

Reflexiones jurídicas sobre la protección de datos y el derecho a la intimidad en la autodeterminación informativa

Andrea Villalba Fiallos*

RESUMEN

La investigación tiene por objeto establecer consideraciones jurídicas sobre el derecho a la intimidad y su vínculo con la protección de datos, para llegar a determinar la importancia de constituir políticas públicas y acciones legislativas que generen un equilibrio ponderativo de derechos y una consolidación de elementos básicos de protección de la información. El análisis inicia con una introducción breve respecto al derecho a la intimidad y aquellos derechos relacionados a ella, para posteriormente tratar el supuesto carácter absoluto del derecho fundamental de la intimidad, y proceder a analizar los elementos constitutivos de dicho derecho, haciendo énfasis en la etapa de *transferencia* de información que tiene que ver con el control y la consecuente entrega de datos a un tercero. Finalmente, el análisis se centra en el estudio de la relevancia de la *autorización* o *consentimiento válido*, y en determinar el nexo causal de la violación del derecho a la protección de datos personales en el derecho a la intimidad por las nuevas tecnologías.

PALABRAS CLAVE: intimidad, derechos fundamentales, derecho a la intimidad, dato personal, autodeterminación informativa.

ABSTRACT

The investigation has the objective to establish the legal aspects regarding the right to privacy and its connection with data protection, in order to determine the importance of building public policies and legislative actions that can generate a ponderous balance of rights and a consolidation of basic elements of data protection. The analysis begins with a brief introduction regarding the right to privacy and other related rights, and afterwards attends the supposed absolute character of the fundamental right to privacy. In the next part, the constitutive elements will be developed, making emphasis on the phase of *transference* of information established in regard to the control of information and delivered to a third party. Finally, the analysis focuses in the study of the relevance of the *authorization* or *valid con-*

* Abogada patrocinadora del Ministerio de Educación, Ecuador.

sent, and in determining the link to the violation of the right to personal data protection and the consequent infringement of personal data by new technologies.

KEYWORDS: Privacy, Fundamental Rights, Right to privacy, Personal Data, Informative self-determination.

FORO

BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHOS SUSTANTIVOS RELACIONADOS

Antes de considerar cuestiones específicas relativas al derecho a la intimidad y su vínculo con la protección de datos, es necesario aproximarse al campo de los diferentes derechos que conforman el patrimonio moral de las personas, y que por su naturaleza se encuentran relacionados con el derecho a la intimidad.

Es preciso determinar que el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de un individuo es el rasgo característico de una sociedad desarrollada e influenciada diametralmente por los elementos constitutivos de su propio entorno, con influencias de su ambiente de desarrollo tanto antropológicas, políticas como culturales, que facilitan la capacidad de autodeterminarse a sí misma. Esta autodeterminación toma como base conceptos principalísimos, cuyo carácter de primer orden nos hacen clasificarlos a simple vista como derechos inherentes al ser humano.

Este desarrollo social genera un progreso concomitante del Derecho, reconociendo la tutela al honor, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, e incluso a la propia imagen y la voz del individuo, que se constituyen como derechos que si bien es cierto poseen rasgos comunes, finalmente sus aspectos diversos permiten distinguirlos a su vez como derechos diferenciados. En definitiva, podemos catalogarlos como derechos autónomos, estrechamente vinculados entre sí, en tanto que derechos de la personalidad y derivados de la dignidad humana, dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas y al consiguiente resguardo de su información.

Actualmente, el nivel de protección establece una clara evolución a nivel jurídico normativo en lo que se refiere al reconocimiento de derechos, elevados al carácter de fundamentales con el fin de amparar los derechos innatos de los ciudadanos, sin exclusión de ningún tipo.

Es notable, entonces, la influencia que han ejercido los diferentes instrumentos internacionales, que son tomados como base a nivel latinoamericano y por supuesto a nivel legislativo interno ecuatoriano, cuya vertiente desemboca en la aplicación de

características neoconstitucionalistas, cuya particularidad esencial es la primacía de la Constitución y su distinción destacada entre normas jerárquicamente inferiores, dotando de supremacía jurídica a los derechos consagrados en ella, convirtiendo al garantismo en parte fundamental del ejercicio del Derecho y del propio Estado.

Este reconocimiento fehaciente de derechos fundamentales conlleva la premisa de que “el Estado no se justifica a sí mismo”,¹ consolidando la visión de un Estado democrático, incluyendo la legitimación del soberano, el sometimiento del *poder* al derecho, y por supuesto el reconocimiento literal plasmado en el Derecho positivo de nuestros derechos subjetivos, objetivos, y finalmente de nuestros derechos fundamentales que por su propia naturaleza “requieren de una serie de pautas hermenéuticas distintas a las que se pueden aplicar al resto de las normas jurídicas”² por su correspondiente inherencia humana.

Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías*, determina una definición formal del concepto de derechos fundamentales y derechos subjetivos, manifestando que:

son fundamentales los derechos “que no se pueden comprar ni vender”, esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar. Por su parte, son “derechos subjetivos” todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su status o condición de tal, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, “como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”.³

De lo anterior se debe inferir que la persona humana tiene en razón de su ser y de su esencia cosas intrínsecas suyas que reflejan la intimidad, singularidad e irrepetibilidad; así tenemos una definición más clara de derechos fundamentales como aquellos “derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”.⁴ Estos elementos contrastados con la definición de derechos naturales constituyen bienes jurídicos adquiridos en razón de la propia naturaleza humana y deben ser respetadas por todos debido a su inherente definición, entonces cualquier lesión de dicho derecho es una ofensa a una realidad personal determinada.

-
1. Gustavo Jalkh Röhens, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Serie Justicia y Derechos Humanos (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 9.
 2. José García Falconí, “Neoconstitucionalismo”, *Derecho Ecuador, Revista Judicial*, No. 1 (2014): 1.
 3. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2004), 37.
 4. Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2007), 71.

El Estado debe garantizar el derecho a la vida privada, y para el efecto se debe recordar aquellos contextos anteriormente utilizados respecto al tema, en los cuales se afirmó que se debe garantizar “el derecho a que lo dejen a uno tranquilo”. Es necesario entonces definir a la intimidad como aquel “sinónimo de conciencia, de vida interior”,⁵ o como el acervo interno de una persona resguardado en su propia psiquis; mientras que el derecho a la intimidad “tiene a proteger al hombre en su aislamiento fecundo y esencial, frente a su semejante, frente a la prensa, frente al Estado”.⁶

Al respecto, se debe determinar que el derecho a la intimidad es sin lugar a dudas un elemento esencial de la libertad personal constituido por el derecho a la protección de datos que corresponde a una parte de esa ejecución plena de las libertades otorgadas. Conviene conceptualizar al dato personal como aquel término “utilizado para designar cualquier información relativa a un sujeto identificable”,⁷ y el derecho a la protección de datos como aquella tutela de la información de carácter personal que incluye su acceso, control y difusión de la misma.

De lo anterior se debe resaltar entonces las garantías que conlleva el reconocimiento de los derechos de carácter personal actualmente elevados al carácter de fundamentales por tutelar la facultad del ser humano a impedir la intromisión no autorizada de los funcionarios públicos o de otros individuos respecto de aspectos o datos personales, en su correspondencia o en sus pensamientos, su hogar, sus comunicaciones, o incluso su tiempo libre.

Recapitulando, es necesario enfatizar en que los derechos fundamentales no son otorgados por los mandamientos constitucionales, que, si bien es cierto los reconocen, su fin trascendental es generar su protección a través de las garantías individuales; sin embargo, este nivel de reconocimiento de derechos le corresponde en definitiva al Estado a través de la desconcentración de sus poderes y dotando de independencia a sus funciones, que, en ejercicio de un estatus democrático, colmado de derechos, otorgará a sus ciudadanos mayor seguridad, reafirmando entonces el principio de seguridad jurídica, desagregando no solo la confianza en la administración de justicia, sino también en las normas emitidas por los legisladores.

5. Delia Matilde Ferreira, *El derecho a la intimidad* (Bueno Aires: Editorial Universidad, 1982), 37.

6. *Ibid.*, 33.

7. Ángeles Gutiérrez Zarza, *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal* (Madrid: La Ley, 2012), 51.

EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD

La intimidad como derecho fundamental protege la esfera más privada del individuo, dotada de caracteres reservados que pueden o no compartirse mediante autorización, así encontramos el derecho a la intimidad, con intentos de conceptualizaciones subjetivas, unas más acertadas que otras.

Etimológicamente, intimidad proviene del latín “intimus” superlativo de *interior* y significa “lo que está más adentro, lo más interior, el fondo”, el constitucionalista argentino Quiroga Lavié conceptualiza la intimidad como “el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas”.⁸

En diferentes fuentes doctrinales, se utiliza de manera indiferente los términos *intimidad* y *privacidad*, sin dotarles de diferencia alguna como si se trataran de dos términos que tienen igual significado, pero dentro de las fundamentaciones más acertadas se debería considerar que responden a concepciones y alcances complementarios, más no diferentes.

El tratadista Germán Bidart Campos se refiere a la intimidad y a la privacidad, de la siguiente manera: “la intimidad es la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero... y la privacidad es la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por estos”.⁹

Evidenciada la diferencia entre la intimidad y la privacidad, se puede colegir que estos son dos conceptos que, analizados bajo criterios únicamente de semántica, se podrían entender como sinónimos, cuya trascendencia a nivel universal genera una asimilación del derecho en demanda de su protección, ocasionando que su vulneración involucre una clara intromisión personal. En lo que respecta a la protección de los mismos, se debe tomar en cuenta que la intimidad al ser considerada como un bien jurídico protegido, y más aún un derecho fundamental mantiene una gama de protección singularizada y complementaria con la privacidad.

8. Humberto Quiroga Lavié, *Derecho a la intimidad y objeción de conciencia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995), 10.

9. Germán Bidart y Walter Carnota, *Derecho constitucional comparado* (Buenos Aires: Ediar, 1998), 137.

Por su parte, la privacidad presenta un alcance que se entiende compatible con la intimidad, sin llegar a la premisa de que son diferentes, hasta el punto de generar como conclusión un silogismo de premisas mayores y menores: “los asuntos íntimos son privados, pero no todos los asuntos privados pueden tener carácter de íntimos”. Es decir, cuando se vulnera la intimidad, que engloba áreas muy concretas de la vida de una persona, se ha vulnerado a la vez a la privacidad o aspectos generales referentes a una persona; pero cuando se ha vulnerado la privacidad, no necesariamente significa que se ha atentado contra la intimidad sin perjuicio de que efectivamente pueda llegar a producirse.

Retrotrayendo el análisis a los antecedentes puntuales de la intimidad, se conoce que esta tiene sus primeros pasos de carácter social y posteriormente jurídico con el conocido artículo “The Right of Privacy” (El derecho a la privacidad), de Luis Brandeis y Samuel Warren, constituida como uno de los ensayos más influyentes en la historia de la legislación estadounidense, pues por primera vez nació el concepto de la intimidad como un derecho, y por tanto un bien jurídico tutelable y de propiedad inherente a las personas, cuya importancia generó el estudio y aplicación de medidas para que este sea debidamente protegido.

El derecho a la intimidad personal se encuentra protegido constitucionalmente, e incluso se podría considerar que esta tutela del derecho es irrenunciable, inalienable e imprescriptible por la naturaleza jurídica que contiene; por tanto, la renuncia a este derecho es inconsistente. Sin embargo, es esencial recordar que este derecho como tal no es de carácter absoluto; lo mismo sucede con la protección de datos: estas son prerrogativas que deben ejercerse dentro de límites razonablemente impuestos en consonancia de los derechos de los demás.

Partiendo de la premisa, y tomando en cuenta que el derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, es decir, al ámbito que constituye un secreto para los demás y que se aleja totalmente del conocimiento público, ámbito aquel que el propio individuo desea mantener oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada,¹⁰ que además se encuentra vinculado con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Es por tanto un derecho innato de las personas sin importar proveniencia, nacionalidad o autodeterminación, ya que de esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público.

10. Sentencia Tribunal Constitucional Español No. 151/1997, del 29 de septiembre de 1997.

La intimidad, de acuerdo con el precepto constitucional, no solo se reconoce al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar,¹¹ y además ahora se encuentra constitucionalizado el derecho a la protección de los datos de carácter personal que garantiza a los individuos un poder de disposición y control sobre ellos.

En líneas anteriores se determinó que el derecho a la intimidad no es absoluto y, por tanto, en determinadas ocasiones justificadas cederá frente a otros bienes jurídicamente protegidos, quizá en aquellos en los que se establezca la necesidad, bajo la siguiente premisa consciente: “siempre que esté justificado y resulte proporcional, sobre la base de otros derechos u otros bienes jurídicamente protegidos de interés general”.

Al considerar a la intimidad como un derecho de carácter no absoluto, y por lo tanto confirmando su carácter relativo, la protección de información se condiciona a ciertas circunstancias y se justifica la posibilidad de vulnerarla en diversas expresiones ya sea ante exigencias públicas y/o judiciales que se encuentran subyugadas a ciertos parámetros, así lo expresa Michel Foucault cuando dice: “y si le es preciso todavía a la justicia manipular y llegar al cuerpo de los justiciables, será de lejos, limpiamente, según unas reglas austeras, y tendiendo a un objetivo mucho más “elevado”;¹² sin embargo, es preciso observar que la Constitución no ha establecido de modo expreso la reserva de intervención judicial. Sin embargo, otras normas de carácter penal sí determinan la existencia de dicha reserva judicial, como en el propio allanamiento de morada, que no solo violenta el domicilio, sino a su vez a la intimidad personal y familiar, pero que debidamente justificado en el ejercicio del deber procesal ameritan ciertas acciones invasivas.

Respecto de lo anterior se puede colegir que la legitimación de la vulneración de la protección de datos, y a su vez de la afectación de la intimidad, se encuentra en el carácter oficial de la solicitud; es decir, su injerencia solo puede ser posible mediante decisión judicial debidamente motivada, que también tiene como fin prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constituya violación a otro tipo de derechos inherentes al ser humano.

Sin embargo, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho a la intimidad, y por lo tanto a la entrega de datos, no es suficiente para que la garantía constitucional de este pierda concreción; por lo tanto, no es solo la regularidad formal de la decisión judicial que motive el hecho de acuerdo al marco jurídico normativo vigente, sino también la sana crítica y razonamiento de la autoridad actuan-

11. Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 197/1991, 17 de octubre de 1991.

12. Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Editorial Argentina, 2002), 13.

te, ya sea en el ámbito judicial o administrativo claramente vinculados al revestimiento de la atribución de limitar el derecho a la intimidad.

Por lo tanto, debe presentarse una necesidad absoluta respecto de la toma de esa decisión, considerando la concurrencia de una situación específica que genere de forma intrínseca la justificación de la limitación de derechos y principalmente de establecer la estimación de proporcionalidad de los bienes jurídicos y la situación en que se halla aquel individuo a quien se la impone.

Habrá entonces que ponderar siempre el interés público para justificar el sacrificio del derecho a la intimidad, integridad física *versus* las garantías constitucionales que perdería el individuo a cambio de la posible obtención de indicios probatorios que pueden llegar incluso al esclarecimiento de situaciones jurídicas oscuras, sosteniendo que no se pueda llegar a la verdad material de otro modo.

Lo trascendental en este punto es corroborar si el administrador de justicia logrará alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable de las cuestiones que le han llevado a ejecutar esta medida de intromisión de la intimidad, o si, por el contrario, habiendo sido revestido de juez le corresponde la obligación de encontrar cualquier otra medida que permita no producir menoscabo de derechos fundamentales.

A tal efecto conviene definir los requisitos que conformarían de forma idónea el análisis sobre la proporcionalidad, al respecto de los cuales pueden resumirse en: 1. que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley; 2. que la medida sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada; y 3. que la medida sea idónea, necesaria y proporcional en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

Hay que mencionar además que los derechos reconocidos en la Constitución en el art. 66 podrán verse afectados ya sea de manera independiente, pero también y con frecuencia de forma conjunta, dada su evidente proximidad estos derechos tienen su más inmediato riesgo en el ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que llevará a que la aplicación de la ponderación de bienes jurídicos constituyan un ejercicio habitual por parte de los operadores y administradores del derecho.

ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA INTIMIDAD EN LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la intimidad debe ser examinado desde ciertas ópticas (territoriales, temporales e individuales) que permitan definir de mejor manera su ámbito de acción para generar premisas que coadyuven a la valoración de su alcance y aplicación.

Partiendo de la premisa kantiana que considera al hombre, como un “ser” dotado de razón y concebido por lo tanto con la capacidad de conocer su libertad para plasmarla en su independencia y autonomía, generando el ejercicio de su propia naturaleza en cada momento, sin excluir elementos temporales, territoriales o espaciales.

ELEMENTO TERRITORIAL

Entendiendo al territorio como aquella extensión de la superficie terrestre, se configura la convicción de que no se puede limitar el derecho a la intimidad a ciertos espacios, o lugares, genéricamente denominados como “privados” y/o “íntimos”, ya que es insostenible mantener la afirmación de que en los espacios públicos, abiertos o al aire libre no ejercemos nuestra propia autodeterminación, nuestras entrañadas facultades e inherentes prerrogativas. Tal es así que es poco más que inexacto afirmar que, de acuerdo al lugar, no podríamos actuar como lo que somos “seres humanos” y desarrollar actividades privadas, que por tal carácter el titular del derecho prefiere mantenerlas únicamente bajo su conocimiento sin existir por lo tanto autorización de divulgación alguna.

No cabe duda de que el derecho a la intimidad se encuentra extendido hasta cualquier lugar en el que se encuentre el titular, por lo tanto no reducido a su localización, sino por el contrario dotando de irrelevancia el ámbito físico en el que el titular se encuentre y haciendo énfasis en la esencia propia de lo que significa la inherencia de un derecho fundamental.

Hay premisas que fundamentan el ámbito territorial del derecho a la intimidad con la convicción de que no puede considerarse privado bajo ninguna circunstancia lo que se realiza a la vista de todos; sin embargo, cabe aclarar que esta concepción poco progresista posee en su haber un carácter inconstitucional, ya que pretende destruir el sentido de la intimidad como derecho fundamental, y, por lo tanto, lo desvincula de la dignidad humana. Tal es el caso que algunos autores, al referirse al derecho a la intimidad tanto personal como familiar, han determinado que tales derechos son derechos originarios e innatos, absolutos, extrapatrimoniales, irrenunciables, inembargables e inexpropiables y son imprescriptibles.

ELEMENTO TEMPORAL

En este punto es imprescindible referirnos a los planteamientos aristotélicos concernientes al tiempo ya que “solo cuando percibimos un antes y un después hablamos de tiempo, porque el tiempo es justamente esto, dice Aristóteles, número del movi-

miento según el antes y el después”.¹³ Habrá entonces que clasificar dos momentos cruciales para poder analizar la temporalidad del derecho a la intimidad y la protección de datos; el primero concerniente a la permanencia vital del individuo ligada al movimiento; y el segundo concerniente a su muerte o etapa *post mortem*.

Como se pudo apreciar en reflexiones anteriores, es innegable la cobertura del derecho a la intimidad durante la vida de un individuo, de tal modo que se reconoce su estatus de derecho fundamental, vinculado entonces a la mera existencia del sujeto y considerándolo como un elemento innato de las personas, entendido esto nos queda tratar entonces la cuestión de ¿qué sucede con la personalidad pretérita?

Para responder esa pregunta debemos partir de la base de que con la muerte se extingue la persona y con ella la personalidad jurídica, tal como lo establece el art. 64 del Código Civil ecuatoriano. Con esta premisa entonces debería entenderse que la “persona” termina con la muerte.

De lo anterior nace la duda de si existe “tutela post mortem” respecto del derecho a la intimidad y la protección de datos. Al respecto debemos tomar en cuenta que los derechos promulgados en la Constitución se encuentran plasmados bajo el reconocimiento y garantía de derechos a las “personas”; por lo tanto, si el estado de “persona” termina con la muerte, entonces no se podría reconocer la tutela de derechos de la personalidad pretérita en el marco jurídico ecuatoriano, constatando un vacío legal que amerita ser tratada a nivel legislativo, para cubrir necesidades prácticas para resolver las diferentes situaciones que se pueden producir por intromisiones en la *memoria defuncti*.¹⁴

Al respecto, se deberá regular entonces aspectos relacionados directamente con la herencia no patrimonial del causante y el traslado de la titularidad del derecho a sus causahabientes, para delimitar la amplitud y alcance de su ejercicio, con el objeto de precautelar la trascendencia de la existencia de la persona debiendo por lo tanto proteger su memoria y el recuerdo que predomina de ella, prolongando la personalidad extinguida por la muerte mediante el otorgamiento de la nueva titularidad del derecho a los herederos.

13. Alfonso Pérez, *Tiempo e historia: una filosofía del cuerpo* (Madrid: Encuentro, 2002), 269.

14. María Cobas Cobiella, “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, *Revista Boliviana de Derecho*, No. 15 (2013): 112-29.

ELEMENTO INDIVIDUAL O SUBJETIVO

Es imperativo delimitar como puntualización concreta que la extensión del derecho se ve condicionada por ciertas circunstancias referentes a la persona como tal, o el aspecto concreto de su vida que se ve afectado.

De acuerdo a las circunstancias particulares del individuo y del caso, es importante mencionar que en ocasiones se ha interpretado que el alcance de la intimidad viene determinado por el propio afectado, no obstante, es necesario aclarar que el alcance del derecho a la intimidad no acapara únicamente el ámbito de la información. Así las injerencias a la intimidad no solo provienen de excesos en las libertades de expresión o información, al contrario, la protección del derecho se muestra imprescindible también en ámbitos como el de uso de información de instituciones públicas, y uso de bases de datos, refiriéndose entonces a aquel control idóneo, necesario y equilibrado del uso de los datos otorgados al Estado, o de aquellos que supongan una injerencia en la intimidad de los ciudadanos afectados injustificada o desproporcionadamente.

TRANSFERENCIA DE DATOS E INFORMACIÓN

Dicho lo anterior es necesario referirse a la *transferencia* como causa ineludible de la titularidad del derecho a la intimidad y el innato poder de control de datos, con el fin de determinar con facilidad la posible vulneración de derechos personales en la actual evolución tecnológica, vinculando el análisis a la expresión de la voluntad del titular con la existencia de la *autorización* y complementándolo respecto.

El avance de la sociedad conjuntamente con el desarrollo tecnológico va generando la aparición de nuevos riesgos a la intimidad, desde el llamado “right to be let alone” aplicado en la jurisprudencia estadounidense hasta llegar al día de hoy, en el que el propietario o titular del derecho confiere o transfiere el poder y control de su información y/o de sus datos, plasmándolo quizá en la premisa exagerada de dotar a otro el poder de uno mismo y de su propia información.

Esta *transferencia* genera una visión de protección alterada y hasta de carácter indirecto de un derecho constituido como innato y fundamental. Observando este comportamiento desde un punto de vista magnificado si relacionamos este análisis con la teoría penal sobre la causalidad, entendiendo aquella realidad fáctica según la cual se entrega el poder de control de nuestra información a un tercero y entendiendo que a toda causa le sigue un resultado final, el nexo unificador es la llamada “relación de causalidad”, entre la forma de la entrega de información y la supuesta lesión del derecho.

En este sentido, el análisis jurídico correcto para determinar la violación del derecho a la intimidad a nivel general, tanto dentro del ámbito público como privado, subyace en la determinación de aquella ausencia de un *consentimiento válido* para acceder a la información o del consentimiento para utilizarla de manera específica, en tanto y en cuanto la acción relevante será la forma de obtención de dicha información, debiendo determinar si esta fue entregada de forma legítima (autorización) y sin embargo fue utilizada para un fin distinto para el que fue otorgada, o no; o si simplemente la ausencia de la respectiva autorización es latente, partiendo de esta base podemos enfocarnos en la existencia de la posible lesión del derecho a la intimidad.

Tomando en cuenta el número 11, art. 66 de la Constitución del Ecuador, que protege de manera general los elementos más arraigados al “ser humano”, así como el *modus* de utilización de la información personal reflejada y vinculada a una autorización del titular, en concordancia con el número 19 de la misma norma, que determina lo que en líneas anteriores ha sido definida como *transferencia*, garantizando del siguiente modo esta interacción personal:

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

Esta norma supedita como elemento indispensable dicha autorización de uso, al tácito *negocio jurídico* constituido por la voluntad de las partes para generar o producir un determinado efecto; por lo tanto, si el efecto ocasionado es diverso al que se convino, se debería determinar el límite y los efectos que generaría circunscrita autorización, llegando a determinar el exceso de la atribución otorgada, tanto a nivel privado con un individuo de la sociedad civil como en el sector público; lo que nos lleva a determinar que el consentimiento debe ser expreso o tácito, pero siempre inequívoco, ya que de corroborar el consentimiento del titular este se torna en causal de justificación.

Habiendo entonces analizado la información y la consecuente autorización en un contexto más privado, es necesario abordar lo que respecta al papel del Estado en la tutela de derechos y su capacidad de injerencia en la intimidad de sus ciudadanos: es indispensable referirse a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Artavia Murillo y otros *vs.* Costa Rica, sobre la “fecundación in vitro” del 28 de noviembre de 2012,¹⁵ caso en el cual se puede evidenciar el exceso de poder

15. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) *vs.* Costa Rica, 28 de noviembre de 2012.

en el uso de las prerrogativas exorbitantes del Estado y el alto nivel de intromisión y vulneración al legalizar la prohibición de métodos artificiales de concepción (fecundación in vitro), generando circunstancias inconcebibles que se pueden producir por el hecho de no reconocer derechos naturales, fundamentales e innatos, amparados en justificaciones no proporcionales respecto del bien jurídico a proteger y el bien jurídico finalmente perjudicado.

Es evidente la intervención invasiva del derecho a la autodeterminación individual que recae sobre la libre elección de procreación, ya sea mediante el uso de medidas directas o bajo el uso de mecanismos artificiales, vulneración que engloba la autonomía personal y libertad de llegar a ser progenitor y todas aquellas decisiones que engloban la esfera más íntima de la vida privada y familiar del ser humano y que forman parte del ejercicio de las libertades personales universalmente reconocidas.

En este caso, la dignidad humana fue objeto de constantes violaciones, incluso a nivel mediático, ya que se divulgó variada publicidad de carácter discriminatorio y estigmatizante en contra de la situación de desventaja de los accionantes, evidenciando su estado de incapacidad de concebir, y emitiendo juicios de valor respecto de la infertilidad, provocando daños en los derechos personales y en el patrimonio moral de los accionantes a causa del linchamiento mediático constituido.

La violación referida se evidencia en la clara exposición de información privada en los medios de comunicación, en ausencia del elemento que prevendría la configuración de un delito, y se constituye como la expresión volitiva que demuestre un consentimiento expreso de la divulgación de información (autorización), generando daños morales.

Es inaudito conservar por casi once años una política prohibitiva, intrusiva y discriminatoria, claramente constituida en restricción desproporcionada de derechos y libertades, que, aprovechando el carácter relativo del derecho a la intimidad y en uso de las atribuciones estatales, pretendió legalizar y legitimar una vulneración de derechos individuales sin siquiera aplicar el principio de proporcionalidad y los elementos necesarios para habilitar actuaciones limitativas de derechos, que, como se determinó en líneas anteriores, deben confluír ciertos elementos que son necesarios para justificar el quebrantamiento de dicho derecho; en tal razón y por varias consideraciones relacionadas, la Corte confirmó que la privacidad se caracteriza por quedar inmune a las invasiones o lesiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la propia autoridad pública.

Dicho lo anterior, es necesario mantener un análisis respecto de la información consolidada a nivel público, ya sea dentro de bases datos, ficheros y/o información generada o incluida en sistemas electrónicos. Cabe recalcar que como “civitas” y en ejercicio de nuestro estatus generamos información pública y privada que se va consolidando en las diferentes instituciones del mismo carácter; dicha información se

encuentra protegida de su ilegal revelación elevando este acto a delito, y por lo tanto conformando la integración de un bien jurídico en el art. 229 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), previniendo la protección de los datos íntimos y personales haciendo alusión al carácter esencialmente valorativo del derecho penal cuyo fin último presupone la protección de los bienes jurídicos.

En Ecuador se ha promulgado la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos,¹⁶ que a su vez crea la llamada Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (DINARDAP), a la que se le atribuye facultades de ejecución de procesos y regulación del sistema de registro de datos públicos y su acceso, asumiendo la consolidación estandarización y administración de una base de datos única de todos los Registros Públicos, para generar un sistema de interconexión, también llamado de “control cruzado” de la información de los ciudadanos.

De lo anterior nace la duda de ¿hasta qué punto es procedente y positivo un enlace y conexión de toda la información ciudadana en un solo órgano? Considerando que ello supone la concurrencia de dos elementos esenciales: el primero es la existencia de un determinado estándar normativo de conocimiento tanto del agente controlador, como del individuo que es objeto de dicho control o actividad; y el segundo es la formulación por la “autoridad” o “agente de control” de un juicio o premisa adecuado respecto del carácter informativo a vincular,¹⁷ con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica correspondiente en la conexión de datos, previniendo que las actuaciones administrativas no excedan de sus facultades.

Una vez que el titular transfiere la información al Estado y este la obtiene se configura un vínculo entre ambos, en el cual el Estado tiene que garantizar su protección mediante el principio de seguridad y principio de confidencialidad de los datos, resguardando la referida información de manera que no pueda existir ningún riesgo de divulgación.

Es indispensable recalcar que el requisito imprescindible para delimitar si estos derechos han sido o pudieron haber sido violados, se lo consigue bajo el análisis de los actos presuntamente lesivos, y si estos se efectuaron con o sin la correspondiente autorización del sujeto, es decir, con el respectivo consentimiento que cabe mencionar puede ser revocado en cualquier momento. En este sentido, lo óptimo a nivel legislativo sería que se establezca taxativamente en qué casos no se apreciará la existencia

16. Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos promulgada en el Registro Oficial Suplemento No. 162 el 31 de marzo de 2010, y elevada al carácter de orgánica mediante ley publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 838 de 3 de diciembre de 2012.

17. Alberto Cerda, “Mecanismos de control en la protección de datos en Europa”, *Revista Ius et Praxis*, No. 12 (2006): 221-51.

de intromisión ilegítima en el ámbito protegido como en el caso de que estuviere expresamente autorizada por ley, o, en su defecto, cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

A continuación se analizará cómo el desarrollo de las tecnologías hace indispensable el estudio de la autodeterminación informativa como elemento primordial en la protección de datos, la vida privada y el derecho a la intimidad.

Como nos hemos referido en líneas anteriores, el concepto de intimidad suele ser controversial; sin embargo, tenemos clara la esencia de su definición, a pesar de que incluso el “Comitee on Privacy” británico concluyó la imposibilidad de definir satisfactoriamente el concepto de intimidad, por su carácter subjetivo, general y amplio; por tanto, comprendiéndola simplemente como un derecho fundamental, y relacionándola con las nuevas tecnologías, es obvio pensar que este derecho tiene exorbitantes posibilidades de ser vulnerado y más aún cuando asemejamos al internet con una sociedad que es indudablemente anónima, en la cual el desconocimiento de ciertos usuarios es común pero en el cual la información está completamente digitalizada y se corre el riesgo permanente de que la información y los datos pueda ser ilegalmente obtenidos y difundidos, ya que los datos de un individuo quedan públicamente expuestos en el ciberespacio.

En este punto, debemos determinar que la Constitución no solo tiene como objeto la protección de la vida de la persona frente a cualquier tipo de invasión, tomando en cuenta que el individuo desea excluir del conocimiento público y de las intromisiones de terceros, información que un sujeto la determina como suya y personal, por lo tanto es el derecho a la protección de datos el que “tiene como objeto garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho afectado”.¹⁸

De lo anterior, el derecho a la intimidad le permite al individuo excluir cierta información del conocimiento público, y resguardar sus datos personales de una publicidad no voluntaria, y el derecho a la protección de datos reconoce al individuo la facultad de controlar sus datos personales y a su vez la capacidad de disponer y decidir sobre los mismos. Tal es así que el derecho a la protección de datos garantiza al ciudadano

18. Abel Téllez Aguilera, *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos* (Madrid: Edisafer, 2001), 73.

la forma de uso de estos, es decir, el individuo tiene poder de disposición sobre los mismos, a esta facultad hay que agregarle la posible dificultad del ejercicio de este poder con el hecho de desconocer qué datos se encuentran en posesión de terceros, quienes los poseen y con qué finalidad.

Así lo determina el tratadista Oscar Puccinelli, citado en la Sentencia 001-14-PJO-CC de la Corte Constitucional del Ecuador,¹⁹ refiriéndose al respecto como:

El derecho a la protección de datos –y específicamente, su elemento denominado “autodeterminación informativa”–, tiene un carácter instrumental, supeditado a la protección de otros derechos constitucionales que se pueden ver afectados cuando se utilizan datos personales, como puede ser la intimidad, la honra, la integridad psicológica, etc.²⁰

En este sentido, el llamado derecho a la protección de datos lleva consigo arraigado un contexto evolucionado, tomando en cuenta que este extiende las garantías del derecho a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida, y abarca los bienes de la personalidad que se refieren a la vida privada vinculada a cualquier tipo de dato personal en el uso de las nuevas tecnologías, conteniendo en su haber la autodeterminación informativa conceptualizada como “aquella necesidad de que los ciudadanos controlen la información que les concierne, ya no como un mero derecho de defensa frente a las intromisiones de otros, sino ahora, y frente a los riesgos tecnológicos, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que circulan sobre nosotros”.²¹

La autodeterminación informativa comporta el derecho de toda persona a ejercer control sobre la información personal que le concierne, frente a cualquier ente público o privado. Cabe mencionar que este derecho fue utilizado por primera vez por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en la sentencia sobre la Ley del Censo del 15 de diciembre de 1983, con la que se faculta a las personas a decidir y consentir de manera informada y libre el uso de sus datos personales por terceros, ante el tratamiento automatizado de los mismos.

Es así que el derecho a la protección de datos personales se deriva del derecho a la vida privada y por lo tanto del derecho a la intimidad, los cuales no dejan de verse amenazados por las nuevas tecnologías que modifican formas de distribución de la información y hasta de almacenamiento; sin embargo, proyectando el uso tecnológico

19. Sentencia 001-14-PJO-CC, sentencia de jurisprudencia vinculante presentada en el caso No. 0067-11-JD, *Gaceta Constitucional* No. 007, 3 de julio de 2014, 6.

20. Oscar Puccinelli, *El Habeas Data en Indoiberoamérica* (Bogotá: Temis, 1999), 68.

21. Winfried Hassemer, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997), 124.

para plasmarlo en el derecho positivo para llegar al bien común se debe mencionar la necesidad de promulgación de leyes y políticas públicas que establezcan límites a la libertad humana y que generen un equilibrio entre los derechos propios y ajenos, que se establezcan como principios básicos de toda sociedad.

De lo anterior, es claro que la protección de datos y por lo tanto el derecho a la intimidad pueden verse vulnerados por el constante desarrollo de las tecnologías, las redes sociales, los inventos de reproducción de la imagen y la voz: en general, por los diferentes medios de comunicación masivos creados; por lo tanto es así como se genera la necesidad de proteger la información, tomando en cuenta que en 1789 con la Revolución francesa se proclamaron ya en el derecho positivo las garantías para el ejercicio de las libertades.

Sin embargo, con la creación de las nuevas tecnologías, el bien jurídico más susceptible de ser lesionado o puesto en peligro es el derecho a la intimidad, a pesar de que los usuarios de internet pretenden disfrazar su identidad y tutelar de alguna forma sus datos y privacidad por medio del *anonimato* en la comunicación y utilizando como complemento tácito la dificultad de rastrear datos reconocibles.²²

es unánime la denuncia de que las nuevas tecnologías suponen un serio peligro para la intimidad, ya que la facilidad con que esta puede verse vulnerada va en aumento, a medida que avanzan, se perfeccionan y simplifican las técnicas de grabación, capacitación de imágenes, reproducción y transmisión de datos.²³

Tomando en cuenta la necesidad e importancia que tiene actualmente a nivel mundial la tecnología, y más aún el internet en nuestro diario vivir, es difícil comprender cuán complicada es la generación de una regulación clara y unitaria del internet, como expone José de Areilza Carvajal en su artículo denominado “¿Quién gobierna Internet?”, estableciendo la paradoja entre la existencia de la sociedad del conocimiento generada por las redes y la carestía de controles adecuados que salvaguarden nuestros datos personales.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que, en un determinado momento del desarrollo de la sociedad, se llegó al llamado período instrumental de internet,²⁴ en el cual se definió al internet como un espacio abierto a la información de todos y en donde se pueden realizar las más diversas relaciones jurídicas, tomando de esta forma

22. Manuel Castells, *La galaxia internet* (Barcelona: Areté, 2001), 193.

23. Concepción Conde Ortiz, *La protección de datos personales* (Madrid: Dykinson, 2005), 20.

24. Ricard Ruiz de Querol, “Más allá de la primera era de internet”, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, No. 70 (2000): 1.

conciencia de que al existir relaciones jurídicas era necesario establecer elementos vinculantes de carácter normativo y de control para su uso.

A esto debemos referirnos, al derecho al acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, tomando como base fundamental el número 2 del art. 16 de la Constitución ecuatoriana, que garantiza la libertad informática y otros derechos ampliamente reconocidos y relacionados. Así tenemos la dignidad humana, la libertad de expresión y por supuesto la libertad de comunicación, etc. En este sentido sí podemos vincular el derecho de libertad informática con otros tantos derechos, de carácter inherente al desarrollo de la personalidad humana; entonces utilizando los principios constitucionales, el apoyo de los derechos ampliamente reconocidos en la norma suprema y los tratados internacionales se resalta y sobresale la necesidad de extender la tutela de derechos que por el continuo desarrollo de la sociedad se convierten en indispensables, como sucede con la tutela del derecho a la libertad informática a nivel universal.

Es cierto que la protección de datos personales en ciertos casos se enfrenta ante ciertos derechos, tal es el caso de la libertad de expresión, o el derecho a la información, constituyéndose como factor necesario que los sistemas constitucionales en amparo de los derechos fundamentales protejan las diferentes libertades individuales y colectivas, amparados en la ponderación de derechos y contrastados en el posible sacrificio de un derecho reducido por uno mayor.

CONCLUSIONES

- La autodeterminación informativa presupone la capacidad de dominio y control del individuo sobre su propia información y respecto del estatus que el titular del derecho le quiere dar a esta, ya sea conservarla dentro de su acervo privado o constituirla como información de conocimiento público.
- La injerencia o violación de la intimidad se determina por el *modus* de transferencia de la información enmarcándola en la presuposición de la existencia de un consentimiento expreso o tácito configurado como *autorización* y la necesaria exteriorización de un *consentimiento válido* que genere la consecuente entrega del poder de control de datos a un tercero.
- La clara ausencia de consentimiento válido podría generar una situación ponderativa de derechos entre la protección de datos personales y la autodeterminación informativa que en casos particulares puede exigir la revelación de determinados elementos pertenecientes a la vida privada de un sujeto, siempre que tal circunstancia sea justificada por motivos en beneficio del interés general.

- El derecho a la intimidad y la protección de datos de la personalidad pretérita deben ser regulados y controlados, para cubrir el vacío legal que existe en Ecuador respecto al ejercicio y aplicación de la herencia del patrimonio moral del *causante* y de sus nuevos titulares, con el objeto de instrumentar y resolver las problemáticas que se pueden producir por vulneraciones a la memoria defuncti.
- El avance tecnológico genera nuevas formas de vulneración de derechos personales, transgrediendo la protección de datos individuales y el bien jurídico fundamental de la intimidad, generando la necesidad latente de la promulgación de normativa y políticas públicas que establezcan límites a ciertas libertades humanas que generen un equilibrio entre los derechos propios y ajenos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart, Germán, y Walter Carnota. *Derecho constitucional comparado*. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- Castells, Manuel. *La Galaxia Internet*. Barcelona: Areté, 2001.
- Cerda, Alberto. “Mecanismos de control en la protección de datos en Europa”. *Revista Ius et Praxis*, No. 12 (2006).
- Cobas, María. “Protección post mortem de los derechos de la personalidad: reflexionando sobre la cuestión”. *Revista Boliviana de Derecho*, No. 15 (2013).
- Conde Ortiz, Concepción. *La protección de datos personales*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Falconí, José García. “Neoconstitucionalismo”. *Derecho Ecuador, Revista Judicial*, No. 1. 2014.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- Ferreira, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Editorial Argentina, 2002.
- Gutiérrez Zarza, Ángeles. *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal*. Madrid: La Ley, 2012.
- Hassemer, Winfried. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
- Jalkh Röhens, Gustavo. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Pérez, Alfonso. *Tiempo e historia: una filosofía del cuerpo*. Madrid: Encuentro Ediciones, 2002.
- Puccinelli, Oscar. *El Habeas Data en Indoiberoamérica*. Bogotá: Temis, 1999.

Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho a la intimidad y objeción de conciencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

Ruiz de Querol, Ricard. “Más allá de la primera era de internet”. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, No. 70 (2000).

Téllez Aguilera, Abel. *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos*. Madrid: Edisafer, 2001.

OTROS

Sentencia 001-14-PJO-CC, Sentencia de Jurisprudencia vinculante presentada en el Caso No. 0067-11-JD, *Gaceta Constitucional* No. 007, 3 de julio de 2014.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 197/1991, 17 de octubre de 1991.

Sentencia Tribunal Constitucional Español No. 151/1997, del 29 de septiembre de 1997.

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 12 de mayo de 2017