

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES BREVE ANÁLISIS JURÍDICO

THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA BRIEF LEGAL ANALYSIS

XAVIER CUADROS AÑAZCO

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Nuestra información personal es manejada por varias personas, empresas, bancos e inclusive instituciones públicas, ya sea porque hemos dado nuestra autorización para dicho manejo, o porque la Ley otorgue esta facultad. Sin embargo, en muchas ocasiones no conocemos el motivo por el cual nuestros datos personales se encuentran en registros o archivos de terceros, puesto que dicho manejo se lo realiza sin tener nuestro consentimiento, haciendo vulnerable nuestra privacidad e intimidad; tomando en consideración el avance de la tecnología, en la cual su mala utilización incide cada vez más en dicha vulneración. Este artículo tiene como finalidad orientar al lector sobre la naturaleza jurídica del Derecho Constitucional a la protección de datos personales, las diferentes potestades que éste otorga a su titular y lo más importante: La razón que justifica tener una Ley que regule el tratamiento de los datos personales, debido a que lamentablemente en el Ecuador, aún no se ha instaurado una norma efectiva y eficaz, que permita tutelar la privacidad e intimidad del ciudadano, para lo cual entre más tiempo transcurre, mayores métodos se seguirán inventando para vulnerar el referido derecho constitucional y nuestro país como tal no puede quedar estancado en las instituciones jurídicas clásicas que se aplican en la actualidad, que si bien es cierto son útiles, no son suficientes ante el enorme apogeo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

PALABRAS CLAVE: datos personales, protección, privacidad, ciudadanos, información.

ABSTRACT

Our personal information is handled by several people, companies, banks and even public institutions, either because we have given our authorization for such management, or because the Law grants this power. However, on many occasions we don't know the reason why our personal data are in registers or files of third parties, since such management is done without our consent, making our privacy vulnerable, taking into account the progress of technology, in which its misuse, increasingly affects this violation.

This article aims to guide the reader, the legal nature of the constitutional right to the protection of personal data, the different faculties that gives its owner and most importantly, the reason that justifies having a law to regulate the processing of data personal, because unfortunately in Ecuador, has not yet been established an effective and effective rule, which allows privacy of the citizen, for which the more time passes, more methods will continue to invent to violate the aforementioned constitutional law and our country as such cannot remain stuck in the classical legal institutions that are currently applied, which, although they are useful, are not enough in the face of the enormous apogee of the new information and communication technologies.

KEYWORDS: personal data, protection, privacy, citizens, information.

INTRODUCCIÓN

Como lo determina ¹Garriga (2016), “*la comunicación digital fomenta una enorme exposición de la vida personal de un gran número de personas a través de muchos de los servicios y herramientas existentes, en especial a través de las redes sociales*”

A diario nos encontramos con casos en que nos llaman de diferentes empresas, especialmente las operadoras de telefonía móvil, para ofrecernos servicios o productos, que estoy seguro que a la gran mayoría causa malestar; ya que siempre nos contactan en el peor momento o cuando no estamos interesados. Otros casos en que nos llaman para decirnos que tenemos un “buen historial crediticio” y que somos merecedores de alguna tarjeta de crédito que ofrecen; o casos en la cual, con tan solo dar nuestro número de cédula en algún establecimiento, misteriosamente tienen abundante información personal de nosotros sin saber el motivo o la forma de su obtención.

¿Debería existir una entidad del Estado que controle el tratamiento de nuestros datos personales por parte de estas empresas, sean públicas o privadas? ¿Qué garantía existe para que estos terceros no puedan hacer uso de nuestros datos personales, cuando no cuentan con nuestro consentimiento? ¿Acaso estas empresas o terceros aplican alguna medida de seguridad informática para proteger nuestros datos personales de ataques informáticos? ¿Obtienen alguna ganancia o rédito por ceder nuestros datos personales? Lamentablemente en el Ecuador, aún no tenemos una ley que regule específicamente el tratamiento de datos personales, a diferencia de lo que ocurre en otros países latinoamericanos como Argentina o Perú, cuya legislación de protección de datos personales está inspirada en el modelo español, que éste a su vez cuenta con una entidad administrativa que vela por los derechos del ciudadano a la protección jurídica de sus datos personales (Agencia Española de Protección de Datos Personales).

¹ Garriga, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, España. Editorial Dykinson.

Pese a que nuestra Constitución, en su artículo 66, numerales 19 y 20, consagra el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la intimidad personal y familiar respectivamente, desde mi punto de vista no ha servido como garantía al ciudadano para que su información personal no sea tratada por terceros que no cuenten con nuestra autorización o consentimiento, ni mucho menos para que se regule su posible tratamiento, quedando como una simple letra muerta en un documento lleno de disposiciones utópicas. Solamente disponemos de la acción del *Hábeas Data*, que si bien es cierto es catalogada como una garantía jurisdiccional según nuestra Carta Magna, considero que no es un medio efectivo ni suficiente para la protección de nuestros datos, debido a que esta acción constitucional solamente opera cuando ya se ha producido la vulneración de nuestro derecho a la privacidad o intimidad, pero no sirve como un mecanismo preventivo en que se realice dicha vulneración de nuestros datos personales por parte de algún tercero. En otras palabras, el *Hábeas Data* actúa cuando el daño ya está producido, pero no evita que se produzca.

En consecuencia, nuestros datos personales están presentes en todos lados a raíz de su fácil acceso y difusión, por personas que no están autorizadas para tal efecto y que no se encuadran en los casos permitidos por ley, lo cual levanta una profunda preocupación, no solo a nivel jurídico sino también en el ámbito de derechos humanos, por lo que es necesario que el legislador incorpore en nuestro ordenamiento jurídico, una legislación que proteja de manera óptima y eficiente nuestros datos personales, frente a posibles tratamientos ilícitos.

La finalidad de este artículo es la de brindar una orientación al lector sobre la naturaleza jurídica de la protección de los datos personales, su importante rol en una sociedad modernizada gracias a las nuevas tecnologías de la información y comunicación y por qué debería existir una Ley que se encargue de regular el tratamiento de los datos personales por parte de terceras personas, cuenten o no con nuestro consentimiento.

¿QUÉ ES UN DATO PERSONAL?

Es toda información que identifica directa o indirectamente a una persona natural, como por ejemplo nuestros nombres completos, el correo electrónico, número de cédula de ciudadanía, matrícula del carro, fotografías, entre otros.

La Agencia Española de Protección de Datos Personales (en adelante AEPD), en su guía general al usuario, define al dato personal como “*cualquier información que permita identificarte o hacerte identificable*”.

Según ²Martínez (2009), dato personal es “*toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de ser recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable*”. (p.77).

² Martínez, R y Palazi P. (2009). *Secreto de las comunicaciones v. Protección de datos en el ámbito laboral*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 77). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

Se tiene la errónea creencia que esta definición engloba solamente al dato íntimo o también denominado “dato sensible”, lo cual no es correcto; debido a que el dato personal comprende un género absoluto de nuestra información que nos identifica frente al mundo, a comparación de la información íntima que solamente comprende aquella información de la esfera humana que no desea ser conocida por nadie y en caso de vulneración, el titular sufre un agravio enorme a sus derechos extrapatrimoniales (imagen, honra, entre otros).

Así, por ejemplo, si se conoce el domicilio o el número de celular de una persona sin que lo haya proporcionado, admite un cierto grado de tolerancia por dicho conocimiento no consentido; pero, si se conoce que dicha persona padece de alguna enfermedad catastrófica con diagnóstico reservado o posee alguna fotografía de índole sexual, entonces la trasgresión a la intimidad del titular produce una lesión a su derecho extrapatrimonial, que puede ser susceptible de un daño moral.

Por lo tanto, se puede dejar establecido que todo dato íntimo es un dato personal, ya que identifica a la persona natural, pero no todo dato personal es un dato íntimo. También existe el denominado “dato público”, que consiste en aquel dato personal que se encuentra reposando en un registro, archivo o fuente asequible al público, que, para su recopilación o tratamiento, no se necesita de la autorización del titular o se encuentra amparado por la Ley. Por ejemplo, la consulta del RUC de un comerciante en la página web del SRI, el número de teléfono en la guía telefónica, el estado civil, entre otros.

Claro está que puede darse el caso que cierta información íntima pueda reposar en registros públicos, cuyo acceso no sería tan fácil para cualquier persona, a no ser que tenga una orden judicial para dicho fin. Es por este motivo que existe en nuestra legislación la Ley de Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que en su primer artículo establece: *“La presente ley crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros. El objeto de la ley es: garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como: la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías”*. Como se puede apreciar, dicha Ley tiene como finalidad el de implementar una regulación a los registros públicos que contengan la información personal no reservada de las personas y su acceso por parte de cualquier tercero; es decir, regula la recopilación de los datos públicos amparados por Ley, pero no es una norma que regula el tratamiento de datos personales en sí por parte de terceros, debido a que en la actualidad no existe tal regulación.

¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?

Consiste en aquella potestad que tiene toda persona natural de disponer y controlar su información personal cuyo tratamiento es realizado por terceras personas, sean éstas de carácter privado o público, para de esta forma evitar el uso ilegal o indiscriminado de éstos. Entiéndase como tratamiento a la recopilación, cesión, modificación, eliminación o cualquier actividad que influya en el tráfico de los datos personales.

Este derecho es diferente con respecto al derecho de intimidad, por cuanto el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio, por cuanto su garantía no sólo se extiende a la intimidad como tal, sino también aquellos bienes pertenecientes a la personalidad del ciudadano, que pertenece al ámbito de la vida privada. (3Conde, 2005, p.5). Dentro de las facultades que otorga este importante derecho, se encuentran los denominados derechos “ARCO”, que son: A) Derecho de acceso; B) Derecho de rectificación; C) Derecho de cancelación; D) Derecho de oposición.

- a. **Derecho de acceso.** - Consiste en que el titular pueda conocer el uso o destino de su información personal que se encuentra bajo tratamiento por parte de algún tercero. Este derecho no solamente se limita en el conocimiento, sino que a su vez el titular pueda obtener de forma gratuita, la información personal que reposa en dicho archivo. Por ejemplo, que el titular solicite el acceso a todas sus transacciones bancarias por parte del banco que maneja su cuenta bancaria.
- b. **Derecho de rectificación.** - Consiste en que el titular pueda solicitar la modificación o corrección de algún dato personal, que se encuentra desactualizado o incorrecto en el archivo o registro de la información. Por ejemplo, solicitar la corrección del apellido que se encuentra registrado en alguna institución pública.
- c. **Derecho de cancelación.** - Consiste en la supresión del dato personal, por no ser adecuado a la finalidad que motivó su recopilación desde un principio, incluyendo los casos en que el responsable del tratamiento mantenga información personal excesiva que resulte innecesaria seguir manteniendo. Por ejemplo, si la operadora de telefonía móvil tenga registrado los datos médicos del cliente, lo cual no obedece a la finalidad de servicio, ya que lo único que debe mantener registrado son los datos personales que sean adecuados a la finalidad de servicio ofrecido y el hecho de conocer la información médica del cliente, en nada contribuye con dicho servicio.
- d. **Derecho de oposición.** - Consiste en que el titular solicita el cese del tratamiento de sus datos personales para una finalidad concreta. Por ejemplo, si la empresa de telefonía móvil nos envía publicidad o promociones sin que lo hayamos solicitado, para lo cual podemos solicitar que se abstenga en seguir enviando dicha publicidad y que solo se limite a prestar el servicio contratado.

Cabe indicar que el derecho a la protección de datos personales está consagrado en la Constitución, en su artículo 66, numerales 19 y 20, por lo que en la actualidad el mecanismo idóneo que posibilita su ejercicio de los derechos “ARCO”, es el Hábeas Data, que

³ Conde, C (2005). *La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base a los conceptos de intimidad y privacidad*. Madrid, España. Editorial Dykinson.

además de estar también contemplado en la Carta Magna, se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

También hay que tener en consideración, que “*la protección de datos es una necesidad ya constatada, pero no porque haya surgido nuevos derechos, sino porque existen nuevas formas de lesionarlos*” (Rebollo, 2014, p.42).

JURISPRUDENCIA VINCULANTE SOBRE LOS DATOS PERSONALES

La Corte Constitucional, en su sentencia No. 001-14-PJO-CC, del 23 de abril de 2014, y publicada en el Registro Oficial No. 281-S, del 3 de julio del mismo año, establece la jurisprudencia vinculante acerca de la acción del *Hábeas Data*.

Esta garantía constitucional, tal como lo consagra el artículo 92 de nuestra Constitución, faculta a toda persona a tener conocimiento de la existencia de documentos, datos genéticos, bancos, informes o archivos de datos personales, que tengan relación sobre su entorno personal o sobre sus bienes, que reposan en entidades públicas o privadas, ya sea en soporte material o electrónico. Así mismo, el *Hábeas Data* permite el acceso sin costo al archivo de datos, su actualización, rectificación, eliminación o anulación.

Los puntos más destacados sobre esta jurisprudencia vinculante, son los siguientes:

A.- LAS PERSONAS JURÍDICAS TIENEN DERECHO A ENTABLAR LA ACCIÓN DEL HÁBEAS DATA

En el ejercicio de los derechos constitucionales, no es muy común observar que una persona jurídica haga uso de las garantías jurisdiccionales reconocidas en nuestra Constitución, y en especial la acción del *Hábeas Data*. Por esta razón, la Corte Constitucional realiza una interpretación literal del concepto de igualdad que lo instituye la Carta Magna, en el sentido que la única condición para ser titular de los derechos constitucionales, es pertenecer a alguno de los géneros que están presentes en la Constitución, que son: “personas”, “comunidades”, “pueblos”, “nacionalidades”, “colectivos”. En consecuencia, al estipularse la palabra “personas”, se entiende que se incluye también a las personas jurídicas.

No obstante, se advierte que tal igualdad no es absoluta para las personas jurídicas, porque existen derechos constitucionales que no pueden ser ejercidos por estos mismos, debido a sus características o condiciones fácticas, como por ejemplo el derecho a la integridad psíquica. Pero, a pesar que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales, no significa que no puedan serlos respecto a los derechos que les sea compatibles, y efectivamente los derechos que ampara el *Hábeas Data* (como por ejemplo el derecho de imagen), son susceptibles de ser ejercidos por las personas jurídicas.

Claro está que lo manifestado por la Corte Constitucional en esta jurisprudencia, entra en total discrepancia con la naturaleza jurídica del derecho a la protección de datos personales, que solamente aplica para las personas naturales, más no para las jurídicas.

⁴ Rebollo, L; Saltor, C. (2014). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*. Madrid, España. Editorial Dykinson.

B.- EL ALCANCE DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA POR LAS PERSONAS JURÍDICAS, A TRAVÉS DEL HÁBEAS DATA

Sobre este punto, la Corte Constitucional realiza una importante distinción acerca de la información que comprenda a la persona jurídica como tal, y la información que es de exclusivo dominio de sus asociados en el ámbito privado. Es decir, una cosa es el dato que identifica a la persona jurídica como figura ficticia del derecho, y otra es el dato personal del asociado, que, a pesar de tener vinculación con la persona jurídica, no necesariamente identifica de manera directa a ésta última.

Por ejemplo, una compañía podría entablar una acción de *hábeas data* en contra de un socio, para solicitar el acceso de los contratos que ha firmado éste a nombre de la compañía y que los tiene en su poder. Pero, lo que no puede hacer la compañía es solicitar el acceso a las cuentas bancarias o información sobre los bienes que son de exclusivo dominio del socio.

Debido a esto, se comprueba que una errónea aplicación del Hábeas Data estaría vulnerando el derecho a la protección de datos personales de los individuos que, pese a tener un vínculo legal con la persona jurídica, no se aplica para sus datos o informaciones personales que no identifican ni permiten identificar a la compañía.

Otro punto a destacar sobre este tema, es que no es admisible que una persona jurídica reclame como suyo el derecho a la protección de datos e información personal, sobre quienes están relacionados con ella, en tanto este derecho corresponda únicamente a la persona a quien le es atinente, salvo que la exigencia de protección por parte de la persona jurídica se sustente en la debida autorización de sus socios o representantes legales.

C.- DIFERENCIA ENTRE “DATO” E “INFORMACIÓN”

Levanta mucho la curiosidad que la Corte Constitucional haya realizado una distinción entre estos dos términos, y sobre esto considero que es válida esta diferenciación, para efectos de no confundirse en la pretensión de la acción, en cuanto al utilizar el término “datos personales”, y no “información personal”.

Antes de esto, la Corte primero explica la similitud entre estos dos términos, partiendo del significado del Diccionario de la Real Academia del “dato”, que es: “información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por un ordenador”; en consecuencia, el dato vendría ser una especie de información, disponible para ser procesada de diversas formas, según lo dicho por la Corte.

Pero la distinción ocurre a nivel de doctrina constitucional, en el que la Corte manifiesta lo siguiente:

“De acuerdo con la distinción conceptual citada, el dato adquiere la calidad de información en tanto cumple una función en el proceso comunicativo. La información, entonces, requiere una interpretación del dato, que dota de carga valorativa y funcionalidad concreta a la descripción que éste hace. Por lo tanto, el dato solamente es relevante para la protección por medio del hábeas data, en la medida en que sea susceptible de cumplir una función informativa”.

Así mismo, la Corte cita al tratadista Osvaldo Alfredo Gozaíni, para reforzar su razonamiento de la siguiente manera:

“El dato es difícil que, por sí solo, pueda tener una incidencia grande o grave en la llamada privacidad. Esto es, mientras el dato no resuelva una consulta determinada, no sirva a un fin, no dé respuestas o no oriente la posible solución a un problema, es el antecedente o punto de partida para la investigación de la verdad; pero, en el momento en que ese mismo dato da respuesta a una consulta determinada, o sirve a un fin, o se utiliza para orientar la solución de un problema, se ha convertido en información”.

En consecuencia, concluye la Corte que un dato es susceptible de ser protegido por medio de la acción del Hábeas Data, siempre que éste tenga un rol informativo relacionado con las personas y sus bienes, y en cuanto su comunicación, interpretación o tratamiento, pueda afectar en alguna medida los derechos de las personas como tal.

D.- EL HÁBEAS DATA NO ES UN MEDIO PARA PEDIR LA ENTREGA FÍSICA DE DOCUMENTOS

Como último punto, la Corte Constitucional establece en su jurisprudencia vinculante, que dada la naturaleza del Hábeas Data, al invocar el derecho de acceso, no puede ser utilizado como un medio para solicitar la entrega física del soporte material o electrónico, cuyos datos personales se presumen están recopilados, ya que, para efectos constitucionales, no interesa el papel o el disco duro, sino más bien el “dato” en su expresión literal y el uso informativo que se le da.

Por lo tanto, la acción del Hábeas Data sirve para conocer la existencia de los datos en cualquier soporte, y ejercer los derechos que reconoce el artículo 92 de la Constitución (Acceso, eliminación, actualización, eliminación y anulación).

Ahora bien, hubiera sido pertinente que la Corte Constitucional se hubiera pronunciado sobre qué ocurre en el caso que el accionante quisiera ejercer el derecho de eliminación de los datos, que se encuentran reposando en cualquier soporte (material o electrónico), puesto que, en este caso, aquí sí interesa el papel o el disco duro.

Desde mi punto de vista, si se solicita tal derecho, en caso que el dato esté en un soporte material, se tendría que proceder a la destrucción total de todo papel que vincule al dato personal; y en caso que sea en soporte electrónico, se tendría que proceder al borrado virtual de todos los archivos (incluyendo resguardos) en el que se encuentren recopilados los datos personales.

Pero, a mi criterio, la Corte Constitucional debió considerar que el derecho de acceso no solamente implica el conocimiento de la información personal, sino que además consiste que en el titular pueda solicitar cualquier muestra gratuita (como una copia del archivo, por ejemplo) del registro o archivo que realiza el tratamiento de su dato personal. En consecuencia, dicha jurisprudencia dejó un enorme vacío sobre el alcance del derecho de acceso. Es importante destacar esta jurisprudencia vinculante, debido a que es el

único pronunciamiento judicial que brinda una cierta orientación sobre la aplicación de la garantía del Hábeas Data, que es la encargada por ahora de velar por la protección de datos personales, hasta que el Ecuador no tenga su propia Ley que la regule.

¿PORQUÉ ES IMPORTANTE PARA EL ECUADOR, TENER UNA LEY QUE REGULE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?

Mucho se ha debatido sobre la necesidad de que el Ecuador deba contar con una Ley que proteja al ciudadano frente al tratamiento de sus datos personales por parte de terceras personas, en especial porque es un derecho constitucional que merece ser exigido y respetado a través de un mecanismo legal efectivo. Como bien destaca ⁵Pérez y Louveaux (2009), “la aplicación práctica de las leyes generales de protección de datos personales ha demostrado que existen algunos ámbitos en los cuales resulta necesario contar con legislación especial para regular riesgos específicos que se presentan”.

A pesar que se presentaron dos proyectos de Ley (las mismas que no prosperaron en su trámite en la Asamblea), nuestra función legislativa ha restado importancia sobre debatir la necesidad de aprobarlas, dejando a un lado las cuestiones políticas que pudieron afectar su desempeño, pero si preocupa que siendo el Ecuador un “Estado constitucional de derechos y justicia”, no tenga en la actualidad un medio eficaz que sirva para tutelar al ciudadano frente al tráfico ilegal de sus datos personales, teniendo en cuenta que otros países latinoamericanos ya cuentan con su legislación que tutela el derecho a la protección de datos personales.

También hay que tener en cuenta que las innovaciones de las tecnologías también producirán nuevas formas de tratamiento de los datos personales, para lo cual el Derecho debe intervenir y de esta manera evitar cualquier vulneración a este derecho. (Recio, 2018, p17). Está claro que uno de los motivos por el cual quizá se haya retrasado o negado la incorporación de la Ley de protección de datos personales a nuestro ordenamiento jurídico, es la falta de necesidad para su creación debido a que existe la garantía constitucional del Hábeas Data y que en caso de existir dicha Ley, se podría ocasionar un exceso de medios procesales para salvaguardar su derecho, creando confusión al titular sobre que vía o trámite debe seguir, para solicitar la protección de sus datos personales.

Si bien es cierto que el Hábeas Data fue instaurado en nuestra Constitución como una herramienta que sirve para tutelar la información personal, su funcionamiento solamente aplica cuando se haya realizado la vulneración a su privacidad, más no tiene carácter preventivo, lo que sí tendría una Ley que regule tratamiento de datos personales; además que su incoación dependerá de la solicitud del titular hacia el órgano jurisdiccional

⁵ Louveaux, S y Pérez, M. (2009). *La protección de datos personales y el sector de las comunicaciones electrónicas. Un ejemplo de regulación sectorial*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 19). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

⁶ Recio, M. (2018). *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?* Madrid, España. Editorial Reus.

competente, cuando en realidad se debería crear un organismo público independiente, que realice investigaciones de oficio o a petición de parte, sobre el tráfico ilegal de datos personales, de los usuarios que conforman una sociedad.

De acuerdo a lo expuesto, a mi criterio estas son las razones que justifican la necesidad de contar con una ley de protección de datos personales:

- a. **Establecer conceptos básicos.** - Esta Ley debe contemplar conceptos o definiciones básicas de todo lo que implique el tratamiento de datos personales, como por ejemplo concepto de dato personal, responsable del tratamiento, dato sensible, etc. Dichas definiciones ayudarían a despejar dudas sobre la aplicación de este derecho en la práctica, tomando en cuenta que el derecho de protección de datos personales, se encuentran contemplados de forma incompleta en otros cuerpos normativos y que inclusive el legislador confunde ciertos conceptos que me referiré más adelante.
- b. **Autoridad que vele por el cumplimiento de la Ley.** - Al igual que en la legislación española, el Ecuador necesita que una entidad administrativa, independiente de cualquier función del Estado, exija el respeto y cumplimiento de las disposiciones legales que amparen el derecho a la protección de datos personales, no solamente cuando lo requiera el titular, sino también realizar de oficio inspecciones de archivos o registros que posean las personas, sean naturales o jurídicas, para poder corroborar si éstas cumplieron con recabar el consentimiento del titular para la recopilación de su información personal. Así mismo, la autoridad podría imponer sanciones a los responsables del tratamiento de datos personales en caso de no cumplir con la Ley, colaborando de esta forma con el carácter preventivo de la norma.
- c. **Servir de ayuda al ciudadano.** - Muchas veces el ciudadano no tiene idea de cuáles son sus derechos frente al tratamiento de sus datos personales por parte de terceros, para lo cual la Ley serviría como una guía para que éste pueda conocer y emplear los denominados derechos “ARCO” y así evitar el tráfico ilegal de los datos personales o también la publicidad no deseada que causa malestar al titular.

Como podemos apreciar, la creación de una Ley que regule el tratamiento de los datos personales, es necesaria para su correcta aplicación por parte del ciudadano y evitar el abuso de su tráfico ilegal por parte de ciertas empresas, que se lucran con la información personal del usuario. Claro está que el tratamiento de datos personales por parte de compañías internacionales (como Facebook, Instagram, entre otros), resulta complejo obligarlas a cumplir con la legislación ecuatoriana, pero la autoridad competente que se crearía en virtud de la Ley que se propone, podría guiar al usuario en presentar su queja o denuncia, a través de los mecanismos internos que cuentan dichas compañías.

CUERPOS LEGALES QUE HACEN REFERENCIA AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

A pesar que no existe en la actualidad la Ley que regule la protección de datos personales, este importante derecho se encuentra establecido en diversos cuerpos legales, de las cuales expondré las más importantes:

- a. **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:** esta Ley se la considera como la ejecutora de las garantías jurisdiccionales contempladas en la Carta Magna. En el caso que nos compete, el artículo 49 establece el objeto y aplicación del Hábeas Data, indicando las facultades que tiene el titular al momento de entablar esta garantía, sobre la información personal tutelada y la pretensión que puede ser solicitada, como por ejemplo la reparación integral.
- b. **Código Orgánico Integral Penal:** el artículo 178 del COIP, tipifica el delito de violación a la intimidad, que establece: *“La persona que, sin contar con el consentimiento o autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y video, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otras personas por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”*. (Lo subrayado es mío).

Se puede apreciar que este artículo, pretende el castigo de cualquier transgresión a la esfera íntima del ser humano; es decir, aquella información que contenga aspectos sensibles y que no desea ser conocido por un tercero bajo ninguna circunstancia, excepto si dicho conocimiento es autorizado por el titular o exista una disposición legal que permita la transgresión de la intimidad en determinados casos. No obstante, al analizar el mencionado artículo, nos damos cuenta que el delito no castiga exactamente la violación a la intimidad, sino que se estipula como bien tutelado los datos personales, que para efectos jurídicos no es lo mismo que la intimidad, tal como lo explico en líneas anteriores.

De acuerdo a lo establecido en el citado artículo, a pesar que su título estipula “violación a la intimidad”; en realidad la norma tipifica la violación de los datos personales, cuando no se cuente con el consentimiento del titular o la correspondiente autorización legal. Por lo tanto, este delito no castiga la transgresión de la intimidad específicamente, dejando un abanico de hipótesis legales que serían castigados a través de una pena.

En consecuencia, aplicando el artículo analizado y conociendo qué información comprenden los datos personales, podríamos mencionar como ejemplo que si alguien publica una foto de otra persona bebiendo alcohol en un evento (sea que la persona fije su mirada o no hacia la cámara), sin el consentimiento respectivo; estaría cometiendo el delito de “violación a la intimidad”, debido a que la foto representa la imagen fisiológica de la persona que lo identifica plenamente, lo cual es un dato personal y se encuadra con lo instituido en el artículo 178 del COIP (ejemplo visto con frecuencia en las redes sociales).

Es claro que la intención del legislador al haber creado esta norma, no fue precisamente establecer un castigo excesivo a la simple difusión, retención o acceso de todo dato

personal, sino únicamente aquellos actos que comprenden la intimidad del ser humano. Sin embargo, como la norma establece expresamente los “datos personales” y al estar prohibida la interpretación extensiva en el Derecho Penal, podría haber un problema jurídico al momento de investigar el hecho ilícito y una desproporción al aplicar la pena correspondiente, llegando inclusive a convertirse en un abuso del derecho.

Lo correcto desde el punto de vista jurídico, hubiese sido si el legislador en vez de estipular “los datos personales” como bien tutelado, se hubiese incluido los “datos íntimos” o “información íntima”. Pero para esto, habría que establecer casos taxativos en los cuales se comprometa la intimidad, para de esta manera evitar que exista alguna ambigüedad en la norma. Por ejemplo, que se estipule como dato íntimo *aquella información que revele o pueda inducir a la revelación de las partes desvestidas del ser humano (desnudez) o las enfermedades catastróficas que pueda padecer una persona.*

Cabe manifestar que es difícil establecer en una norma lo que consiste o comprenda la intimidad, sobre todo porque es un concepto jurídico indeterminado; pero que, a pesar de ello, debemos recordar que la protección y reconocimiento de la intimidad, tanto personal como familiar, se encuentra consagrada en nuestra Constitución. Por esta razón es que el legislador tuvo que basarse en las distintas fuentes del derecho (como la jurisprudencia y doctrina), al momento de tipificar el delito de violación a la intimidad, para de esta manera dejar claro cuál es el hecho ilícito punible y la adecuación de la pena respectiva, respetando el principio de proporcionalidad (equilibrio entre la pena y la conducta), debido a que no sería racional que alguien sea condenado con una sanción de uno a tres años, solo por publicar una foto de otra persona bebiendo alcohol en un evento social, sin contar con su consentimiento o autorización legal, para lo cual si fuese de esta manera por ejemplo, entonces casi todos los internautas que participan en las redes sociales, tendrían que afrontar procesos penales por haber cometido el delito de “violación a la intimidad”.

Con lo analizado en este artículo, queda comprobado una vez más que en el Ecuador se necesita de una Ley que regule los datos personales y su protección jurídica, para de esta manera evitar confusiones con otros bienes jurídicos, en especial, mantener clara la diferencia entre el dato personal y el dato íntimo.

- c. Código Orgánico General de Procesos:** el artículo 7 del COGEP, establece lo siguiente: *“Las y los juzgadores garantizarán que los datos personales de las partes procesales se destinen únicamente a la sustanciación del proceso y se registren o divulguen con el consentimiento libre, previo y expreso de su titular, salvo que el ordenamiento jurídico les imponga la obligación de incorporar dicha información con el objeto de cumplir una norma constitucionalmente legítima”.*

Como se puede apreciar, el citado artículo hace referencia a los datos personales de las partes que intervienen en un juicio, garantizando su protección por parte de los jueces y que solamente pueden tener un cierto grado de afectación o vulneración, cuando una norma constitucionalmente legítima lo permita. Los jueces, de acuerdo al COGEP, deben garantizar que los datos personales de las partes procesales, se destinen solamente a la

sustanciación del juicio como tal; es decir, no pueden ser destinados para fines distintos que los del proceso judicial que se lleva a cabo. Así, por ejemplo, si se sustancia un juicio de divorcio, en donde se encuentran estipulados los nombres de los cónyuges, de los hijos o cualquier otra información que los identifique a estos, no pueden ser cedidos a personas o empresas que realizan encuestas de matrimonios fallidos en el Ecuador, sino que deben ser destinados únicamente para la sustanciación de dicho juicio.

El artículo hace mención a dos importantes palabras: “divulgación” y “registro”. En cuanto a la primera, es decir la divulgación, significa que, bajo ninguna circunstancia, el juez puede poner a disposición al público en general, los datos personales de las partes procesales.

Cuando se hace referencia al consentimiento del titular para el “registro” de sus datos personales en el juicio, resulta extraño que se lo haya recopilado en dicho artículo sin mayor explicación, por cuanto es de conocimiento general que, en todo juicio, desde su comienzo hasta su finalización, resulta obvio que quedarán registrados los datos personales de las partes procesales (como el nombre y apellido) en los archivos judiciales. Pero en este caso, ¿Qué ocurre con el principio de publicidad? ¿Qué ocurre con el derecho de acceso a la información pública? Aparentemente, la “solución” se encuentra estipulado en el artículo 8 del mismo COGEP, en donde estipula que la información de los procesos sometidos a la justicia es pública y que únicamente se admitirá como excepción, las “estrictamente necesarias” para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona.

Por lo tanto, se verifica que el COGEP, al igual que el COIP, confunde el dato personal con la información íntima, llegando a la conclusión que el verdadero derecho que pretende tutelar el artículo 7 *ibídem*, es el de intimidad, siendo éste el límite del principio de publicidad.

Lamentablemente, al no existir la definición clara y precisa del dato personal en nuestra legislación, dicha confusión podría acarrear una incorrecta aplicación de dicho artículo por parte de los jueces. Por último, cabe destacar la excepción del consentimiento de la parte procesal, para la incorporación forzosa de un dato personal en el proceso judicial, cuando una norma constitucionalmente legítima lo permita. Por ejemplo, en un juicio de paternidad, se necesitará obligatoriamente la incorporación del examen de ADN, para determinar si el demandado es o no el padre de quien reclama dicha paternidad, siendo un dato personal que debe ser incorporado al proceso de manera obligatoria, por expreso mandato de la Ley.

- d. **Ley Orgánica de Telecomunicaciones:** en su artículo 78, se dispone la obligación que deben tener los prestadores de servicios de telecomunicaciones (como las operadoras de telefonía, por ejemplo), de respetar el derecho a la intimidad de los usuarios que contratan sus servicios. A pesar que el artículo hace referencia a la intimidad, la obligación de la tutela también abarca los datos personales del usuario, que comprende su protección frente a cualquier destrucción, pérdida o alteración ilícita o accidental, de sus registros o archivos, razón por la cual éstos

prestadores deben contar con los mecanismos de seguridad que garanticen su tutela o que permita la recuperación inmediata de la información personal. Así mismo, en el artículo 82 de esta Ley, se establece la prohibición de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, en enviar publicidad no deseada por el usuario, actividad en la que incurren reiteradamente las operadoras de telefonía móvil.

- e. **Ley Orgánica de Comunicación:** pese a la polémica aplicación de esta Ley en el Ecuador, su artículo 30 establece la prohibición que tienen los medios de comunicación, de difundir los datos personales de las personas que aparecen en los titulares o en la noticia, así como también sus comunicaciones personales, sin autorización del titular, el juez o la Ley. De igual forma se destaca lo indicado en el artículo 31 ibídem, en la cual contempla la prohibición grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros, sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo el caso de las investigaciones encubiertas autorizadas y ordenadas por un juez competente y ejecutadas de acuerdo a la Ley.

Es importante manifestar que existen otras disposiciones legales, que hacen una mera referencia sobre los datos personales, pero los cuerpos normativos que se han expuesto anteriormente, son los que consagran de forma más directa, el derecho a la protección de los datos personales; pese a las complicaciones que podría acarrear su aplicación, debido a la confusión de conceptos básicos, tal como se indicó con anterioridad.

CONCLUSIONES

Un derecho tan importante como es el de la protección de datos personales, merece ser incluido en una norma que implemente su aplicación de forma inmediata y eficaz por parte del titular de la información personal y el Estado debe velar por el cumplimiento de normas claras y precisas que garanticen dicha tutela.

Su incorporación dentro del ordenamiento jurídico permitirá fortalecer el ejercicio de las facultades que tiene el titular del dato personal, frente a su tratamiento realizado por parte de terceros que no cuentan con la autorización o consentimiento respectivo, ya sea este ejercicio de carácter preventivo a través de la implementación de reglas coercitivas (sanciones legales) y cuando exista la vulneración a tal derecho.

Considero oportuno los debates que en la actualidad realizan diversos organismos del país, que se preocupan por la implementación de la “Ley de Protección de Datos Personales” en nuestra legislación, ya que el tráfico y tratamiento de los datos personales ocurre a diario y al no existir la regulación pertinente, da paso a los abusos y actividades ilegales con respecto a la información personal. Por tal motivo, estas organizaciones impulsan proyectos para contemplar el ejercicio del derecho a la protección de datos personales en una Ley eficaz, y que, inspirándose en las legislaciones extranjeras, el Ecuador pueda también garantizar al ciudadano el correcto ejercicio de este derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARRIGA, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- MARTÍNEZ, R Y PALAZI P. (2009). *Secreto de las comunicaciones v. Protección de datos en el ámbito laboral*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 77). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.
- CONDE, C (2005). *La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base a los conceptos de intimidad y privacidad*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- REBOLLO, L; SALTOR, C. (2014). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- LOUVEAX, S Y PÉREZ, M. (2009). *La protección de datos personales y el sector de las comunicaciones electrónicas. Un ejemplo de regulación sectorial*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 19). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.
- RECIO, M. (2018). *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?* Madrid, España. Editorial Reus.