como se han incrementado los procesos, muchos de ellos sin sustento jurídico alguno.

De otra parte, el Código Orgánico Integral Penal nos describe de una manera general y ambigua los comportamientos que vuelven una conducta reprochable, es decir, desde mi perspectiva la descripción del tipo implicaría una posición valorativa subjetiva del juez en cuanto a considerar que aspectos de la vida personal de una persona entran en la protección al derecho de intimidad, y consecuentemente la determinación de conductas punibles, pues dejaríamos a la percepción del juzgador el establecer si existió o no una violación a la intimidad de una persona, y obviamente esta valoración no puede basarse en interpretaciones extensivas, erradas o tergiversada de la norma, pues dejaríamos de lado la subjetividad que debe tener el órgano jurisdiccional, este mismo análisis se lo puede hacer desde la posición del Fiscal, a quien hay que de alguna manera convencer de que un hecho constituye infracción para que éste pueda impulsar el proceso.

De lo dicho hasta aquí, se podría decir que esto ocurre debido a una falta de técnica legislativa, lo cual sin lugar a dudas generaría inseguridad jurídica, pues si bien es cierto que no podemos describir todas las conductas que se consideren violatorias del derecho a la intimidad, en este trabajo hemos señalado aquellas que son relevantes y que no ameritan mayor explicación tales como información de salud, datos personales, ámbito de carácter sexual, creencias religiosas, aspectos de índole familiar o aquellos que menoscaban la dignidad del ser humano, de tal manera que este análisis corresponde hacerlo al juzgador, teniendo presente el sentido común y elementales criterios de convivencia social, sin olvidar el análisis de las consecuencias que pueden devenir de la indebida intromisión o divulgación de carácter personal, pues pueden también conllevar a afectaciones emocionales o psíquicas como resultado o consecuencia de dicha conducta.

Es claro que el tipo violación a la intimidad regulado en el artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, además de establecer una serie de verbos rectores, los cuales insisto no son más que el producto de una falta de técnica legislativa, señala los objetos materiales sobre los que recae la acción típica, es decir aquel elemento normativo del tipo necesario para su configuración, pues la acción en sí misma no implicaría una conducta antijurídica, si no que es necesario que vaya acompañado de un elemento que en el caso que nos ocupa lo constituirían los datos personales, mensajes de dato, voz, audio y video, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas, sin que en estos elementos descriptivos se determine la vulneración a aspectos íntimos o personales, pues, de la simple lectura del tipo, no se puede deducir que los mensajes de dato, voz, audio y video, objetos postales, información contenida en soportes informáticos tengan relación con la esfera íntima o

individual de una persona, pues, nos genera la duda de que si la difusión de cualquier mensaje, video o audio configuraría este tipo penal o si solamente aquellos datos de carácter personal cuya intromisión o difusión generaría una alteración psicológica o emocional de la persona y por ende un cambio de actitud dentro de la sociedad.

Por otra parte, Juan Pablo Albán ha hecho una crítica al tipo penal violación a la intimidad sosteniendo que *“la descripción del acto ilícito es sumamente amplia y genera un riesgo serio, pues no especifica porque vía se cometería el delito”* (Albán, 2014), por ello esta situación genera un serio problema de interpretación que pueden hacer no solamente los sujetos procesales, sino también el Juzgador, interpretación que muchas veces puede ser extensiva, y ello conlleva a una prohibición expresa, pues como se ha dicho a lo largo de este trabajo, debemos delimitar cuales son aquellos aspectos que pretende garantizar la norma a través de este tipo penal.

La norma penal, debe necesariamente determinar la conducta de una manera clara y precisa para evitar la arbitrariedad o las conclusiones subjetivas a las que puede llegar el juzgador en la toma de decisión, sea en beneficio o en contra de los sujetos procesales, por ello, el tipo penal debe establecer de manera concreta la conducta prohibida, debido a que el tipo penal abierto faculta al Juez a interpretar la norma penal, en algunas ocasiones de una manera errada o con un claro favorecimiento a una de las partes, cuando en realidad el Art. 13 del Código Orgánico Integral Penal nos impone las reglas de interpretación en materia penal, señalando básicamente en los numerales 2 y 3.

Art. 13.- Interpretación.- “Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: (...)

2. *Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.*

3. *Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.”*

Por ello, de manera acertada Maurach sostiene que *“en el derecho penal democrático solamente puede constituir delito y resultar penado si se corresponde exactamente con la descripción contemplada en la ley previa”*,(huanca, 2015)con el objetivo de que el destinatario llegue a conocer de manera clara que actividades dentro de su normal desarrollo son contrarias a la norma, todo ello en virtud del principio de legalidad.

Todo esto ocurre como resultado de que el legislador no ha dejado sentado bases claras de lo que implica la comisión penal de ciertas conductas, y ello definitivamente nos induce a una inseguridad jurídica en cuanto a no determinar que objetos, datos de voz o información puede ser sensible, y por tanto considerada como reservada, es por ello que cabe hacer una valoración de la afectación que conlleva la divulgación o la intromisión de terceros, pues necesariamente el sujeto activo debe actuar con la finalidad y conocimiento de que su actuar vulneraría la intimidad de otro, y esa finalidad es un elemento subjetivo del injusto.

3.4.-Relación del derecho a la intimidad con otros derechos

El derecho a la intimidad puede ser observado desde dos ópticas, el primero implica el derecho a poseer y mantener un espacio personal privado, de soledad, el cual supone el desarrollo de la personalidad y la necesidad humana que implica el ámbito psicológico emocional del individuo, es decir una zona espiritual donde se guardan valores, sentimientos o tendencias sexuales, creencias religiosas, políticas entre otras; y, una segunda óptica, impone la no intromisión a esa esfera íntima, es decir el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias, pues la facultad de disposición o dominio de dicha barrera infranqueable la mantiene su titular, la cual no puede ni debe ser invadido sin un consentimiento previo, de ahí que, como ya dejamos anotado es un derecho personalísimo.

El derecho a la intimidad por tanto, excluye a terceros el conocimiento y la divulgación de aspectos personales e íntimos, y se manifiesta como un derecho complejo, debido a que se encuentra vinculado y relacionado con otros derechos que sin lugar a dudas mantienen una misma concepción, cual es salvaguardar el espacio íntimo en el que se desenvuelve un individuo o su núcleo familiar, pues la intimidad se desarrolla en espacios físicos como su domicilio o lugar de trabajo, puede contenerse en soportes informáticos, documentos como la correspondencia o incluso conocerse a través de la interceptación de llamadas telefónicas entre otras, de tal manera que a pesar de que también han sido recogidos en el ámbito constitucional como derechos independientes, han llevado consecuentemente a que su protección se la plantee en rango penal, y ello porque el domicilio o información de correspondencia son derechos que coadyuvan a garantizar la intimidad y su desarrollo armónico principalmente sin injerencias.

Vinculado a la intimidad, está sin lugar a dudas el honor, como un derecho a la personalidad espiritual, de tal manera que cualquier agravio alcanza trascendencia social y afecta al desenvolvimiento de su actividad como ser social, pues los derechos de la personalidad se los garantiza y protege a fin de que el titular también respete el derecho de los demás y observe las normas de convivencia.

Por ello, me corresponde hacer un análisis breve de cada uno de esos derechos que contribuyen a proteger aquella esfera personal del individuo, teniendo en cuenta que el orden jurídico a través de la constitución y norma penal, reconoce a los ciudadanos como individuos personales, el derecho a no permitir que terceros se inmiscuyan en aspectos de carácter privado que atenten con el libre desarrollo de la personalidad, permitiéndoles de esta manera gozar de tranquilidad.

3.4.1.- Derecho a la inviolabilidad de domicilio

El domicilio es aquel lugar en donde se desarrollan las relaciones familiares, y por ende los aspectos más íntimos de los que habitan en el, por ello es considerado un lugar sagrado para el ser humano, Alonso Raúl Peña cita a Mateu Carbonell quien sostiene que el domicilio es *“aquel recinto u espacio geográfico delimitado, en el cual el individuo desarrolla su vida familiar o socio- económica, lugar que protege su intimidad personal y otros intereses relevantes. La morada constituye un núcleo infranqueable, donde además de desarrollarse actividades domesticas, complementa el derecho a la intimidad personal y familiar”*(Peña Cabrera, 2014), por ende la inviolabilidad del domicilio permite la protección a la intimidad en varios aspectos, principalmente evitando la intromisión de terceros a un espacio en donde se ejerce su

libertad y secretos más íntimos, además contribuye a la protección de otros derechos como la identidad, la imagen, voz etc.

La Constitución del 2008 reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio en su artículo 66 numeral 22 la cual señala que:

*Art 66 numeral 22.-Derecho a la violación de domicilio.-“No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley”
(Constituyente, 2008)*

De igual manera se encuentra regulado por el Código Orgánico Integral Penal, no solo como principio procesal conforme así se desprende del artículo 5 numeral 10. *“Intimidad: toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.”*,(Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014), sino también con un tipo penal propio que impone:

Artículo 181.- Violación de propiedad privada.- “La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla,

será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que, en ejercicio de un servicio público, sin la debida autorización o fuera de los casos contemplados legalmente; o que con una orden falsa de la autoridad pública; o que con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes, viole un domicilio o lugar de trabajo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. En la violación de domicilio se presume que no hay consentimiento del dueño o de la dueña o su encargado cuando no están presentes en el acto que constituya la infracción.”(Penal-COIP (2014)).

El domicilio se constituye en objeto de protección en virtud de que es este quien permite el desarrollo de la vida privada sin injerencias arbitrarias, no solo por particulares, sino también por el Estado y sus funcionarios, ello supone la prohibición de invasión o agresión al domicilio, entendido aquel según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “*el lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos*”, es decir aquel espacio físico donde una persona vive y realiza diversas actividades, no es necesario ser dueño del bien inmueble, basta con ser arrendatario para que este derecho le ampare, pues lo que se tutela es la intimidad en el ejercicio de una posesión más allá de la titularidad de un bien inmueble, esto como amparo a la vida personal y familiar de aquellos que habitan dicho domicilio, pues no solamente este derecho busca la protección del espacio físico, si no la esfera privada que se genera en el.

Los actos de intromisión o de violación al domicilio son conductas antijurídicas que pueden carecer de relevancia jurídica cuando se las hace con el consentimiento de quien habita en dicho domicilio, así como cuando existe orden judicial o se trata de delitos flagrantes, ello en virtud de salvaguardar intereses superiores que pueden devenir en otras conductas antijurídicas y que necesariamente deben ser sancionadas, para ello el juzgador debe ponderar los derechos, pero básicamente debe observar aquel principio de proporcionalidad y de motivación, a fin de no menoscabar el derecho a la inviolabilidad de domicilio, de tal forma que el Órgano Jurisdiccional, mediante un juicio de valor verifique la apariencia de legalidad de dicho acto con el objeto de que la entrada al domicilio no sea arbitraria, ni que la invasión se genere con consecuencias más allá de las necesarias.

3.4.2.-Derecho a la inviolabilidad y al secreto de correspondencia

Desde el año de 1790 se declara en Francia la inviolabilidad de correspondencia, y así mismo es un derecho reconocido a través de la Constitución de la República, dicho cuerpo legal señala que:

Art 66 numeral 21.-“El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; esta 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”(Constituyente, 2008)

La correspondencia como el secreto, no es más que una información cuyo conocimiento concierne a un número limitado de personas, o muchas de las veces inclusive se reduce a un destinatario específico, cuya divulgación puede incluso lesionar otros derechos como la intimidad, pues su contenido puede incluir cuestiones referentes a datos personales o información que pueden menoscabar el desenvolvimiento normal de una persona, y por tanto su esfera íntima, por ello es preciso la abstención de terceros en este espacio.

La correspondencia que se protege puede ser física o inclusive virtual, en virtud de los avances tecnológicos, pues esta puede ser a través de mensajería instantánea, correos electrónicos, redes sociales etc., pero más allá del contenido es decir si esta conlleva datos personales o datos que no se consideren como íntimos lo que de fondo se pretende garantizar es la comunicación a través de un medio epistolar, pues es importante que el ser humano en el desenvolvimiento de su vida diaria mantenga espacios en donde no se inmiscuyan terceros, por ello se busca la impenetrabilidad de comunicaciones o secretos a través de correspondencia, evitando de esta manera el apoderamiento de cartas o mensajes, pues todas las personas tenemos el derecho de comunicarnos intercambiando pensamientos, sentimientos, secretos y como consecuencia de ello terceras personas deben respetar de manera absoluta cuando no se es el destinatario, y no atentar bajo ningún pretexto el contenido de esa información contendida ya sea de manera física o tecnológica.

Este derecho se encuentra además consagrado en otros cuerpos legales de carácter Internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 12), el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17) y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Art. 11).

El derecho a la inviolabilidad de correspondencia como muchos otros no es de carácter absoluto, pues se establecen ciertas restricciones que tienen como objeto el salvaguardar el interés público, tal como puede ser el obtener pruebas que demuestren o la materialidad de una infracción o la responsabilidad de un ciudadano dentro de un delito, el cual sin lugar a dudas debe ser sancionado, y para ello el Fiscal está en la obligación de recoger aquellos elementos de convicción que incluso pueden estar contenidos en correspondencia, y previo registro de los mismos, debe de manera obligatoria mediar una orden judicial, conforme así lo determina la norma, observando de igual forma la obligación de guardar secreto de los asuntos diversos para el que fue requerido su examen, pues caso contrario se estaría haciendo un uso extensivo de la facultad determinada por la ley en caso de obtención de pruebas certeras.

De otra parte, cuando la norma contenida en el artículo 66 numeral 21 de la constitución sostiene que “*Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación*”, nos referimos a la inviolabilidad de comunicación vía telefónica, cuyo objetivo principal es preservar el ámbito de actuación libre de las personas, y por tanto el evitar injerencias de terceros, sin embargo el artículo 476 del COIP faculta al Fiscal para que a través de una orden judicial se puedan interceptar comunicaciones en virtud de la existencia de indicios claros sobre el cometimiento de una infracción, y bajo los siguientes presupuestos:

- Artículo 476.- Interceptación de las comunicaciones o datos informáticos.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad con las siguientes reglas: 1. La o el juzgador determinará la comunicación interceptada y el tiempo de interceptación, que no podrá ser mayor a un plazo de noventa días. Transcurrido el tiempo autorizado se podrá solicitar motivadamente por una sola vez una prórroga hasta por un plazo de noventa días.*
- 2. La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación serán utilizadas en el proceso para el cual se las autoriza y con la obligación de guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen.(Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)*

Por ello, insisto el juzgador está en la obligación de examinar y valorar previo a la autorización respectiva la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del registro ordenado.

De un análisis ligero a otros derechos que permiten una mejor protección a la intimidad encontramos regulados los siguientes:

Art 66 numeral 11 El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. *“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros, sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica”*(Constituyente, 2008)

Art. 66 numeral 19 *“El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley”* (Constituyente, 2008)

Estos derechos y otros que han sido nombrados de manera superficial, se encuentran estrechamente ligados a la vida privada del individuo, y por ende buscan a través de la sistematización de la constitución proteger la zona íntima y reservada de una persona y por ende la facultad de disponer la información con quien crea pertinente como consecuencia de la libertad individual que no puede ni debe ser invadida por terceros.

3.4.3.-Derecho al honor

Si bien es cierto el derecho al honor tiene una diferente naturaleza a los derechos que hemos explicado anteriormente de una manera ligera, sin lugar a duda se encuentra relacionado con la intimidad, ello en virtud de que los aspectos que se han dado a

conocer como resultado de una intromisión o divulgación de datos de carácter personal, en donde no intervenga el consentimiento del titular producen un cambio en la homeostasis del individuo, entendido aquel como “*el estado regular de nuestro ser, en virtud del cual continuamos siendo lo que somos y mantenemos el tono y las tensiones necesarias para la vida*”(Barragan Romero), es decir aquel campo de equilibrio y preservación de nuestro ser.

El honor sin lugar a dudas forma parte de los derechos de la personalidad del ser humano, pues es una cualidad innata de este que emana de la dignidad humana y viabiliza la armonía en la sociedad. Este derecho se lo puede observar desde dos ópticas: la primera interna individual que no es más que la apreciación que tenemos las personas sobre nosotros mismos, y la segunda óptica es la concepción que tienen terceras personas sobre nosotros, es decir cómo se manifiesta pública y socialmente, y ello se encuentra muy relacionado con la libertad de información.

El Diccionario de la Real Academia define el honor diciendo que es “1. *La cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto al prójimo y de nosotros mismos; 2. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al merito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas o acciones mismas del que se las granjea*”, por lo tanto el honor es un valor intrínseco de las personas que implica el respeto, y que como consecuencia de ese respeto se resguarda la buena reputación, por ello la revelación de cierta información que una persona ha decidió mantener oculta o reservada pueden vulnerar el honor de una persona, así como su intimidad.

La STS del 16 de octubre de 2008 considera que el honor consiste en:

“La dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, concepto que parece desdoblado, por tanto, en un aspecto trascendente, que se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en una dimensión social, y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual, que es la consideración que de sí tiene uno mismo. Constituye un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; relatividad conceptual que, sin embargo, no ha impedido definir su contenido constitucional abstracto, afirmando que el derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer de la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público como afrentosas” (RJ 2008/7127)

Este derecho colisiona básicamente con los derechos de libertad de expresión y libertad de información, incluso es uno de los derechos más vulnerados en la actualidad debido al anonimato de las redes sociales, y por otra parte afectando el derecho a la propia imagen, y ello ocasiona la alteración de las relaciones sociales, y su falta de protección genera la vulneración de otros derechos que se encuentran íntimamente relacionados.

3.5.-Casos prácticos relacionados con el derecho a la intimidad

Para evidenciar lo expuesto en este trabajo, he considerado observar dos hechos relacionados con la intimidad, de tal manera que nos permitirá traer los presupuestos elementales de la protección del derecho constitucional, como del tipo penal materia de nuestro estudio.

3.5.1.-Caso 1: Información contenida en un certificado médico

Una funcionaria pública pretende justificar su ausencia al trabajo presentando en Talento Humano de la institución donde labora, tres certificados médicos (documentos físicos) que observan su condición de salud 1).- Trastorno ansioso depresivo mayor moderado 2).- Crisis de Angustia 3).-infección a las vías urinarias. Posteriormente la superior inmediata, sin la autorización de la empleada, obtiene los certificados médicos presentados en Talento Humano, los escanea y levanta a través del QUIPUX (Sistema de Gestión Documental) a fin de solicitar el cambio de funciones de la empleada, debido a su ausencia en el trabajo, y para ello, conjuntamente con su petición adjunta los certificados médicos, remitiéndolos (escaneados) a distintos departamentos.

El cuestionamiento que se hace sobre este tema es:

- a) ¿Los certificados médicos se consideran datos personales y por lo tanto íntimos?
- b) Los certificados médicos fueron presentados para justificar única y exclusivamente la ausencia laboral y no para otro fin.
- c) Nunca existió la autorización de la funcionaria para que otra persona utilice dichos certificados con otro fin.

- d) El hecho de que los certificados estuvieron en Talento Humano ¿pueden ser utilizados sin la autorización de su titular para pedir el cambio de ocupación?
- e) ¿Se puede excluir la antijuridicidad de la conducta de la persona que utilizó sin autorización esos certificados para pedir el cambio de ocupación?

Posición de Fiscalía General del Estado:

En el caso que nos ocupa existieron dos criterios por parte de Fiscalía: el primero que emite un dictamen abstentivo, sosteniendo que si bien es cierto se ha logrado determinar a través de la investigación de la existencia del certificado médico (mismo que ingresa a la institución pública con el objetivo de justificar su inasistencia laboral) y se remite mediante memorando a varios funcionarios de la institución a través del sistema Quipux, conforme así lo determinan varios informes periciales, este tuvo un fundamento y sustento laboral (cambio de puesto), y que si bien es cierto se ha logrado determinar el elemento objetivo del tipo penal, esto es la difusión o publicación de los certificados médicos, éste ha tenido un fundamento comprobado y que al no querer causar daño no se configura el elemento subjetivo (entenderíamos dolo).

Como segunda postura para resolver este tema encontramos la resolución del Fiscal Provincial tras subir a consulta el expediente, el cual parte en su análisis sosteniendo que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y en base a ello se debe velar por la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos, así como de la interpretación sistemática de la Constitución en base a principios y reglas.

El Fiscal Provincial revoca el dictamen abstentivo, manifestado que la divulgación del certificado médico con el propósito administrativo no puede servir de escudo para violentar la intimidad, pues la motivación a la que hace referencia la procesada tiene una connotación ajena a lo dicho, ya que para la supuesta motivación se utilizó un certificado médico que tenía un objetivo claro y personal, contrariando de esta forma la voluntad del titular, pues el documento tiene el carácter de reservado y en virtud de ello terceros no tenían porque conocer el padecimiento ni enfermedad de la víctima.

De las posturas señaladas, sostengo que si bien es cierto el tipo penal tiene elementos objetivos y subjetivos del tipo, no es menos cierto que cuando hablamos del derecho a la intimidad -como hemos dejado anotado- este es un delito de los que la doctrina los conoce como delito formal o de mera actividad, es decir aquellos que llevan en sí el resultado, y no se requiere que se persiga una finalidad, por tanto con la sola publicación se genera el daño, no es necesario demostrar el dolo (intención de causar daño) a la titular de este derecho, sino basta con la difusión de información de carácter personal para que se configure el tipo.

La defensa de la procesada:

La procesada sostiene que no existe siquiera, el elemento subjetivo, (pues nunca actuó con dolo), ni mucho menos el elemento objetivo, pues sostiene que no se verifican los presupuestos fácticos, debido a que es la supuesta víctima quien presenta el certificado médico en primer término y no la funcionaria que difundió, por ende alega que se contó con el consentimiento de la titular del certificado, alegando además que de esta forma la reserva de la información se diluye.

Es decir alega el consentimiento como un medio que elimina la tipicidad objetiva de la conducta y por tanto la antijuridicidad

Acusación particular:

Acusación particular se opone al dictamen abstentivo y pide que se eleve a consulta al Fiscal Provincial, sosteniendo que se ha violentado la intimidad y que el daño se causo con la mera difusión del certificado médico que es lo que sanciona el tipo penal, pues con la sola difusión se altera la tranquilidad de la persona agraviada y se materializa la infracción, causando una afección al bien jurídico protegido, por ello la penalización de este tipo es admisible a título de dolo, sin que quepa justificación alguna, pues la presentación de los certificados tuvieron una finalidad específica (justificar ausencia) y sin la autorización de la titular, se procedió a la difusión.

Por otra parte sustenta su acusación en la reserva o confidencialidad de los documentos médicos, y se opone a la teoría del consentimiento presentado por la defensa, pues el certificado médico no fue puesto en conocimiento de quien lo difundió, si no, la obtuvo arbitrariamente de Talento Humano, en donde la víctima lo presentó única y exclusivamente para justificar la ausencia laboral, por ende el consentimiento no existió.

Criterio personal:

Para resolver estos planteamientos desde mi perspectiva, he de empezar sosteniendo que el estado de salud de una persona le atañe única y exclusivamente a ella y a su círculo íntimo, a tal punto que solamente esta persona puede dar a conocer esta información,

incluso la reserva se extiende al médico quien, está prohibido de revelar datos de salud, de conformidad a lo establecido en el “Reglamento para el Manejo de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud, publicado en el Registro Oficial No. 427 de fecha 29 de enero de 2015, norma que establece como de uso confidencial la información relacionada a la salud de una persona, cuya información incluso perdurará hasta el fallecimiento del titular de la información. Se señala además que quien tenga acceso a su contenido, está obligado a guardar la confidencialidad respecto de informaciones constantes en los documentos antes mencionados, siendo potestad exclusiva de la paciente la autorización para su uso, incluso el médico que sin el consentimiento revele información de carácter personal puede incurrir su conducta en el tipo penal del artículo 179 del COIP.

Por otra parte el artículo 7 del Reglamento señalado anteriormente establece que “toda persona que tenga acceso a su contenido, está obligada a guardar la confidencialidad respecto de la información constante en los documentos que contienen información de salud”, que para el caso este acceso sería para el personal de Talento Humano.

Si bien es cierto en la descripción de los objetos materiales sobre los que recae alguno de los verbos rectores establecidos en el artículo 178 del COIP no consta expresamente los certificados médicos, como dejamos anotado previamente, estos sin lugar a dudas se enmarca dentro de los “datos de carácter personal” pues no se puede entender de otra manera, pues la información respecto de la salud de una persona sólo le concierne a ésta, transformándose en dato personal, por ende, quien acceda, reproduzca difunda o publique esta información, violentaría la intimidad de su titular, pues el bien jurídico tutelado por la hipótesis punitiva lo constituyen los datos personales, siendo los

certificados médicos parte de ellos, pues atentos a lo señalado en el artículo 13 del COIP, “*las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: 1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.*”, por ende lo que se busca es un amparo eficaz del derecho a la intimidad reconocido en la Constitución, y sin lugar a dudas los certificados médicos forman parte de aquella información reservada en virtud de las siguientes normas:

Ley De Derechos y Amparo a Paciente

Art. 4.- “Todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial”

Reglamento Para El Manejo Información Confidencial En El Sistema Nacional de Salud

Confidencialidad -Art. 2 Es la cualidad o propiedad de la información que asegura un acceso restringido a la misma, sólo por parte de las personas autorizadas para ello. Implica el conjunto de acciones que garantizan la seguridad en el manejo de esa información.

Art. 7 *Confidencialidad en los documentos con información de salud:*

“Por documentos que contienen información de salud se entienden: historias clínicas, resultados de exámenes de laboratorio, imagenología y otros procedimientos, tarjetas de registro de atenciones médicas con indicación de diagnósticos y tratamientos, siendo los datos consignados en ellos confidenciales.

El uso de los documentos que contienen información de salud no se podrá autorizar para fines diferentes a los concernientes a la atención de los/las usuarios, evaluación de la calidad de los servicios, análisis estadístico, investigación y docencia. Toda persona que intervenga en su elaboración o que tenga acceso a su contenido, está obligado a guardar la confidencialidad respecto de la información constante en los documentos antes mencionados.

La autorización para el uso de estos documentos antes señalados, es potestad privativa del usuario o representante legal”

Ley del Sistema de Registro de Datos Públicos:

*Art. 6.- “Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, **estado de salud**, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la constitución e instrumentos internacionales.*

El acceso de estos datos solo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial...”

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Art. 6.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales”

Los certificados médicos fueron presentados únicamente para justificar el estado de salud y consecuentemente la justificación para ausentarse de sus labores, es más, dicho certificado médico se entrega a Talento Humano, más no a la persona que hace un uso indebido de los mismos, quien arbitrariamente y sin el consentimiento necesario los obtiene prevalida de su cargo, los divulga, es decir los pone a conocimiento de terceros. Por más noble que haya sido el fin, no tenía autorización o consentimiento para hacer un uso de dichos documentos privados, de tal manera que no debía ni podía escanear el certificado médico y remitirlo como información, lo que debía o podía hacer, era simplemente realizar una referencia del estado de salud, pero nunca escanear el certificado y difundir dicha información, ello configura la infracción prescrita en nuestro ordenamiento jurídico penal como violación a la intimidad, pues terceros no tienen porqué conocer detalles del padecimiento de la víctima, debido a que el documento tiene el carácter de reservado, por ende, no se puede eliminar la

antijuridicidad de la conducta a pretexto de justificar un cambio de puesto, pues como único presupuesto para tal justificación era la autorización del titular.

Para concluir este breve análisis en cuanto a la vulneración de la intimidad, es importante que se respete dicho espacio en virtud de que la divulgación como en el caso que nos ocupa de certificados médicos, no solamente ocasiona un daño directo por la exposición que se hace del estado de salud de una persona, lo que de por sí ya configura la ilicitud del acto, sino también, existen afectaciones colaterales que pueden trastocar el equilibrio emocional y psíquico de una persona, tal es el hecho de que el dato contenido en el informe médico puede ocasionar no solamente los comentarios de terceros, sino incluso discriminaciones, sociales y laborales, ello en consideración al tipo de padecimiento.

Lo cierto es que la divulgación de un estado de salud como es aquella referida a “infección de vías urinarias”, puede traer suspicacias y comentarios de diversas índoles, situación que generaría daño al titular de la información.

Concluiré sosteniendo que al difundir un dato personal ha generado una consecuencia lesiva y por ende violenta la intimidad, por ello la conducta sería antijurídica en virtud de que la lesión al bien jurídico intimidad se desprende de su obrar, más no de la causalidad, por ende la sola difusión de información catalogada como íntima o personal configura el tipo del artículo 178 del COIP.

3.5.2.-Caso 2: Violación a la intimidad relacionada con una deshonestidad académica.

A raíz de un examen previsto por el Ministerio de Educación a nivel Nacional, para terminar el bachillerato, se les comunica a los estudiantes que no pueden presentarse al mismo con ningún equipo electrónico (celular, tablet, reloj inteligente), en el decurso del examen una estudiante es observada por la docente encargada de controlar dicho examen de que estaba haciendo uso indebido del celular, y al requerirle el mismo, se determina que mantenía información de datos referentes al examen.

La información en el celular se extrae con el único objetivo de evidenciar la deshonestidad académica y suspenderle a la estudiante de las actividades académicas.

Los cuestionamientos que se hacen en este caso son respecto de si la docente podía ingresar a la información del celular y extrae aquellos datos concernientes al examen:

- a) ¿Constituyen la información extraída del celular datos privados o públicos?
- b) El estudiante que al requerimiento del docente entrega el celular, ¿faculta el acceso al mismo y por lo tanto existe un consentimiento?

Posición de Fiscalía:

El Fiscal de la causa fundamenta su acusación en el hecho de que mientras la estudiante rendía el examen, la docente le despoja del celular, saca copias de la información, suspende el examen y no le devuelve el teléfono celular, sostiene además que se extrajo dicha información personal de un sistema de mensajería personal (Whatsapp) sin autorización o consentimiento, y que en base a estos datos se elaboro un informe en donde se adjuntan las fotos del examen extraídas del móvil, provocando una calificación

de cero, y perdiendo la posibilidad de ingresar a la Universidad, por ello alega que los hechos narrados conllevan a probar la existencia del delito de violación a la intimidad (Art. 178)

Acusación Particular:

Sostiene en su tesis, que varios estudiantes inobservan la orden de no ingresar con teléfonos celulares, y en esa circunstancia, mientras rendían el examen la madre llama a la estudiante para averiguar el resultado del examen, y en virtud de dicha llamada la docente retira el celular, suspende el examen e imprime los resultados, incumpliendo el debido proceso y los protocolos, exhibe las evidencias a la coordinadora de la provincia, hurgan el celular de la estudiante sin consentimiento, ni autorización de la dueña, encuentran 4 preguntas y se inventan que toman fotos.

Por lo expuesto pide que se sancione la violación a la intimidad, así como la reparación integral por el daño económico, familiar y social.

Defensa:

La procesada sostiene que no se encuentran reunidos los elementos fácticos del tipo penal, y que no se ha violentado datos personales, familiares que afecten la vida íntima de la víctima, por otra parte manifiesta que el examen contemplaba requisitos mínimos, entre ellos la confidencialidad, establecido en el instructivo dado a los estudiantes.

La docente al acercarse a la estudiante se percató que existía información en el celular referente al examen, por ello pide el celular, la estudiante voluntariamente le entrega y

le proporciona la clave, verificando en las fotos los aplicativos, le solicita la coordinadora un informe adjuntando las evidencias, enviando al Organismo correspondiente en Quito para el trámite legal pertinente.

De otra parte alega que los datos correspondientes al examen constituyen información pública, por tanto su obtención y utilización no autorizada constituyen deshonestidad académica, de ahí que no existen los elementos fácticos del tipo penal, de otra parte aduce que no se logró demostrar la materialidad de la infracción en virtud de que no se realizó la desmaterialización de la información del celular por parte de un perito, para determinar la existencia del medio violentado.

Sentencia de mayoría:

Los Jueces analizan que la entrega voluntaria del celular constituyó la autorización para que accedan al teléfono, por tanto no califican de ilegal la intervención de los evaluadores a la información del celular, y como resultado de aquello no existe injerencia indebida, ya que es la propia estudiante a quien le interesaba que comprueben que no fotografió el contenido del examen que estaba rindiendo, y en virtud de ello lo entrega a la docente.

Con el informe además se corrobora que la información extraída del teléfono celular de la estudiante es relativa al examen, por ende concluyen además que se trata de información perteneciente a un Organismo Público, y no corresponde a un ámbito personal, familiar o social, por ello declaran la inocencia de la evaluadora en virtud del inciso segundo del artículo 178 esto es: *“No son aplicables estas normas para la*

persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.”

Voto salvado:

Uno de los jueces que conforma el Tribunal, emite un voto salvado, quien en lo principal manifiesta que todas las personas somos titulares del derecho a la intimidad, que el consentimiento lo otorga el titular del derecho, sin embargo dicho consentimiento no existe, y que la conducta de la procesada se enmarca en los verbos rectores acceder, examinar y difundir a través de adjuntar al informe las copias con las fotografías extraídas del móvil, por ende la conducta es antijurídica, en virtud que ha vulnerado la inviolabilidad de la correspondencia y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, así como a la propia imagen y a la privacidad informática, y que por tanto no se han demostrado causas que excluya la antijuridicidad.

Sostiene además que actuó con dolo, pues en la galería de fotos constaba además fotos personales y familiares y en su WhatsApp conversaciones privadas, y que por tanto no se podría acceder al celular de forma deliberada, debido que la jurisprudencia como las distintas normas, señalan que solamente se tiene la facultad para abrir correspondencia en virtud de la investigación de un delito y con autorización judicial.

También alega que el objeto material de la intimidad puede constituir cualquier acontecimiento que implique aspectos de ámbito personal o familiar

Crítica

Es preciso previo a la contestación de estos cuestionamientos el indicar que la información examinada, no corresponde al ámbito personal, familiar, social, gremial, costumbres o prácticas sociales, salud, domicilio, comunicaciones o secretos, si no que la información extraída del teléfono celular es referente a información que proviene de una entidad pública (Ministerio de Educación). De lo expuesto, se observa que hay un caso de exclusión de la tipicidad, debido a que la norma prevé que cuando se trata de información pública la conducta deja de ser típica, y por ende no es preciso hacer el análisis de la antijuridicidad, mucho menos de la culpabilidad, en virtud de lo expuesto en la norma.

El sujeto activo (docente) debe efectivamente dirigir su conducta al conocimiento de aspectos de carácter íntimo- privado, por lo que la observación casual no puede darse por subsumida en este tipo debido a que no se ha violentado el derecho individual al secreto de su vida como bien jurídico protegido por el tipo penal.

De otra parte, cabe recalcar que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto, y que si bien es cierto existe es un núcleo duro que debe ser respetado por terceros a fin de no menoscabar su dignidad humana, estos derechos no pueden servir de escudo para el abuso desmedido de los mismos, razón por la cual se debe exigir el cumplimiento de normas sociales, en virtud de que vivimos en sociedad y el acatar ciertas reglas viabilizan una convivencia armónica, de tal forma que se debe respetar un límite reglado.

Es importante también dentro de este análisis dejar sentado que la docente estaba actuando como consecuencia del cumplimiento de un deber, y que en virtud de ello presencio una deshonestidad académica por el uso del celular, cuando de acuerdo a las normas establecidas para rendir dicho examen, el portar aparatos electrónicos estuvo prohibido, razón por la cual procedió a pedirle el celular, accediendo voluntariamente la alumna a entregarle. De lo dicho se evidencia que el consentimiento de la alumna se exterioriza, y como consecuencia de aquello la conducta se vuelve atípica, es decir no se configura la injerencia en un espacio personal ajeno, pues de igual manera, no se puede reprochar que se ha violentado la intimidad de una persona exhibicionista cuando esta de manera voluntaria accede a que otros le observen

El voto salvado, asume -sin prueba alguna- que se accedió a información fotográfica o conversaciones constates en la aplicación de WhatsApp, cuando este hecho no estuvo justificado con ningún elemento probatoria, a tal punto que Fiscalía, ni siquiera practico una pericia de reconocimiento de evidencia (celular), menos de la información que pudo haber mantenido en el equipo electrónico, de tal manera que no se comprobó materialidad en cuanto a otra información considerada personal o íntima de la supuesta víctima.

3.6.-Derecho comparado de la protección penal del derecho a la intimidad

3.6.1.-Colombia

En la legislación penal Colombiana, no existe un tipo penal abierto como ocurre en nuestra legislación respecto del tipo “violación a la intimidad”, en dicha legislación se establecen tipos específicos para cada conducta, así tenemos las señaladas en el artículo:

Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

El no establecer tantos verbos rectores, ni objetos materiales, sino tipos específicos para cada una de las conductas que atenten contra este derecho, permite adecuar una conducta típica de mejor manera, como una técnica jurídica adecuada, de tal manera que en la legislación Colombiana no encontramos un solo tipo que abarca todas las conductas violatorias a la intimidad, sino que son varios los tipos, cada uno con distintos elementos objetivos y subjetivos, pero hemos enunciado únicamente el artículo 194 debido a que abarca en general un documento que contenga información reservada.

3.6.2.-España

Artículo 197. 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o

reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran

difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

De la lectura del tipo penal Español que regula el derecho a la intimidad personal, encontramos las distintas conductas violatorias a este derecho a través de varios numerales, que permiten adecuar una conducta al presupuesto fáctico, de tal manera que, de manera acertada y eficaz tipifica las distintas conductas, si bien es cierto en un solo tipo debido al grado de heterogeneidad de los mismos pero esclareciendo cada una de las conductas reprochables, que facilitarían tanto a Fiscalía como a al juzgador a encasillar y determinar si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del tipo, a fin de determinar la materialidad de la infracción, así como responsabilidad.

El tipo penal si bien es cierto es extenso, tiene un mismo objeto de protección que no es otro que la intimidad personal, precepto que busca evitar el acceso no consentido a datos que incumben únicamente a su titular, sin embargo, el tipo penal debe responder al principio de legalidad y por ello es preciso adecuar la conducta al hecho sancionado por la norma penal.

3.6.3.-Argentina

Capítulo III: Violación de Secretos y de la Privacidad

ARTICULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté

cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Este tipo penal regula el bien jurídico intimidad de una manera más amplia pues, basta que el autor se apodere o abra un documento en el cual no conste como destinatario, para que la conducta antijurídica se configure en una conducta punible, de tal forma que no se exige que la información corresponda a datos sensibles o de índole privado, basta su intromisión –pues no es destinatario- para que se adecue la conducta al tipo, se trata de un delito formal, que el resultado se da en la acción.

ARTICULO 157 bis. *-Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:*

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2. *Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.*

3. *Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*

La reserva se hace de archivos de datos personales, de tal manera revelar, acceder insertar dicha información configura para cada caso la infracción.

3.6.4.-Chile

Art. 161-A. “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior. En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión

menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales. Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.”

El tipo penal Chileno que regula la violación a la intimidad se asemeja a nuestro sistema que ha merecido nuestra crítica, pues contiene varios objetos materiales, así como verbos rectores que vuelve difícil el subsumir el hecho a una de las conductas descritas por el tipo penal, por lo que no se limita de forma clara y vuelven a la descripción fáctica en un tipo penal abierto.

4.-CONCLUSIONES.

4.1.-La protección al derecho a la intimidad es una estructuración de raigambre constitucional.

A lo largo de la existencia republicana se han promulgado una serie de constituciones políticas, las cuales trataron de garantizar los derechos de los ciudadanos como un mecanismo para regular la convivencia dentro de la sociedad, garantías que pasaron de meros enunciados a constituir una fuente de las normas, ampliando el ámbito de los derechos, e incorporando al ordenamiento jurídico Ecuatoriano con eficacia obligatoria el ejercicio y goce de los derechos humanos, entre ellos se destaca el derecho a la intimidad que no solamente garantiza el respeto y observancia de una esfera íntima, sino también permite el desenvolvimiento de la personalidad del ser humano.

Es evidente el reconocimiento de este derecho en la constitución, en virtud de que la intimidad es considerada un valor absoluto y esencial para el hombre, por ello es inherente a la persona y coadyuva al desarrollo de la libertad personal, por ello el Estado está en la obligación de tutelar este derecho e impedir intromisiones arbitrarias por parte de servidores públicos y terceros.

4.2.- La colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, implica una valoración del caso en concreto y no en abstracto.

La interpretación sistemática de la constitución, y la igualdad jerárquica de los derechos, permite que a prima facie no se pueda interponer un derecho sobre otro, sin que antes el

juzgador realice un juicio de valor y de ponderación de derechos en el caso en concreto, para ello debe observar los valores jurídicos, como intereses que se tutelan en uno y otro caso.

Cuando entra en colisión el derecho a la intimidad con el derecho a la información se debe observar la veracidad de la información, y el interés general, pues la libertad de expresión es la base de un control al poder público.

Sin embargo cuando se devela información respecto de la vida íntima de un tercero sin su autorización o no revista un interés público, existe desproporción entre la aplicación de estos derechos, pues ninguno es de carácter absoluto, por lo que se debe vigilar para que en nombre del derecho a la información como a la libertad de expresión no se trastoquen gravemente otros derechos y libertades.

4.3.- La violación del bien jurídico intimidad, genera una sanción de orden punitivo.

Al referirnos a la vigencia de los principios y normas constitucionales que determinan al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, impone que los mismos sean recogidos por otras normas, a fin de tutelar eficazmente dichos derechos, de tal manera que el derecho a la intimidad personal y familiar recogido en el artículo 66 numeral 20 de la constitución, ha traído como consecuencia no solamente blandir este derecho, sino, tutelar a través de una norma punitiva tal como se desprende del artículo 178 del COIP, desde este punto de vista el derecho a la intimidad se encuentra protegido de una manera eficiente, pues en un afán preventivo y luego sancionador se busca

tutelar un bien jurídico importante que tenemos todos las personas como es la reserva a un espacio en donde desarrollamos actividades consideradas como íntimas, y para ello, el proceso penal se impone como una herramienta válida para sancionar intromisiones indebidas.

4.4.- El tipo violación a la intimidad, incluye causas que eliminan la antijuridicidad y la tipicidad, y como consecuencia de ello pueden volver una conducta aparentemente antijurídica en lícita.

Dijimos que el delito es el acto, típico, antijurídico y culpable, y que solamente cuando se cumplen todos estos elementos se impondrá una pena como consecuencia de que su acción u omisión ha violentado un bien jurídico protegido por la norma penal.

Una vez que se subsume dicha conducta en la descripción de una norma (supuesto de hecho), corresponde hacer la valoración de la antijuridicidad, que implica que su actuar es contrario a derecho, por lo tanto ilícito, por ello la antijuridicidad va a depender de la tipicidad.

De lo dicho se concluye, que no merece reproche penal cuando la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo interviene personalmente, o cuando se trata de información pública, así mismo se elimina la antijuridicidad cuando se trata de estado de necesidad o legítima defensa.

Por otra parte el consentimiento para el conocimiento o divulgación de información catalogada como íntima por parte del titular vuelva la conducta en atípica.

4.5.-El tipo penal violación a la intimidad constituye un tipo penal abierto como consecuencia de una falta de técnica legislativa.

Consideramos en este punto que debe regularse de mejor manera el tipo descrito en el artículo 178 del COIP, reduciendo a dos los verbos rectores, estos son: entrometerse y difundir, pues creemos que en los mismos se abarcan las otras conductas descritas en el actual código.

De otra parte la norma no hace mención a que todos los objetos materiales deben recaer en el ámbito de lo personal o de lo íntimo, pues de la descripción actual se daría pie a que cualquier tipo de información pueda considerarse como un acto de vulneración al bien jurídico, cuando en realidad lo que se protege es ese espacio privado o íntimo y sin lugar a dudas la información debe estar relacionada al mismo.

En resumen el derecho a la intimidad viabiliza la realización personal de los seres humanos, y lo que se busca es sancionar aquellas intromisiones indebidas o arbitrarias, precautelando aquellos valores o secretos íntimamente relacionados con el desarrollo personal.

Bibliografía

- Albán, J. P. (8 de Agosto de 2014). *Fundamedios*. Recuperado el 27 de Noviembre de 2017, de <http://www.fundamedios.org/tipos-de-delitos-abiertos-en-el-nuevo-codigo-penal-pueden-restringir-aun-mas-el-derecho-la-libertad-de-expresion/>
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* , 3-14.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ramiro Ávila Santamarí.
- Barragan Romero, G. *Elementos del daño moral*. Ecuador: EDINO.
- Bonilla Sánchez, J. J. (2010). *Personas y derechos de la personalidad* (1era ed.). Madrid, España: Reus S.A.
- Castro y Bravo, F. (1941). *Apuntes de dercho civil Español Apuntes de derecho civil español, común y foral, parte general.*, Madrid.
- Constituyente, A. (2008). *Constitucion de la república del Ecuador*. Ecuador.
- Cordero Cutillas, I. (2014). Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI. En A. F. Gardó, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (pág. 27). Madrid: DYKINSON.
- De Cupis, A. (1959). *I Diritti Alla personalita*. Milano.
- de Transparencia, L. (2004). acceso a la información pública. *Registro Oficial*, 337.
- Gálvez Villegas, T. A., & Delgado Tovar, W. J. (2012). *Derecho Penal Parte Especial Tomo II*. Perú: Juristas Editores.
- García Cavero, P. *Derecho Penal Parte General*. Perú: Jurista2012.
- García Falconí, J. (2 de febrero de 2011). *derechoecuador.com*. Recuperado el 20 de Agosto de 2017, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2011/02/02/derecho-a-la-intimidad-personal-y-familiar>
- González, C. (2001). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del Hábeas Data*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de derecho penal, Parte general, Tr. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde*. Barcelona: Bosch.
- Lacruz Berdejo, J. L., & De Asis Sancho Rebudilla, F. (1983). *elementos de derecho Civil Tomo I*. Brcelona.
- legales, E. (2007). *Régimen Penal Ecuatoriano*. Ecuador: Corporación MYL.
- Ley De Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (Suplemento del registro Oficial 162, 31-III-2010)
- Ley De Derechos y Amparo a Paciente, Registro Oficial Suplemento 626 de 03-feb.-1995
- Muñoz Conde, F. (2002). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis S.A.
- Muñoz Conde, F. (2002). *Teoría General del Delito*. Bogotá: TEMIS.

- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nacional, A. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito. Registro Oficial, (180)
- Penal, C., & PUBLICA, E. (2006). República de Chile. *Abogados*, 100(3.200), 3-200.
- Peña Cabrera, A. R. (2014). *Derecho Penal Parte especial Tomo I*. Lima: IDEMSA.
- Regis Prado, L. (2010). *Bien jurídico- Penal y Constitución*. Perú: ARA.
- Reglamento para el Manejo de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud, publicado en el Registro Oficial No. 427 de fecha 29 de enero de 2015
- Romero Coloma, A. M. (2008). *La intimidad privada: problemática jurídica*. Madrid: Reus, S.A.
- Von Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte (1957), citado por Fernández Segado, Francisco. 2003. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán, pág. 205.
- Warren, & Brandeis. (1981). *The right of privacy*. Estados Unidos : Harvard law review.
- Zambrano Pasquel, A. (1998). *Manual de Derecho Penal*. Ecuador: EDINO.
- <https://es.scribd.com/doc/26210129/Miguel-Arcila-06-Definiciones-de-Delito#>
- de la Lengua, R. A. E. (2013). Diccionario de la RAE. *RAE, Diccionario Actualizado RAE*.