



U N I V E R S I D A D
DE LOS HEMISFERIOS

S A B E R Y S A B E R H A C E R

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS

TEMA:

La admisibilidad de las conversaciones de WhatsApp, Facebook, Instagram y Telegram como medio probatorio en los procesos de conocimiento contemplados en el Código Orgánico General de Procesos.

Trabajo De Titulación Especial Previo A La Obtención Del Título De Abogado.

Autor:

Dicarlo Patricio Aguilar Larco

Tutor:

Gabriela Susana Bedón Garzón

DM, Quito, Enero 2020

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia, quien siempre ha estado encaminando mi vida para la toma de buenas decisiones y formándome como ser humano.

Agradezco a todas las personas que han pasado por mi vida, incluso a las que ya no forman parte de ella, pues las enseñanzas que me dejaron logran hacerme una mejor persona.

Agradezco a mis profesores, amigos y en general a quien ha llegado a conocerme de verdad.

Dicarlo.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la legalidad de los chats de las redes sociales o mensajes de datos de WhatsApp, Facebook, Instagram y Telegram en los Procesos de Conocimiento del Código Orgánico General de Procesos con el fin de comprender la aplicación de éstos como medio probatorio en dichos procesos. El presente trabajo analiza la normativa aplicable, los términos y condiciones de las redes sociales antes mencionadas y la legalidad y confidencialidad en la normativa ecuatoriana.

Palabras Clave: Legalidad, Chats de las redes sociales, WhatsApp, Facebook, Instagram, Telegram, Procesos de Conocimiento, Código Orgánico General de Procesos, Medio probatorio, normativa aplicable, confidencialidad.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legality of the social media chats or data messages of WhatsApp, Facebook, Instagram and Telegram in the Knowledge Processes of the General Organic Code of Processes in order to understand the application of these as a means evidence. This paper analyzes the applicable regulations, the terms and conditions of the social networks mentioned above and the legality and confidentiality of Ecuadorian regulations.

Key words: Legality, Social media chats, WhatsApp, Facebook, Instagram, Telegram, Knowledge Processes, General Organic Code of Processes, Evidence, applicable regulations, confidentiality.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes.

Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Nombre: Dicarlo Patricio Aguilar Larco



Firma del postulante:

INDICE

AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS	V
INDICE.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1: Introducción a los Procesos de Conocimiento Contemplados en el Código Orgánico General de Procesos y las Reglas de la Prueba.....	2
1.1 Procesos de Conocimiento. Aspectos generales	2
1.1.1. Proceso. Definición, Objeto y Finalidad	2
1.1.2. Proceso de conocimiento. Definición	3
1.1.3. Procedimientos de conocimiento Contemplados en el COGEP. Aspectos Generales	4
1.2 La Prueba	6
1.2.1. Definición	6
1.2.2. Objeto de la prueba.....	7
1.2.3. Oportunidad, Necesidad y Finalidad de la prueba.....	8
1.2.4. Reglas de la admisibilidad probatoria	8
1.3 La legalidad de la Prueba.....	10
Capítulo 2: Visión Jurídica de las redes sociales.....	12
2.1 Las Redes Sociales. Definición	12
2.2 Naturaleza y alcance de las redes sociales.....	13
2.3. Las Redes Sociales en la actualidad	15
2.3.1. WhatsApp.....	15
2.3.2. Facebook.....	16

2.3.3. Instagram	17
2.3.4. Telegram.....	18
2.4 Normativa Aplicable.....	19
2.4.1 Legislación Ecuatoriana	19
CAPITULO 3: La Legalidad de las Conversaciones Realizadas a Través de una Red Social en los Procesos de Conocimiento Contemplados en el COGEP	31
3.1 La legalidad.	31
3.2 Conversaciones entre privados a través de una Red Social.....	33
Términos y condiciones de WhatsApp.....	33
Términos y Condiciones de Facebook.....	34
Términos y condiciones de Instagram	35
Términos y condiciones de Telegram.....	36
3.2.1 Principio de Confidencialidad	36
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	39
Bibliografía.....	41

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se divide en cuatro partes. La primera parte busca comprender los procesos de conocimiento y las reglas de la prueba que se encuentran dentro del Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”), que son los que contempla nuestra legislación ecuatoriana.

La segunda parte del presente ensayo académico, busca introducir la visión jurídica que tienen las redes sociales. En primer lugar, se analizará una definición de las redes sociales como tal con el fin de comprender el verdadero significado para posteriormente lograr entender su alcance, naturaleza, etc.

La tercera parte, consiste en analizar el principio de legalidad y confidencialidad en los chats de redes sociales específicas y finalmente tendremos las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo en donde lograremos identificar si efectivamente los chats de las redes sociales son un medio probatorio bajo el criterio de legalidad.

CAPITULO 1: Introducción a los Procesos de Conocimiento Contemplados en el Código Orgánico General de Procesos y las Reglas de la Prueba

El presente capítulo tiene por finalidad tratar dos aspectos. En primer lugar, dar aspectos generales al lector acerca de los cuatro procesos de conocimiento que contempla el COGEP (1.1). Por otro lado, analizar las reglas de la “prueba” dentro de los procesos de conocimiento (1.2), y por último realizar un análisis respecto de la legalidad de la prueba (1.3).

1.1 Procesos de Conocimiento. Aspectos generales

Antes de proceder con la definición de un “proceso de conocimiento” (1.1.2) y abordar los cuatro procesos contemplados en el COGEP (1.1.3), es menester comprender qué se entiende por proceso, su objeto y finalidad (1.1.1).

1.1.1. Proceso. Definición, Objeto y Finalidad

Un “proceso”, conforme el doctrinario Devis Echandía se define como “*una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico*” (2013, pág. 143). Por otro lado, el mismo autor, en términos procesales, define a un procedimiento como:

“El conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso-administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.)” (Echandia, 2013, pág. 143).

Para Devis Echandía, el objeto de cualquier proceso judicial es *la relación jurídica o los actos jurídicos o los hechos* (2013, pág. 144), para los cuales, se aplicarán normas que regularán cada caso en concreto y de esta manera, decidir sobre su existencia y efectos jurídicos. Para entender el fin del proceso como tal podemos dividir su definición en dos grupos: el objetivo y el subjetivo.

Dentro del sentido Objetivo del proceso, *“el fin de él es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto”*, y para el sentido subjetivo del proceso, el fin será *“la tutela de los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humana”* (Echandia, 2013, pág. 145). Ambos conceptos *“encierran gran parte de verdad, pero no en absoluto; tomados en forma excluyente desvirtúan la verdadera naturaleza del proceso jurisdiccional, pero sí se coordinan, nos dan su verdadera noción”* (Echandia, 2013, pág. 145).

En el sentido objetivo, se debe entender que la actuación de la ley no puede ser un fin sino el medio que el Estado utiliza dentro del proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que se está presentando, así también para la violación y el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos subjetivos. Por otro lado, en el sentido subjetivo, se da prioridad a la tutela de los derechos subjetivos.

Si bien es cierto, el proceso resulta beneficioso para una de las partes o para todas las partes que lo impulsan o persiguen; sin embargo, no hay que confundir esto con el fin principal que realmente es la satisfacción de un interés público y general.

Por lo tanto, el fin principal que realmente persigue el proceso es *“la realización del derecho mediante la actuación de la ley en los casos concretos, para satisfacer el interés público o general. Mantener la armonía y la paz sociales, y tutelar la libertad y la dignidad humana”* (Echandia, 2013, pág. 146).

Su fin secundario, según Devis Echandía es, *“(en materias civiles, laborales y contencioso-administrativas) lograr, cuando existen intereses contrapuestos, la composición justa del litigio, y cuando no, la declaración del interés tutelado por la norma o derecho subjetivo para resolver el problema de su incertidumbre o del requisito para su ejercicio (lo último en los procesos de jurisdicción voluntaria y en los contenciosos sin litigio)”* (2013, pág. 146).

Por lo que, en virtud de lo expuesto, se concluye que *tutelar el interés general en la realización del derecho objetivo sustancial, para mantener la armonía y la paz social y para tutelar la libertad y la dignidad humanas* (Echandia, 2013, pág. 146) es el fin del proceso; y que además, no hace distinción para ninguna rama del derecho.

1.1.2. Proceso de conocimiento. Definición

Ahora, una vez abordado el “proceso”, es preciso definir al “proceso de conocimiento” y tratar los aspectos generales de los cuatro procesos contemplados en el COGEP.

El proceso de conocimiento es mejor conocido como proceso declarativo genérico debido a que tiene como finalidad el reconocimiento o declaración de un derecho o

responsabilidad. En este proceso el juez regula conflictos singulares de intereses, y determina quién tiene el derecho; es decir, el juez es quien decide.

Dentro de este proceso debemos tener en cuenta que se trata de una pretensión discutida y en consecuencia implica la necesidad de declarar quién tiene razón, no de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada. En el proceso de conocimiento, el mandato debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia. En cambio, en el proceso en donde existe un derecho preestablecido y una pretensión clara y determinada, el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución.

En el proceso de conocimiento, es el juez quien va a determinar con base en sus facultades, qué parte procesal tiene la razón y, una vez realizada la práctica de la prueba, ordenará a la parte que no ha cumplido un determinado negocio jurídico, a través de una sentencia, dar cumplimiento a sus obligaciones.

1.1.3. Procedimientos de conocimiento Contemplados en el COGEP. Aspectos Generales

Los procedimientos contemplados en el COGEP son: i. Ordinario; ii. Sumario; iii. Voluntario, iv. Contencioso Administrativo y Tributario, cada uno con diferente tratamiento.

i. Procedimiento Ordinario

El COGEP establece que este tipo de procedimiento se aplica para todas las pretensiones que no tengan un procedimiento en específico. Este procedimiento consta de dos audiencias. En la audiencia preliminar, las partes formulan excepciones previas, se pronuncian respecto de la validez procesal, se presentan los fundamentos de la demanda y contestación a la demanda, se promueve la conciliación, se anuncian las pruebas y se resuelve sobre su admisibilidad. En la audiencia de juicio se practica la prueba y las partes intervienen con sus alegatos finales.

ii. Procedimiento Sumario

Bajo este procedimiento, se tramitan las acciones determinadas en el Art. 332¹ del COGEP. Es un procedimiento de audiencia única que consta de dos fases, la primera de

¹ COGEP, Art. 332 (“Se tramitan por el procedimiento sumario: 1. Las ordenadas por la ley. 2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso

saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación; y la segunda, de prueba y alegatos.

iii. Procedimiento Voluntario

En este procedimiento los juzgadores conocerán y resolverán la controversia evitando acudir a un juicio contencioso. Sólo ciertas materias de relevancia jurídica se resuelven dentro de este procedimiento y esto es debido a que se iniciará por medio de una solicitud de todos los interesados².

iv. Procedimiento administrativo y tributario

Los procedimientos contencioso administrativo y tributario tienen por objeto tutelar los derechos de todas las personas y realizar el control de legalidad de los actos, hechos administrativos o contratos del sector público, sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo. Así también, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa. Dependiendo de las acciones por las cuales se inicie este proceso tendremos una única audiencia o a su vez, dos audiencias, una audiencia preliminar y una de juicio.

* * *

Cada proceso tiene su propia regulación y comportamiento. Así también, cada procedimiento contempla una fase probatoria, la cual es analizada a continuación.

de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial. 3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura. 4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley. 5. Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas. 6. Las controversias relativas a facturas por bienes y servicios, y las relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en la vía ejecutiva. 7. Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios. 8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia. 9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación. 10. La partición no voluntaria”).

² COGEP, Art. 334 (“Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes: 1. Pago por consignación. 2. Rendición de cuentas, 3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente. 4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo. 6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda. También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción”).

1.2 La Prueba

1.2.1. Definición

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “prueba” quiere decir “*Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo*”; y entendiendo su naturaleza jurídica como tal; conforme a la misma fuente, se menciona que es la “*Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*”.

En doctrina, se reconocen dos sentidos de “prueba”. Por un lado, se entiende a la prueba como la actividad dirigida a comprobar afirmaciones y, por otro lado, tenemos a la prueba como un instrumento que permite que el juzgador llegue a una convicción.

Para el jurista **Eduardo J. Couture**, la prueba significa “*la acción y efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación*” (1993, pág. 215). En otras palabras, Eduardo Couture dice que la prueba es un tipo de experiencia cuya finalidad será hacer palpable la exactitud o inexactitud de una afirmación. Esta prueba debe ser la comprobación de algo hablando en materia civil.

Para **Hernando Devis Echandía**, tiene un interés público para que el proceso llegue a una decisión acertada y justa; es por esto que, es el juez quien tiene la obligación de investigar la verdad de las afirmaciones hechas por las partes (2001, pág. 216 y 217).

Según el criterio de **Francesco Carnelutti**, el término “prueba” se utiliza como un método para comprobar la verdad de una afirmación, y no debe confundirse nunca con el procedimiento que se debe emplear para verificar una proposición. (1982, pág. 38).

Así también, **Kielmanovich**, considera que la prueba es “*un procedimiento para la fijación de los hechos, aunque de hechos de interés para la litis no admitidos expresamente o admitidos pero indisponibles, a partir de las concretas fuentes (personas o cosas) que el ordenamiento determina o autoriza*” (1996, pág. 20).

Una vez puntualizado aquello, es momento de otorgar la definición de la prueba. Esta es un instrumento que servirá para acreditar la veracidad o falsedad de una afirmación de hecho. En Ecuador la prueba tiene como fin que el juzgador llegue al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, proporcionados por las partes.

1.2.2. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba son los hechos. **Kielmanovich** menciona que “*los hechos desempeñan una triple función en el proceso. Son fundamento de la pretensión o de la defensa, pero además son objeto de la prueba y fundamento de las sentencias*” (1996, pág. 32).

De igual manera, **Carnelutti** nos indica que, *el objeto de la prueba no son los hechos per se, sino los hechos afirmados por las partes* (1982, pág. 49 y 102). Teniendo en cuenta esto, los hechos no se probarían sino que sólo serían conocidos. Lo que se debe comprobar son las afirmaciones hechas por las partes. Por ello, para algunos autores como **Muñoz Sabaté** “*el objeto de la prueba es la realidad, porque dentro de ella se incluyen situaciones estáticas y dinámicas*” (2013, pág. 18).

Ahora, se mencionó anteriormente *infra* que el objeto de la prueba son los hechos. Es así que, existen tres tipos de hechos: (i) hechos controvertidos, (ii) hechos no controvertidos y (iii) hechos que no requieren ser probados.

Respecto del primero “hechos controvertidos”, estos son los que una parte afirma y la otra parte lo niega. Respecto del segundo, “hechos no controvertidos” estos son los que una parte afirma y la otra parte no lo niega. Por último, los “hechos que no requieren ser probados” son aquellos que se encuentran estipulados en el COGEP, estos son:

“Art. 153.- Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvenición o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única.

2. Los hechos imposibles.

3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.

***4. Los hechos que la ley presume de derecho*” (Énfasis agregado).**

Es así que, la parte que afirma un hecho, debe tener en cuenta los tres tipos de hechos enlistados en los párrafos precedentes.

1.2.3. Oportunidad, Necesidad y Finalidad de la prueba

Toda prueba anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, tendrá la posibilidad de ser admitida siempre y cuando cumpla con los requisitos que se necesitan para que sea aceptada como tal, y que no recaiga en los hechos que no deben ser probados que ya los hemos mencionado anteriormente.

“La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”,

Dentro de un proceso de conocimiento, hay que tener en cuenta que el juez determinará, a través de los medios probatorios, qué parte procesal es a la que se le reconoce el derecho y a qué parte se le obliga a reconocer el derecho. Entonces, la prueba es fundamental para poder determinar aquello. Si no tuviéramos prueba, no pudiéramos reconocer la existencia del derecho y por consiguiente nadie cumpliría con la obligación que se ventila dentro del proceso. Es decir, es muy necesaria la prueba y de gran importancia, dado que ayudará a que el juzgador tome una decisión acerca de los hechos controvertidos dentro del proceso en cuestión.

La prueba tiene por finalidad llevar a quien está conociendo la causa; (juzgador), a que tome una posición de convencimiento y; de esta manera, acepte como verdaderos a los hechos y circunstancias controvertidos que se ventilan dentro del proceso.

Dicho de otro modo, el fin de la prueba es acreditar o desmentir un hecho controvertido alegado por una de las partes. Es decir, el fin es determinar si las afirmaciones o negaciones de hechos de las partes, pueden o no sustentar sus pretensiones o excepciones.

1.2.4. Reglas de la admisibilidad probatoria

1.2.4.1. Noción de admisibilidad

Se puede decir que la admisibilidad es un acto propio del juez. Es él la persona que tiene que verificar la idoneidad del medio con el cual se pretenden probar los hechos alegados, para que, posteriormente, sean estos medios los que le ayuden a emitir su decisión.

El medio de prueba que se ofrezca por una de las partes intervinientes en el proceso, influye en los criterios de admisión en los que debe basarse el juez. Esto es de gran

importancia porque a través de la admisibilidad de los medios probatorios garantizamos el debido proceso y específicamente, el derecho a la defensa de cada una de las partes.

1.2.4.2. Reglas o requisitos

La legislación de nuestro país dentro del COGEP, establece requisitos de la admisibilidad probatoria. Estos son los criterios que debe analizar el juzgador para poder aceptar el medio probatorio y continuar con el proceso.

“Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

En la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente”.

1.2.4.3. Pertinencia

Uno de los requisitos para que la prueba sea admitida es la pertinencia. Es decir, la prueba debe ser adecuada para los hechos. El COGEP reconoce a la pertinencia dentro del proceso como *“La prueba que deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”*. Es así que, el juez, a pesar de no ser parte procesal, debe ser prudente para valorar esta situación con el fin que no extrañe a futuro la prueba que no fue admitida en su momento.

1.2.4.4. Conducencia

La conducencia es requisito necesario para que un medio de prueba sea admitido por el juez. Nuestra legislación; asimismo dentro del COGEP, recoge a la conducencia probatoria como *“la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los*

hechos que se alegan en cada caso”. Hay que tener en cuenta que ser conducente también implica buscar la eficacia de la prueba para producir el convencimiento del juez.

1.2.4.5. Utilidad

Citando al **Dr. Santiago Guarderas Izquierdo**, la utilidad de la prueba consiste en *“toda prueba con la que pueda establecerse un hecho controvertido que aún no se encuentre demostrado por otro medio de prueba pertinente y conducente”* (2017, pág. 124). La prueba es útil cuando es extremadamente necesaria para que el juez pueda pronunciarse y dictar su fallo.

1.2.4.6. Para su admisibilidad

La conducencia, pertinencia y utilidad son requisitos de admisibilidad probatoria y constituyen criterios que permiten analizar la prueba que se presenta. Adicionalmente, incluimos a la legalidad porque este es un criterio de procedibilidad que le permitirá al juez poder analizar la prueba de manera abstracta.

1.3 La legalidad de la Prueba

Si bien este es un requisito de procedencia, hay que entenderlo muy bien para comprender el tema de estudio. Según el **Dr. Santiago Guarderas Izquierdo**, *la legalidad consiste en que se haya pedido, ordenado y actuado de conformidad con los principios y normas previstas en el Art. 294, numeral 7, literal d*” (2017, pág. 125). En el COGEP, esto es:

“La o el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba conducente, pertinente y útil, excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código, y que fueron anunciadas por los sujetos procesales”.

En cuanto a la legalidad de la prueba, es menester saber que este requisito implica que el medio de prueba que se quiera presentar, se haya establecido por ley para que se practique en la forma que sólo la ley prevé y además, en el plazo en el que la ley determina.

La legalidad tiene lazos estrechos con la formalidad y la oportunidad, dado que estos principios hacen que el medio probatorio sea válido y lícito. Así, en el momento procesal cuando se practica la prueba, el juez debe analizar la evidencia y de acuerdo a los criterios de legalidad y legitimidad desestimar o no la prueba cuando procede.

Si bien es cierto, todos tenemos un legítimo derecho a la prueba, la misma, debe ser lícita. En otras palabras, el juzgador es el que tiene el deber de analizar que los medios probatorios que se presenten no se encuentren viciados, tanto por su obtención como por su elaboración y de esta manera saber si pueden ser aceptados o no.

Se debe entender que, el carácter legítimo de la prueba se deriva del modo de obtención de un medio probatorio, por lo que, constituye prueba ilícita aquello que ha violentado los derechos fundamentales de las personas o se haya obtenido a través de un medio no válido para el mismo y mediante fuerza o algún tipo de coerción. Lo cual constituiría, prueba no válida y contraria a la ley.

* * *

En conclusión, los procesos de conocimiento contemplados en el COGEP establecen una fase probatoria la cual debe contemplar los requisitos que la normativa exige, que de no configurarse, la misma no será admitida en los procesos.

Capítulo 2: Visión Jurídica de las redes sociales

Nos encontramos dentro de una era tecnológica. Esto hace que necesariamente tengamos que capacitarnos para ir de la mano con esta y no quedarnos atrás. Aquello, no es tan sencillo como parece pues, tendremos que analizar cuestiones puntuales que se unan con el ámbito de estudio para así determinar su admisibilidad como tal.

Las redes sociales hoy en día, son las creadoras de muchísimos negocios jurídicos. Además, nos dan un sinnúmero de herramientas tecnológicas para cumplir nuestras finalidades comunicativas. En tal virtud, debemos analizar si estas herramientas serán útiles y legales al momento de entrar en materia civil en un proceso de conocimiento, de conformidad con la legislación ecuatoriana.

En el presente capítulo analizaremos el efecto jurídico que tienen las redes sociales. En otras palabras, se buscará ver la viabilidad de los chats de las redes sociales como medios probatorios, dentro del ámbito legal de nuestro país.

2.1 Las Redes Sociales. Definición

Históricamente existen varias definiciones de red social. Sin embargo, para abordar el objeto de estudio de este documento académico es necesario que se tome en consideración los principales postulados de estas ciencias.

La creación del término *red social* es atribuida a dos antropólogos particulares cuyos nombres son: Alfred Radcliffe-Brown y Jhon Barnes. En este sentido; para ellos, “*una red social es una estructura social formada por personas o entidades conectadas y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común*” (Ponce, 2012).

Gracias a esta definición podemos describir los componentes fundamentales del término *red social*: En primer lugar, tenemos a una estructura social formada por personas o entidades. En segundo lugar, denotamos las relaciones o intereses en común que tienen dichas personas.

Ahora, para referirnos al internet hay que entender su definición propia: “*red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación*” (DRAE, 2019).

El conocido término anglosajón “*Web*”, se refiere al “*sistema de distribución de información basado en hipertexto accesible a través de Internet*”, que se traduce al

castellano como red o telaraña (Ponce, 2012). De aquí se desprende el término técnico del internet, (*red*). Por otro lado; el segundo término; (*social*), hace referencia a la intervención de las personas o agrupaciones colectivas en dicha *red* a nivel informático; es decir, dentro del mundo digital.

Las matemáticas junto con las ciencias de la computación elaboraron *la teoría de grafos*. Esta teoría representa a las redes sociales mediante nodos conectados por aristas; es decir, los nodos son los individuos y las aristas son las relaciones que les unen, todo esto es la conformación de un *grafo*. “*Es una estructura de datos que permite describir las propiedades de una red social*” (Ponce, 2012).

Gracias a esta teoría, se pueden analizar las redes sociales existentes entre los empleados de una compañía y; de igual manera, entre las personas que utilizan WhatsApp, Facebook, Instagram, Telegram, etc.

Para concluir con una correcta definición; encuadrándola al tema de estudio, podemos decir que *red social* es una estructura social formada por personas a través de conexiones directas entre medios tecnológicos mediante un protocolo especial de comunicación que permite la distribución de información basándose en hipertextos accesibles a través de Internet. Tecnología con la cual nos permitimos estar conectados por encima de las barreras físicas. (DRAE, 2019), (Ponce, 2012).

2.2 Naturaleza y alcance de las redes sociales

Las redes sociales tienen naturaleza social. Son hechas para que las personas se puedan comunicar a través de un medio digital, rompiendo barreras físicas. Dicho en otras palabras, su naturaleza; para lo que han sido creadas, es para la interacción social y, en el presente caso, se utilizan plataformas digitales para el cumplimiento de su objetivo.

Danah Boyd y Nicole Ellison; profesoras estadounidenses, definen los servicios de redes sociales como:

“Servicios con sede en la red que permiten a los individuos: 1) construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado o cerrado, 2) articular una lista de otros usuarios con los que comparten relaciones, 3) ver y recorrer esa lista de relaciones que las personas relacionadas tienen con otras dentro del sistema” (Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship , 2007).

Dentro de esta definición podemos darnos cuenta que se busca que las personas se relacionen con otras; es decir, a través de los servicios que nos brindan las redes sociales podremos lograr el fin para el cual fueron creadas; comunicarnos con otros para cumplir con nuestros objetivos personales.

La tecnología ha potencializado la interacción social de los seres humanos. Ha permitido que las redes sociales evolucionen de una manera notable convirtiéndose en un factor fundamental para interconectar a personas de diferentes partes del mundo. Tan solo creando un perfil en una red social, se puede intercambiar información con otras personas e incluso, realizar negocios jurídicos.

Según *The Economist*, existe una gran aportación para el mundo y esto consiste en haber transformado a las redes sociales como “*inmejorables herramientas de comunicación masiva*” (Ureña, 2013).

Podemos concluir que las redes sociales de las que nuestro trabajo académico habla, son creadas por los usuarios y para los usuarios a través de los servicios que Internet nos ofrece. Su naturaleza es ser un medio de comunicación entre personas para que logren cumplir los fines para los cuales están interactuando. Dentro de estos fines se pueden encontrar obligaciones de carácter natural o legal o simplemente un medio de comunicación.

Hoy por hoy, la popularidad que tienen las redes sociales genera un gran impacto en el tráfico jurídico, tanto es así que si a una empresa se le crea un perfil y esta quiere ser visitada, la empresa tiene que pagar para que los usuarios de esa aplicación la observen y conozcan.

El alcance de las redes sociales es simplemente imparable. Hoy en día miles de millones de personas son las que componen los usuarios de las cinco mayores redes sociales a nivel mundial que lejos de sorprendernos, nos demuestra hasta qué punto han llegado a tener incidencia estas redes *sociales* (websa100, 2018).

Continuando en esta línea, respecto del alcance de las redes sociales, según Ricardo Villanueva implica “*el número de personas a las que estamos llegando con nuestro contenido y es uno de los parámetros que debemos de estar midiendo en forma constante*” (2015). Sin embargo, el punto al cual pretendemos llegar con el presente capítulo es que

los lectores tengan en cuenta que hoy en día las redes sociales ya no se utilizan sólo para comunicarse, sino que tienen una gran incidencia en los negocios jurídicos.

Es a través de la comunicación una de las formas en que una persona llega a obtener lo que estaba buscando; no obstante, en la actualidad, las redes sociales están teniendo otros tintes. Por ejemplo, Facebook tiene una opción que direcciona dentro de la misma página a “*Marketplace*”, un lugar en donde puedes realizar negocios jurídicos.

Por lo general, en las redes sociales se puede crear un “chats” o páginas (ventana) de comunicación interpersonal, en donde se dialoga con otras personas para conversar, negociar, comunicar algo o para obtener lo que necesitabas.

2.3. Las Redes Sociales en la actualidad

2.3.1. WhatsApp

Conocida oficialmente como *WhatsApp Messenger Inc*, esta red social es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes y fue creada en 2009 por Jan Krum y Brian Acton. El motivo de su nombre; *WhatsApp*, se deriva de la frase “*What’s up*”, que viene a significar “Qué pasa”, en castellano. (Castrejón, 2013)

Además, se debe mencionar que, “*La aplicación es un software de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, vídeo y audio, así como la localización del usuario siempre y cuando se tenga conexión y gps*” (Castrejón, 2013).

La naturaleza de esta aplicación comenzó como un medio de mensajería instantánea; como ya lo hemos dicho antes, para que las personas se puedan comunicar. Incluso, los creadores de esta mencionaban que *WhatsApp* no se ha convertido en una app llena de publicidad online para generar dinero porque ellos querían “*hacer algo que no fuese un centro de intercambio de anuncios*” (Castrejón, 2013).

Sin embargo, en la actualidad no únicamente se utiliza para mantener una conversación social. Las personas, a través de sus conversaciones, realizan un sin fin de actuaciones jurídicas que deberían tener relevancia en la legislación ecuatoriana. Un ejemplo pequeño son los contratos de compra venta que realizan sin darse cuenta; pues, por medio del acuerdo de voluntades se está pactando cosa y precio dentro de una simple conversación.

En la actualidad más de 1,500 millones de personas a nivel mundial usan esta aplicación de mensajería instantánea. Según datos de la consultora en marketing *We Are Social* (Martínez, 2019). Su sencillez al utilizarla ha convertido en una aplicación móvil imprescindible para cualquier persona que cuente con un teléfono inteligente.

Una característica importante de esta aplicación es el autoguardado de mensajes. Es decir, mantiene la línea de pensamiento que tienes con la persona al otro lado del móvil, se puede ver de lo que estaban hablando en momentos anteriores con fecha y hora. Hay muchas aplicaciones de mensajería instantánea similares a esta, pero su naturaleza cambia, pues algunas de ellas eliminan los mensajes que has enviado y de esa manera no existe registro alguno.

2.3.2. Facebook

Se creó en 2004 con un tinte universitario. Su finalidad era comunicarse única y exclusivamente con los estudiantes de la Universidad de Harvard (Limón, 2012). A pesar de que fue creada exclusivamente para estos estudiantes, su naturaleza se fue perdiendo poco a poco pues, sus restricciones de uso ya no existían. *En septiembre del 2006 amplió sus fronteras permitiendo así que cualquier persona que tenga un correo pueda acceder a dicho portal* (Flores Cueto, 2009).

Hoy en día es la red social más utilizada en el mundo según estadísticas de la página *we are social*, y es posible unirse a ella simplemente con acceso a internet y cuenta de correo electrónico.

Su creador es Marck Zuckerberg y este personaje está pensando constantemente en qué hacer para innovar Facebook. Tanto es así que hoy en día esta aplicación cuenta con una plataforma llamada *Marketplace*, un lugar en donde los usuarios de Facebook cuentan con un espacio para publicar y vender productos o servicios.

Según datos de Facebook, cerca de 1/4 de los usuarios totales (450 millones de personas) de la plataforma visitan grupos de compra y venta en forma mensual. (Zárate, 2015). Y esto no es todo pues, para utilizar *Marketplace*, los usuarios de Facebook sólo deben aplastar el ícono de esta y podrán buscar y filtrar resultados según las distintas categorías, precios, ubicación, etc.

Esta es una aplicación que comenzó siendo de interacción social únicamente; sin embargo, al día de hoy es una de las aplicaciones en donde se realizan varios negocios jurídicos.

2.3.3. Instagram

Instagram nació en el 2010. Comenzó como una aplicación para tomar fotografías, editarlas y compartirlas. (Brando, 2012). La forma en la que esta aplicación funciona se basa en que *“luego de tomar la foto, la aplicación permite aplicar filtros a la imagen que hacen que ésta simule haber sido tomada por cámaras mecánicas, simulando la textura, por ejemplo de las Polaroid o de las Lomo”* (Brando, 2012).

Esta red social fue diseñada para personas con una gran afición por la fotografía porque tiene un número considerable de formas para la edición de fotos, mejorando o cambiando por completo a la imagen inicial. *“Una vez que el usuario elige el filtro deseado, la foto es subida a su perfil online y compartida con los demás usuarios de la plataforma”* (Brando, 2012).

En sus inicios, era independiente de las demás redes sociales; sin embargo, hoy en día esta red social de fotos tiene una relación muy cercana con Facebook y Twitter, porque las imágenes que se suben a la aplicación Instagram se comparten directamente con las aplicaciones Facebook y Twitter. Esto permite que los usuarios de las otras redes sociales puedan ver el contenido que has compartido sin ser parte de Instagram. (Brando, 2012).

Hoy en día, la aplicación cuenta con muchas más posibilidades de uso que el solo hecho subir fotografías y editarlas. *“Desde junio del 2013, se incorporó la posibilidad de tomar vídeos cortos (de hasta 15 segundos de duración) que se editan y comparten de forma similar al servicio de fotografías”* (La Hora, 2015).

Esta aplicación llegó a tener tanto éxito que fue adquirida por Facebook. (Brando, 2012). Se realizaron varios cambios dentro de Instagram y, actualmente, es una aplicación que sirve tanto para la comunicación social como para la realización de negocios jurídicos. Como ejemplo, a través de la aplicación de Instagram se pueden ofrecer varios productos y servicios y un usuario puede acceder a ellos enviando un mensaje solicitando la compra de dicho producto o servicio.

2.3.4. Telegram

Telegram es una aplicación que cumple con la naturaleza de un servicio de mensajería instantánea. Además, su aplicación cuenta con servicios para la computadora en donde no se requiere de un teléfono inteligente para utilizarla. También tiene funciones que permiten descargar archivos, ver contenido digital y, en pocas palabras es una alternativa de WhatsApp. (247Tecno, 2017).

Esta aplicación, oficialmente llamada *Telegram Messenger* es un servicio de mensajería por Internet desarrollado por Nikolai y Pavel Durov. Dicha aplicación, que consiste en enviar y recibir mensajes, se estrenó en el año 2013 y fue empleada inicialmente para teléfonos. Un año después, se sustituyó para plataformas (Renderos, 2016).

Además, ofrece características especiales propias de la aplicación. Algunas de ellas son: La interacción de archivos (que comprenden gráficas, videos, documentos y diversos formatos más); las conversaciones almacenadas por defecto con el historial; los chats secretos, que son una característica opcional y establece una conversación discreta cuyos mensajes son cifrados, según el tipo de archivo, son recibidos por el emisor que tenga la clave para abrirlos, etc. (Renderos, 2016).

Chats de las redes sociales

La gran variedad de redes sociales que se crean hoy en día son innumerables. Así también, lo son las herramientas disponibles para entablar una conversación con otra persona. Gracias a esta cantidad de aplicaciones y herramientas se ha hecho posible que todos nosotros, como usuarios, podamos elegir entre las distintas opciones para lograr acceder a la plataforma que más nos convenga de acuerdo a nuestras necesidades. (Tecnología & Informática, 2019).

Los seres humanos necesitamos estar en constante comunicación y, la tecnología, por el momento, ha descubierto la mejor manera de hacerlo. Las plataformas creadas para ello, además de ser gratuitas en su gran mayoría, permiten romper las fronteras que nos impone la distancia y nos permite comunicarnos sobre cualquier tema en cualquier parte del mundo.

Cada chat nos brinda diferentes parámetros de uso y aplicabilidad. Sin embargo, todas las redes sociales nos permiten emitir mensajes y entablar una conversación con otra persona. Tanto así que, *“hoy podemos encontrar una enorme variedad de alternativas en lo que*

respecta a plataformas para chatear, ya que lo hagamos por intermedio de una computadora o desde cualquier dispositivo móvil” (Tecnología & Informática, 2019).

Las plataformas digitales son de mucha ayuda; sin embargo, la naturaleza para la que fueron creadas, a veces, se tergiversa en el momento de entablar una conversación con una persona. Por ejemplo, en Facebook, hay personas que se crean perfiles con fines de lucro y no con el fin de la aplicación en sí que es “hacer amigos en cualquier parte del mundo”. Esto hace que los chats ya no tengan tintes sociales sino comerciales.

Finalmente, sea para lo que se utilice el chat, lo que realmente evalúan las personas al momento de crearse un perfil en la plataforma, son aspectos que se relacionan con la seguridad de la información que estas herramientas brindan *“son los aspectos relacionados a la seguridad de la información que brindan estas herramientas, como así también la facilidad y accesibilidad en su uso” (Tecnología & Informática, 2019).*

2.4 Normativa Aplicable

2.4.1 Legislación Ecuatoriana

2.4.1.1. Disposiciones constitucionales

En la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “Constitución”) se encuentra un marco dogmático extenso en cuanto al reconocimiento de derechos y establecimiento de garantías constitucionales vinculadas a los mismos.

En la Carta Magna, respecto de los derechos del buen vivir, se encuentra el Art.16, el cual trata sobre el derecho que tienen todas las personas a la comunicación. En este artículo podemos incluir a las redes sociales en internet que sirven como medio, para que las personas pueden comunicarse libremente.

“Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación”.

Asimismo, el Art. 17 de la Constitución habla sobre la obligación que tiene el Estado para establecer medios para fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación. En concreto, se menciona que el Estado:

“Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación (...).”

Dentro del Art. 18 del mismo cuerpo normativo, se menciona que:

“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”.

El derecho a la comunicación es un derecho social reconocido por la Constitución, por lo tanto, el Estado debe precautelar este derecho para que todas las personas puedan acceder a aquello.

2.4.1.2. Ley Orgánica de Comunicación y Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Dentro de la Ley Orgánica de Comunicación, las redes sociales no son consideradas medios de comunicación social debido a que la norma establece que los medios de comunicación social son:

Art. 5.- Medios de comunicación social.- Para efectos de esta ley, se consideran medios de comunicación social a las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, así como a las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión, que prestan el servicio público de comunicación masiva que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet.

Se denota que dentro de este artículo no existe mención alguna para las redes sociales. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, dentro de una red social virtual, los

usuarios pueden hacer publicaciones de cualquier tipo de contenido informativo. El acceso a las redes sociales de comunicación hace posible el uso de nuevas tecnologías de comunicación, mismas que propone el texto constitucional.

El Art. 4 de la Ley Orgánica de Comunicación indica que:

“Art. 4.- Contenidos personales en internet. - Esta Ley no regula la información u opinión que de modo personal se emita a través de internet. Esta disposición no excluye las acciones penales o civiles a las que haya lugar por las infracciones a otras leyes que se cometan a través del internet”.

La Ley Orgánica de Comunicación y su reglamento excluyen expresamente de la regulación y control en el ámbito administrativo a las personas que publiquen en sus blogs, redes sociales, páginas web personales, o institucionales contenidos a través de internet. La norma establece lo siguiente:

Art. 2.- Contenidos en internet. - Están excluidos del ámbito de regulación y control administrativos los contenidos que formulen los ciudadanos y las personas jurídicas en sus blogs, redes sociales y páginas web personales, corporativas o institucionales.

No obstante, a cualquier persona que se sienta afectada por alguna conversación que tuvo en alguna red social puede iniciar las acciones civiles o penales pertinentes dentro de la jurisdicción ordinaria.

La Defensoría del Pueblo es el órgano competente en asumir la defensa de los intereses del consumidor y del usuario en lo que respecta a las telecomunicaciones, dado que, conforme el art. 326, numeral 15 de la Constitución, son un servicio público.

Por otro lado, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) fue creada el 18 de febrero del 2015, con la aprobación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Esta se encarga de los aspectos técnicos de la administración, gestión, regulación y control de todas las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico.

La ley Orgánica de Telecomunicaciones, en términos generales protege la neutralidad de la red. Establece que los proveedores de acceso de las redes no puedan:

"restringir, bloquear, interferir, discriminar, obstaculizar, priorizar o restringir los derechos de sus usuarios o suscriptores para usar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de Internet" (Freedom House, 2015).

A pesar de las disposiciones que se analiza en el párrafo anterior, el Art. 84 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones menciona que los proveedores de servicios deben estar prestos a entregar a las autoridades el acceso a los datos requeridos para los efectos de investigar delitos. Sin embargo, no se menciona que se requiera una orden judicial para acceder a estos (Freedom House, 2015).

"Artículo 84.- Entrega de información.

Las y los prestadores de servicios, entregarán a las autoridades competentes la información que les sea requerida dentro del debido proceso, con el fin de investigación de delitos. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones establecerá los mecanismos y procedimientos que sean necesarios"

2.4.1.3 Código Orgánico Integral Penal (COIP)

Es penoso mencionar que varios intentos para regular las redes sociales han fracasado. Desde el 2013 se han intentado hacer varias leyes para sancionar a personas que incurran en injurias, difamaciones, etc., a través de medios tecnológicos; sin embargo, usuarios de las redes sociales y organizaciones de la sociedad civil se pusieron al tanto y expusieron sus reclamos. Esto no permitió que las normas que iban a "regular" las redes sociales prosperen.

Afortunadamente para el Estado, esto no ha dado paso a que las redes sociales queden en la impunidad, pues el Código Orgánico Integral Penal ("COIP") sí contiene disposiciones penales que se pueden relacionar con las redes sociales.

Dentro del Art. Art. 173 del COIP nos vamos a encontrar con uno de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva que dice lo siguiente:

"Art. 173.- Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos. - La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al

acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

Continuando aún en la Sección Cuarta del COIP que contiene a los delitos que van en contra de la integridad sexual, tenemos al:

“Art. 174.- Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos. - La persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”.

Debemos incluir también el Art. 190 que se encuentra en la sección novena del COIP que trata sobre los delitos contra el derecho a la propiedad y, que textualmente dice lo siguiente:

“Art. 190.- Apropiación fraudulenta por medios electrónicos.- La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Incluso, hay delitos y contravenciones que incluyen los términos “por cualquier medio”, esto se puede traducir a que también son aceptadas las redes sociales dentro de esta

categoría. Un ejemplo es el Art. 159 que habla sobre la violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar. Textualmente menciona que:

“Art. 159.- Contravenciones de Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (...)

La persona que, por cualquier medio, profiera improperios, expresiones en descrédito o deshonra en contra de la mujer o miembros del núcleo familiar, en los casos en que no constituya un delito autónomo tipificado en este Código, será sancionada con cincuenta a cien horas de trabajo comunitario y se dispondrá el tratamiento psicológico a la persona agresora y a las víctimas, así como medidas de reparación integral”.

Así también tenemos al Art. 178 que se encuadra en los delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar y dice lo siguiente:

“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”.

En general, se puede determinar que el contenido de una publicación, un comentario o una conversación por chat en una red social pueden constituir un delito o una contravención y, a través de una valoración fiscal esta podrá ser aceptada a trámite la respectiva denuncia.

Así también, es importante mencionar otros delitos que pueden involucrarse con las redes sociales como: la violación de la intimidad, que es sancionada con una pena privativa de libertad de uno a tres años.

“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”.

En este caso en particular, se menciona la frase: “*información contenida en soportes informáticos*” y, podemos acercarnos más a las redes sociales como tal y a sus mensajes puesto que algunas de ellas; como ya lo hemos visto, guardan automáticamente la información que se ha puesto en ellas.

Para finalizar, dentro de las actuaciones especiales de investigación que contempla nuestro Código Orgánico Integral Penal tenemos una en específico que sí topa el tema de redes sociales y, a través de esta entenderemos que quizá sea necesaria una orden de un juez para utilizar el contenido de una red social como medio probatorio.

“Art. 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:

4. Previa autorización de la o el juzgador, la o el fiscal, realizará la interceptación y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando la o el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes”.

Con las normas citadas anteriormente que contiene nuestro COIP, el legislador ecuatoriano, está regulando problemas que se pueden generar con el uso de redes sociales. Sanciona punitivamente a las personas que cometen el delito o contravención establecida en la ley y que además, vulneren los bienes jurídicos protegidos de las demás personas.

2.4.1.4. Código de Comercio y Ley de Comercio Electrónico.

El ámbito de regulación del Código de Comercio, se basa específicamente en personas catalogadas como comerciantes y no comerciantes que realicen operaciones mercantiles, actos de comercio y contratos comerciales.

“Art. 1.- El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”.

En su Art. 37 se menciona que:

“Art. 37.- El comerciante o empresario deberá guardar y respaldar los documentos y la información relativa a los actos jurídicos que desarrolle, sean estos instrumentos públicos o privados, así como también los mensajes constantes en correos electrónicos que existen sobre aquellos; estos últimos se llevarán y tendrán los efectos que se prevé en el capítulo dedicado al comercio electrónico que consta en este Código”.

Si logramos notar, menciona a “los mensajes constantes en correos electrónicos”; sin embargo, no menciona a los mensajes que se pudieran encontrar en redes sociales. Estos al igual que los mensajes en correos electrónicos deberían tener la misma validez puesto que son respaldos de cualquier acto jurídico que se ha desarrollado o que esté pronto a desarrollar.

El Título III del Código de Comercio habla específicamente acerca del comercio electrónico y en este título encontramos artículos que nos llevarán a entender mejor el funcionamiento del mismo.

“Art. 74.- Comercio electrónico es toda transacción comercial de bienes o servicios digitales o no, realizada en parte o en su totalidad a través de sistemas de información o medios electrónicos, considerando los tipos de relaciones existentes”.

En este sentido, comercio electrónico se entiende por toda actividad comercial que implique intercambio de bienes o servicios que se realiza a través de un medio digital. Por medio digital podemos encuadrar a las redes sociales perfectamente.

“Art. 75.- En lo referente a la prestación de servicios electrónicos, requisitos y solemnidades para la validez de los mensajes de datos, de la contratación electrónica y telemática, los derechos de los usuarios y consumidores de servicios electrónicos y de la prueba, se regularán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Comercio Electrónico y Mensajes de Datos y demás leyes que regulan estas materias. La formulación del consentimiento se regulará de acuerdo con lo establecido en las reglas generales contenidas en el presente Código”.

La Ley de Comercio Electrónico y Mensajes de Datos reconoce que a través de las redes electrónicas se establecen relaciones económicas y de comercio. Además reconoce que, se realizan actos y contratos de carácter civil que necesitan regulación y control.

Para efectos de este documento académico debemos entender que los mensajes de datos son:

“Toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos”.

En el Art. 2 se menciona el reconocimiento que el país le da a los mensajes de datos y se estipula de la siguiente manera:

“Art. 2.- Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. - Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”.

Como podemos observar dentro del Art.2 de la Ley antes mencionada, existe un reconocimiento para los mensajes de datos y podremos encuadrar a los chats de las redes sociales. En otras palabras, según lo que se establece en el Art.2 de la “ley de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos”, sí se aceptan los mensajes de datos y esto se puede traducir a que se aceptan también los chats de las redes sociales.

Podemos corroborar con el Art. 52 de la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos que dice lo siguiente:

“Art. 52.- Medios de prueba. - Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (Actual COGEP)”.

Para la práctica de la prueba de mensajes de datos como medio de prueba, tenemos al Art. 54 que estipula que:

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

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

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

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

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

En este artículo podemos ver que sí son admisibles como medio probatorio los mensajes de datos. Además, cualquier conflicto que exista con los mismos deberá ser resuelto con los medios de comprobación técnica necesarios para absolver cualquier controversia.

La valoración de la prueba dependerá de la seguridad y de lo fiel que sea el medio en el que se encuentre el mensaje de datos. Según El art. 55 de la Ley de Comercio Electrónico se menciona que:

“Art. 55.- Valoración de la prueba. - La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas”.

Dentro de la valoración de la prueba podemos notar que esta se someterá al libre criterio judicial y arbitral. Los chats de las redes sociales; en todo caso, entrarían a una libre valoración según el criterio del juez o del árbitro y de esta manera serían admitidos como medio probatorio en los procesos de conocimiento o procesos arbitrales.

De conformidad con el Código de Comercio, hay que mencionar que se estipula la validez y la eficacia de los contratos que se realicen a través de medios electrónicos. Los derechos y obligaciones serán atribuidos directamente a la persona que mantiene el control de la red electrónica.

“Art. 239.- Los contratos pactados a través del uso de sistemas electrónicos automatizados gozan de plena validez y eficacia.

Los derechos y obligaciones derivados de estos contratos serán atribuidos directamente a la persona en cuya esfera de control se encuentra el sistema de información o red electrónica.

En las relaciones entre el emisor y el destinatario de un correo electrónico, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”.

De acuerdo al Art. 239, se acepta que las partes realicen todo tipo de contratos a través de medios electrónicos. Además, se reconocen derechos y obligaciones dentro de los mismos por lo que un mensaje de datos como medio probatorio es el medio necesario para lograr reconocer efectos jurídicos para las partes.

Sin embargo, de acuerdo al Art. 243 que establece: *“La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato”*, es necesario tener en cuenta que obligatoriamente debe existir respuesta por parte del receptor del mensaje de datos para que se configure una obligación por medio de las partes. Caso contrario, como se estipula en el Art. 243 del Código de Comercio, la recepción de un mensaje de datos no configura aceptación de ninguna responsabilidad jurídica.

* * *

En conclusión, las redes sociales no están reguladas bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que el estudio legal, bajo la presente legislación, resulta imposible de ser analizada. Sin embargo, es menester comprender si el uso de los chats como prueba dentro de los procesos de conocimiento descritos en el primer capítulo son aceptables o no, por lo cual, se debe analizar la legalidad, la cual es tratada en el siguiente capítulo.

CAPITULO 3: La Legalidad de las Conversaciones Realizadas a Través de una Red Social en los Procesos de Conocimiento Contemplados en el COGEP

3.1 La legalidad.

Para tener una noción de la legalidad dentro del tema de estudio propuesto, tenemos que referirnos a la Real Academia de la Lengua que nos expresa claramente que la legalidad son: “*reglas y principios contenidos en las normas*” (DRAE, 2019) y, en lo que a pruebas se refiere, éste es un requisito necesario para que la prueba pueda ser producida ante el competente órgano jurisdiccional.

Como es de conocimiento general, existen formalidades que se deben cumplir para que la posible prueba sea admitida y tenga validez probatoria dentro del proceso que se ventile. Dentro de la Constitución de la República del Ecuador se mencionan las siguientes garantías:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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

Hablando de los chats de las redes sociales, la manera en la que pueden funcionar como medio probatorio bajo el criterio de la legalidad sería haciendo referencia al Reglamento que tiene la Ley de Comercio Electrónico en donde se menciona que:

“Art. 3.- Información escrita.- Se entiende que la información contenida en un mensaje de datos es accesible para su posterior consulta cuando:

a) Ha sido generada y puede ser almacenada en un lenguaje electrónico/informático y formatos entendibles por las partes involucradas en el intercambio de información y sus respectivos sistemas informáticos de procesamiento de la información, pudiéndose recuperar su contenido y el de los remitidos o anexos correspondientes en cualquier momento empleando los mecanismos previstos y reconocidos para el efecto; y,

b) Se puede recuperar o se puede acceder a la información empleando los mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo, y que deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo.

Las publicaciones que las leyes exijan por escrito, sin perjuicio de lo establecido en dichas leyes, podrán adicionalmente efectuarse en medios electrónicos en forma de mensajes de datos.

Cumplidos los requisitos de accesibilidad, el mensaje de datos tiene iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito”.

Cabe recalcar que según el Dr. Paúl Arellano, lo que realmente se realiza cuando se quiere utilizar un chat de una red social; como medio probatorio, es una “materialización” que se traduce a una certificación de un documento electrónico. Es decir, “*es hacerlo físico*” (2019).

Además, el Dr. Paúl Arellano menciona que:

“La certificación mediante materialización de mensajes de datos como WhatsApp, Messenger, o publicaciones en redes sociales, como Facebook, o Instagram, etcétera, debe realizarse la certificación de la página Web, desde el computador de la Notaría con el usuario que solicita la certificación, que a su vez es quien va a utilizar esa certificación” (Certificación de documentos electrónicos, 2019).

Por lo que el proceso en notaria sería el siguiente:

- 1. Abrir la página web o el documento en soporte electrónico.*
- 2. Seleccionar del catálogo del libro de certificaciones el acto “certificación de documentos materializados desde página web o de cualquier soporte electrónico”, ingresar el número de documentos materializados a certificar.*
- Luego de esto en la opción “Datos para Formulario” deberá ingresarse a la Página web y/o soporte electrónico en el campo “Descripción del documento”.*
- 3. Guardar la información y verificar el documento provisional.*
- 4. Si todo está correcto facturar e imprimir la razón de certificación.*

5. *El notario deberá sentar la razón “Certificación de Documento Materializado” en cada foja materializada.*

6. *Archivar una copia física del o los documentos materializados en el Libro de Certificaciones con la respectiva razón” (Arellano, 2019).*

Todo esto lo analizamos debido a que hay que cumplir con las reglas que nos establece la ley para que la prueba goce de legitimidad y sea aceptada como medio probatorio además de que no se la pueda excluir por ser inválida e ilícita.

3.2 Conversaciones entre privados a través de una Red Social

Es indudable que, las conversaciones que mantienen las personas a través de las redes sociales tienen un protagonismo muy fuerte en nuestro día a día. Cada vez más las personas las consideran una herramienta indispensable para la comunicación y otros propósitos. Es a través de las redes sociales que se comparte con amigos, familiares y otras personas, respecto de experiencias, vivencias y hasta de negocios jurídicos (Menéndez, 2019).

Existe un sin número de personas que utilizan las redes sociales a diario y es por esto que es necesario tener en cuenta los términos y condiciones que aceptamos al momento en el que nos volvemos parte de los usuarios de ellas.

Cuando aceptamos los términos y condiciones para utilizar una red social, *“nuestra información personal deja de ser realmente privada y es recopilada y compartida con terceros, sin que realmente seamos conscientes de ello”* (Menéndez, 2019).

Es por esto que el presente ensayo académico analiza los términos y condiciones de WhatsApp, Facebook, Instagram y Telegram para destacar aquellas partes más importantes para el usuario, con el objetivo de demostrar cuáles mensajes de datos se obtienen de una manera lícita y pueden ser aceptados como medio probatorio y cuáles no.

Términos y condiciones de WhatsApp

Como ya hemos visto, WhatsApp es un servicio de mensajería instantánea y además, es una de las empresas de Facebook.

“Nada de lo que compartas en WhatsApp, incluidos tus mensajes, tus fotos y la información de la cuenta, se compartirá en Facebook ni en ninguna de nuestras otras aplicaciones, y nada de lo que publiques en dichas aplicaciones se

compartirá en WhatsApp. Es decir, nadie lo verá, a menos que así lo quieras”
(WhatsApp Inc., 2019).

WhatsApp mantiene un pensamiento muy estricto relacionado con criterios de privacidad y seguridad para sus usuarios. Con respecto a los mensajes que enviamos a través de la aplicación se menciona que:

“No conservamos tus mensajes durante la prestación normal de nuestros Servicios. Una vez que se entregan tus mensajes (incluidos chats, fotos, videos, mensajes de voz, archivos e información de tu ubicación), se eliminan de nuestros servidores” (WhatsApp Inc., 2019).

Incluso, cuentan con “cifrado de extremo a extremo” una función que permite que sólo los participantes del mensaje sean los conocedores del mismo. Es decir, solo el emisor y el receptor sabrán de qué se trata la conversación, nadie más. Además, se menciona que:

“El cifrado de extremo a extremo en WhatsApp asegura que solo tú y el receptor puedan leer lo que se envía, y que nadie más, ni siquiera WhatsApp, lo pueda hacer. Tus mensajes se aseguran con candados y solo tú y el receptor cuentan con los códigos/llaves especiales para abrir y leer los mensajes” (WhatsApp Inc., 2019).

Sin embargo, los términos y condiciones de WhatsApp no hablan nada sobre la confidencialidad de los mensajes entre las personas que participan de los mensajes o conversaciones por esta plataforma. Es decir, un usuario que mantenga una conversación con otro y desee desmaterializar el contenido del mensaje para utilizarlo como medio probatorio lo podría hacer sin ningún problema.

Términos y Condiciones de Facebook

Los términos y condiciones de Facebook abarcan temas como los servicios que brindan a su comunidad, la manera en la que se deben cancelar los servicios que son proporcionados por Facebook, los compromisos con la comunidad de Facebook y con la compañía, normas comunitarias, condiciones comerciales, políticas de publicidad y otras disposiciones adicionales. (Facebook, 2019)

En el tema que nos compete, Facebook menciona lo siguiente:

“Te conectamos con las personas y organizaciones que te interesan.

Te ayudamos a encontrar y conectarte con personas, grupos, negocios, organizaciones y otras entidades que te interesan mediante los Productos de Facebook que usas. (...) puedes enviar mensajes, (...)” (Facebook, 2019).

“Te brindamos herramientas para expresarte y hablar sobre temas que son importantes para ti.

En Facebook puedes expresarte y comunicarte con amigos, familiares y otras personas con respecto a temas que te importan. Por ejemplo, (...), enviar mensajes a un amigo o a varias personas, (...)” (Facebook, 2019).

Sin embargo, también nos menciona que:

“Otras disposiciones:

8. Valoramos siempre tus comentarios y cualquier otra sugerencia sobre nuestros productos y servicios. No obstante, te informamos que podemos usarlos sin restricción u obligación alguna de brindarte una compensación, y no tenemos la obligación de mantenerlos en confidencialidad” (Facebook, 2019).

Con esto debemos tener claro que Facebook taxativamente menciona que no tiene la obligación de mantener ningún contenido en confidencialidad que se comparta dentro de la red social, entenderíamos que esto incluye a los mensajes de datos y por ende estos también podrían ser un medio probatorio en cualquier proceso legal.

Términos y condiciones de Instagram

Instagram también es uno de los productos que Facebook, Inc. y proporciona a sus usuarios, las condiciones de uso son similares a las de Facebook (Instagram, 2019). Es importante mencionar que Instagram no menciona términos y condiciones con respecto al uso de su plataforma para emitir mensajes; sin embargo, se pronuncia acerca de la confidencialidad y dice que:

“Los comentarios o las sugerencias siempre son bienvenidos. No obstante, podemos usarlos sin restricción u obligación alguna de brindarte una compensación, y no tenemos la obligación de mantenerlos en confidencialidad” (Instagram, 2019).

Esto significa que Instagram; al igual que WhatsApp y Facebook, no tienen una normativa que regule el uso y la confidencialidad que un mensaje de datos pudiera tener. Esto hace

que cualquier persona que participe en una conversación tiene el derecho de utilizar la misma como medio probatorio en un proceso legal de nuestra legislación ecuatoriana.

Términos y condiciones de Telegram

Telegram es un servicio de mensajería similar a WhatsApp; sin embargo, para quienes buscan mayor privacidad, Telegram es una muy buena opción porque su política de privacidad es la ideal para ello. Si se busca discreción, los chats secretos que ofrece Telegram son los más opcionados, estos tienen autodestrucción de mensajes, fotos y videos, lo que hace que nadie pueda saber sobre que se trataba la conversación. (Lacort, 2019).

Los chats secretos son establecidos entre los dos dispositivos en los que fue creado. Esto significa que todos esos mensajes no están disponibles en la nube y no se puede acceder a ellos desde otros dispositivos. Por otra parte, los chats secretos están también atados a la sesión actual en tu dispositivo. Si finalizas tu sesión y vuelves a iniciarla, perderás todos tus chats secretos. (Lacort, 2019).

En temas de confidencialidad, Telegram menciona en sus apartados sobre la privacidad que "*nunca compartirá nuestros datos con nadie*" (Lacort, 2019).

Esto de cierta manera crea un escudo para los usuarios de Telegram pues, si la red social establece confidencialidad para sus usuarios, los usuarios deben respetarla y mantener los términos y condiciones de la red a la que decidieron acceder voluntariamente y no violar sus principios.

3.2.1 Principio de Confidencialidad

Debemos topar el principio de confidencialidad que regula nuestra legislación ecuatoriana porque debido a este principio se analizará si efectivamente los chats de las redes sociales son protegidos y de ser así, hasta qué grado llega su confidencialidad.

Como hemos visto, los términos y condiciones de las redes sociales citadas anteriormente no contemplan temas relacionados a la legalidad y confidencialidad. Esto es debido a que la naturaleza de las redes es única y exclusivamente actuar como un medio de comunicación en donde se comparten toda clase de vivencias personales; de manera gráfica – visual; fonética – auditiva, con el mundo exterior.

La definición que se acerca al tema de estudio y que usaremos para Confidencialidad es:

“La confidencialidad es la cualidad que posee cierta información de mantenerse reservada para el conocimiento de una persona o de algunas, pero que no debe ser expuesta en forma masiva. La confidencialidad puede fundarse en normas legales o morales; o en acuerdos de partes” (DeConceptos, 2019).

La Carta Magna del Ecuador, habla también sobre la protección que tenemos los ecuatorianos con respecto a los datos que compartimos y al respecto menciona que:

“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.

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación” (CRE, 2008).

Dentro de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes De Datos se establecen también principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos y se establece que:

“Art. 5.- Confidencialidad y reserva. - Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta ley y demás normas que rigen la materia”.

De lo expresado, se puede llegar a mencionar que la confidencialidad es claramente considerada un principio jurídico de derecho. Este principio consta; por una parte, de ser un límite obstaculizador para acceder a la información que comparten las personas entre

sí a través de un mensaje de datos y; por otra parte, el prohibir la recolección de dicha información por cualquier medio.

Para finalizar este punto, se debe mencionar que la normativa ecuatoriana no contempla la figura de la confidencialidad de los chats de las redes sociales. Sin embargo, haciendo referencia a que “*la confidencialidad puede fundarse en normas legales o morales; o en acuerdos de partes*” (DeConceptos, 2019), éstas son las que pudieran ponerse de acuerdo y pactar un acuerdo de confidencialidad y no divulgación de la información que se transmiten entre sí.

* * *

En virtud de lo expuesto, se concluye que cada vez más se está utilizando las aplicaciones de redes sociales para la comunicación formal en donde se entablan negocios jurídicos, los cuales, para ser utilizados como prueba deben pasar por el filtro de la legalidad y la confidencialidad. Sin embargo, al no existir una normativa clara en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la confidencialidad de los chats de redes sociales, el uso, se entendería no restringido.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Del presente trabajo se concluye que los procesos de conocimiento; en la legislación ecuatoriana, buscan la declaración de un derecho. Esto se realizará a través de las pruebas que se presenten, se admitan y se practiquen en la audiencia para que de esta manera el derecho sea reconocido a la parte que lo ha logrado probar.
2. Si bien, la admisibilidad probatoria recoge taxativamente los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad; la legalidad se vuelve indispensable al momento de hablar de los chats de las redes sociales como medio probatorio porque es debido a ésta que logramos determinar cuáles chats son válidos y lícitos para presentarlos como medio probatorio dentro de un proceso de conocimiento.
3. De igual manera, se han mencionado la naturaleza de las redes sociales, cómo funcionan y para qué sirven. Esto con el fin de comprender el uso de las redes sociales en la actualidad para realizar negocios jurídicos determinados, como la compra venta de un producto o servicios.
4. WhatsApp, Facebook, Instagram fueron algunas de las redes sociales que se analizó y específicamente, en estas redes sociales no se mencionan temas con respecto a la confidencialidad de la información que se comparte en las mismas, incluidos los mensajes de datos. Telegram, por otro lado otorga a sus usuarios la función de “chat secreto”, esta función elimina los mensajes en el instante en el que el receptor los lee; muy útil para algunos, pero no para ser un medio probatorio.

5. Las redes sociales no están reguladas bajo la legislación ecuatoriana. No obstante, nuestra legislación trata respecto de la legalidad y establece las reglas por las cuales un chat puede ser considerado como medio probatorio, válido y lícito y por otro lado, la confidencialidad en donde las partes la pueden pactar en el caso de que así lo requieran.

6. Finalmente, los chats de las redes sociales funcionan como medio probatorio siempre y cuando estos se hayan obtenido de manera lícita y legítima para que sea válida. Por lo que, el legislador deberá valorar la prueba en la etapa pertinente.

* * *

Se recomienda no utilizar la función de chat secreto de Telegram si la finalidad es obtener un medio probatorio debido a que, esta información no es respaldada por la plataforma, la información se auto elimina una vez que cumple su destino. No se tiene respaldo alguno para poder comprobar que esta información es real y no fue alterada, por ende no se puede certificar chats que no tienen respaldo alguno. Así también, se recomienda la modificación de la legislación en cuanto al tratamiento de las redes sociales y el uso que le dan las personas a los mismos respecto de los mensajes que se transmiten.

Bibliografía

- 247Tecno. (24 de 12 de 2017). *Telegram*. Obtenido de <https://247tecno.com/telegram/>
- Agencia de regulación y control de las telecomunicaciones. (18 de Febrero de 2015). *Agencia de regulación y control de las telecomunicaciones*. Obtenido de <http://www.arcotel.gob.ec/se-realizara-la-primera-rendicion-de-cuentas-de-la-arcotel/>
- Arellano, P. (2019). *Certificación de documentos electrónicos*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/certificacion-de-documentos-electronicos>
- Asamblea Nacional . (2002). *Ley de Comercio Electronico, Firmas y Mensajes de Datos* . Quito: Cep.
- Asamblea Nacional. (2002). *Reglamento Ley de Comercio Electrónico*. Quito: Cep.
- Asamblea Nacional. (2008). *CRE*. Montecristi: CEP .
- Asamblea Nacional. (2013). *Ley Orgánica de Comunicación*. Quito: Cep.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. Quito: Cep.
- Asamblea Nacional. (2015). *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Quito: Cep.
- Asamblea Nacional. (2019). *Código de Comercio*. Quito: Cep.
- Asamblea Nacional. (2019). *COGEP*. QUITO: CEP.
- Asamblea Nacional. (2019). *Código Orgánico General de Procesos* . Quito: CEP.
- Boyd, D., & Ellison, N. (2007). Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship . *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2.
- Brando. (11 de 4 de 2012). *¿Qué es Instagram?* Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/que-es-instagram-nid1463776>
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* . Buenos Aires : Ediciones Depalma .
- Castrejón, E. (2013). *Historia de WhatsApp*. Obtenido de <https://webadictos.com/breve-historia-del-whatsapp/>
- Correa, R. (2014). *Reglamento de la Ley Orgánica de Comunicación*. Quito: Cep.

- Couture, E. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma .
- DeConceptos. (18 de 11 de 2019). *DeConceptos.com*. Obtenido de <file:///C:/Users/DICARLO/Downloads/UDLA-EC-TAB-2017-39.pdf>
- DRAE. (23 de 9 de 2019). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>
- Echandia, D. (2013). *Teoría General del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Echandiá, H. D. (2001). *La iniciativa probatoria del juez civil*. Bogota: Editorial Juridica Bolivariana .
- Flores Cueto, J. J. (10 de 2009). *Las redes sociales*. Obtenido de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/12503/Libertad%20de%20expresi%c3%b3n%20en%20redes%20sociales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Freedom House. (2015). *Freedom on the net*. Obtenido de https://freedomhouse.org/sites/default/files/resources/FOTN%202015_Ecuador.pdf
- Instagram. (2019). *Condiciones de uso*. Obtenido de <https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511>
- Izquierdo, S. G. (2017). *Comentarios al COGEP*. Quito: CEP.
- Kielmanovich, J. L. (1996). *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeldo-Perrot.
- Kisch. (1959). *Elementos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Cit. .
- La Hora. (11 de 2015). *InstAgent*. Obtenido de <https://www.lahora.com.ec/noticia/1101884970/noticia>
- Lacort, J. (2019). *Condiciones de uso WhatsApp vs condiciones de uso Telegram*. Obtenido de <https://hipertextual.com/2015/12/condiciones-de-uso-de-whatsapp-telegram>
- Limón, Á. (05 de 2012). *Expoblog: Una breve historia de Facebook*. Obtenido de <http://expoblogua.blogspot.com/2012/05/una-breve-historia-de-facebook.html>

- Martínez, F. (1 de 2019). *Informe 2019 Usuarios Internet, Redes Sociales, Móvil e Ecommerce en España y en el Mundo*. Obtenido de <https://fatimamartinez.es/2019/02/01/informe-2019-usuarios-internet-redes-sociales-movil-e-commerce-en-espana-y-en-el-mundo/>
- Menéndez, B. (2019). *Condiciones y términos de uso de las redes sociales, ¿a qué estamos dando nuestro consentimiento?* Obtenido de <http://portaley.com/2016/11/condiciones-terminos-uso-las-redes-sociales-estamos-dando-consentimiento/>
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Cep.
- Ponce, I. (17 de Abril de 2012). *Observatorio Tecnológico. Ministerio de España*. Obtenido de <http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/eu/internet/web-20/1043-redes-sociales%3Fstart%3D1>
- Renderos, S. (Marzo de 2016). *Historia de Instagram*. Obtenido de <https://isabel47503.wordpress.com/historia-de-telegram/>
- Tecnología & Informática. (2019). *Todo Chat*. Obtenido de <https://tecnologia-informatica.com/chat-paginas-redes-sociales-chatear/>
- Ureña, A. (16 de 12 de 2013). *SENATI, fundamento de redes*. Obtenido de <https://cld.bz/bookdata/JjNgwuu/basic-html/page-3.html>
- Villanueva, R. (2015). *Que significa el alcance de las redes sociales*. Obtenido de <http://www.rvillanuevarios.com/que-es-el-alcance-en-redes-sociales/>
- websa100. (2018). *El alcance imparable de las redes sociales*. Obtenido de <https://www.websa100.com/blog/el-alcance-imparable-de-las-redes-sociales/>
- WhatsApp Inc. (2019). *Información legal de WhatsApp*. Obtenido de <https://www.whatsapp.com/legal?eea=1&lang=es#key-updates>
- Zárate, P. (2015). *¿En qué consiste Facebook Marketplace?* Obtenido de <https://blog.ida.cl/marketing-digital/consiste-facebook-marketplace/>
- Zuckerberg, M. (31 de Julio de 2019). *Facebook*. Obtenido de <https://www.facebook.com/legal/terms>