

El derecho fundamental a la protección de datos personales en Ecuador

Luis Ordóñez Pineda

Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz (España). Docente e investigador de la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador) en la cátedra de Derecho Informático y Protección de Datos Personales.

Correo electrónico: loordonez@utpl.edu.ec

Resumen

El Estado constitucional de derechos y justicia reconocido en la Constitución de Ecuador establece que el máximo deber del Estado y de los particulares es promover y garantizar los derechos y libertades fundamentales. A partir del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, se desarrolla una nueva teoría jurídica caracterizada, principalmente, por la supremacía constitucional. En este marco, se encuentran reconocidos tanto el derecho fundamental a la protección de datos personales como la garantía del *habeas data*. En todo caso, la aprobación de la nueva LOPDE en mayo de 2021 busca afianzar el derecho a la seguridad jurídica, promoviendo no solamente la aplicación de normas jurídicas claras, sino además la confianza ciudadana.

Palabras clave: *habeas data*, seguridad jurídica, neoconstitucionalismo, protección de datos personales.

Abstract

The constitutional State of rights and justice recognized in the Constitution of Ecuador establishes that the maximum duty of the State and of individuals is to promote and guarantee fundamental rights and freedoms. From contemporary constitutionalism or neo-constitutionalism, a new legal theory is developed, characterized mainly by constitutional supremacy. In this framework, both the fundamental right to the protection of personal data and the guarantee of habeas data are recognized. In any case, the approval of the new LOPDE in May 2021 seeks to strengthen the right to legal security, promoting not only the application of clear legal norms, but also citizen trust.

Key words: *habeas data*, legal security, neo-constitutionalism, protection of personal data.

Introducción

El reconocimiento de los derechos fundamentales, sobre la base del respeto de la dignidad humana y de los límites que se imponen al poder público y privado, forma parte de las características que desarrollan la construcción de un Estado constitucional de derechos y justicia. Siendo la dignidad humana el fundamento de las normas constitucionales, el Estado constitucional de derechos y justicia supone que «cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los derechos constitucionales. Ejemplos abundan. Piénsese [...] en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel» (Ávila, 2016, p. 55).

Así pues, cualquiera sea el fundamento filosófico de la inherencia de los derechos humanos a la persona, el reconocimiento de la misma por el poder y haber quedado plasmada en instrumentos legales de protección en el ámbito doméstico y en el internacional, han sido el producto de un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la opinión pública y una determinación universal de la lucha por la dignidad humana, han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran conquista de la humanidad, como es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derechos por el mero hecho de serlo (Nikken, 1997, p. 23).

El actual Estado constitucional ecuatoriano se sostiene sobre un sistema jurídico que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas. Esto supone no solamente el reconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹, sino también en el respeto de los derechos que se derivan de la dignidad de las personas². De este modo, esta cláusula abierta «abre la posibilidad para que los derechos no reconocidos en la Constitución ni en instrumento internacional alguno, puedan ser justiciables. La referencia a la dignidad, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de derechos» (Ávila, 2012, p. 87).

En este sentido, los derechos fundamentales —incluida la protección de datos personales, como un derecho de libertad consagrado en la Constitución de Ecuador— tienen como fundamento el respeto de la dignidad de la persona. Por ello, a partir de los avances tecnológicos y procesos de integración económica, «se hace imprescindible reforzar el control sobre nuestros datos personales que, en último término, supone proteger nuestra dignidad personal frente a estos nuevos peligros» (Arenas, 2014, p. 538). Frente

¹ La Corte Constitucional de Ecuador ha señalado que por *normas ecuatorianas* se entienden aquellas que tienen vigencia y fuerza obligatoria en jurisdicción ecuatoriana, incluidas aquellas establecidas en tratados y convenios internacionales, decisiones de organismos del sistema interamericano o universal de protección de derechos humanos, u otras fuentes de derecho, reconocidas en la Constitución de la República como parte del ordenamiento jurídico del Ecuador. Véase Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC. Caso Nro. 1692-12-EP.

² Es muy importante señalar que la Constitución ecuatoriana, en su art. 11.7, determina que: «El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento».

a estos supuestos, la protección de datos se apoya en el principio de solidaridad como una fuente de las obligaciones, por cuanto «en sociedades complejas, la solidaridad es un principio que ayuda a cumplir las dimensiones prestacionales de la libertad, la igualdad sin discriminación, mediante las acciones afirmativas y hacer efectiva la dignidad» (Ávila, 2012, p. 264).

En términos de armonizar, jurídicamente, la protección y tutela de este derecho fundamental, en la región se evidencia un significativo desarrollo de instrumentos internacionales que posibilitan la integración latinoamericana, a partir del respeto de la dignidad humana. Por ejemplo, la *Guía Legislativa sobre Privacidad y Protección de Datos Personales* (OEA, 2015) significa un importante instrumento en la conceptualización del respeto del derecho a la protección de datos, como una manifestación de la dignidad humana³.

De este modo, entendiendo a la dignidad «como la necesidad de que todas las personas sean consideradas y respetadas, y la proscripción de la instrumentalización del ser humano» (Ávila, 2012, p. 264), el derecho fundamental a la protección de datos plantea que «el tratamiento adecuado de los datos personales es una exigencia de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad» (Troncoso, 2010, p. 32). Por todo ello, como apunta Bidart Campos, se advierte que del concepto de dignidad humana se «derivan los derechos personalísimos, como los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil, y el propio derecho a la dignidad personal» (Bidart Campos, 1993, p. 79).

En virtud de la diversidad de bienes jurídicos que pueda afectarse mediante el abuso y uso indebido de la información de carácter personal, el replanteamiento del derecho a la protección de datos se precisa más que necesario. En una sociedad en donde el desarrollo de las tecnologías se ha convertido en una prioridad, la protección integral de la persona merece especial atención, debido a los riesgos que representan las TIC en el ejercicio de las libertades personalísimas. Desde esta perspectiva, el derecho a la protección de datos personales supone que la persona sea tratada conforme a su ser. Implica una condición que limita el ejercicio del poder público y privado, a partir del respeto a la igualdad de todos los seres humanos. En suma, solidariamente, pretende concretar en beneficio de los ciudadanos —no desde la esfera individual, como un ente aislado, sino como un ser social que vive en comunidad— seguridad jurídica, frente al desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

³ Como señala esta *Guía*, la finalidad de estos principios es instar a los Estados miembros de la Organización a que adopten medidas para que se respete la privacidad, la reputación y la dignidad de las personas. Su propósito es servir de base para que los Estados miembros consideren la posibilidad de formular y adoptar leyes con objeto de proteger la información personal y los intereses en materia de privacidad de las personas en las Américas (OEA, 2015).

1. Naturaleza y definición del derecho fundamental a la protección de datos personales

Los progresivos cambios, en el marco regulador de la información personal, han instituido en la configuración de este derecho varias denominaciones que pretenden abarcar no solamente su fundamento, sino también el carácter autónomo del bien jurídico que se protege frente al tratamiento de la información. Una de las principales fuentes de este cambio constituye los avances tecnológicos, que exigen del derecho la articulación de nuevos principios.

Puede decirse que «la modernidad no sólo ha significado el más radical y antes insoñado salto tecnológico y científico de género humano, sino la consolidación de valores nuevos, y el derrumbe de otros» (Nikken, 1997, p. 46). Hasta ahora, la priorización sobre el acceso a las tecnologías sigue siendo una de las principales características de la sociedad moderna. No obstante, existe una desvalorización de los riesgos que supone la sobreexposición de la persona y de su información personal. Por estas razones, particular importancia tiene la definición de los elementos que componen este derecho fundamental, frente a prácticas ilícitas que afectan a los bienes jurídicos que tutelan la libertad para la autodeterminación informativa.

Afirmado como un derecho fundamental, la protección de datos o derecho a la autodeterminación informativa tiene su máxima expresión en el respeto de la dignidad humana. En este orden, su objeto es «la protección de los datos, pero como fin último, la tutela de un plexo de bienes jurídicos que son específicamente atacados por el tratamiento de datos, y que se pretende con su creación brindar una tutela especial a las personas» (Puccinelli, 2008, p. 792). Por ello, hay que entender lo siguiente:

... cuando se menciona el concepto de dato, éste no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos, sean o no fundamentales. (De la Serna, 2011, p. 9)

En todo caso, el desarrollo de las denominadas tecnologías de la información y la comunicación también afecta al tratamiento de los datos personales, como resultado de su circulación ilimitada y el libre acceso que se puede ejercer en una sociedad en red. Así, hay que considerar que la tecnología «es capaz de mover un gran volumen de información y de ponerla en relación, de manera que se construyan perfiles de nuestra personalidad» (Troncoso, 2010, p. 46), evidentemente, sin mediar el consentimiento de las personas. Por ello, Puccinelli nos recuerda que, frente a la aparición del poder informático, estamos ante un derecho con contenidos diferenciales, el cual se constituye por «la suma de principios, derechos y garantías establecidos en favor de las personas que pudieran verse perjudicadas por el tratamiento de los datos de carácter personal a ella referidos» (Puccinelli, 2004, p. 2).

Sobre la definición de datos de carácter personal, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, en el ámbito internacional, coinciden en precisar que constituye cualquier información concerniente a una persona que la identifique o pueda hacerla identificable, y que, en todo caso, pueda «facilitar la configuración de un perfil, aunque no pertenezcan al reducto de la intimidad de la persona» (Troncoso, 2010, p. 133). Así, por ejemplo, encontramos «los datos sobre los gustos o aficiones de las personas e, incluso, aquellos que puedan parecer irrelevantes para incidir en la dignidad, como el color de pelo o el número de pie que se calza» (De la Serna, 2011, p. 9).

Ahora bien, en el derecho a la protección de datos personales, el *habeas data* concreta «derechos y deberes que operan en el marco objetivo ofrecido por los principios de calidad de los datos» (Lucas Murillo y Piñar, 2011, p. 18). Entre los objetivos de esta garantía, por ejemplo, se encuentran que el accionante conozca qué tecnologías se usan para almacenar la información y también qué seguridades ofrecen los responsables del tratamiento de la información, con el fin de precautelar que los datos personales no sean utilizados, ilícitamente, en instituciones públicas y privadas. Por tanto, además de los tratamientos manual-estructurados, consideramos que el *habeas data* se presenta como un mecanismo de protección y tutela de la información de carácter personal, frente al tratamiento automatizado, derivado de entornos vinculados con las tecnologías de la información y comunicación. Así, como una garantía de libertad que se deduce de la normativa constitucional, «se habla de un *habeas data* como un conjunto de instrumentos procesales —acceso, rectificación y cancelación— que garantiza que la persona dispone de un control sobre sus datos personales y, por tanto, una protección sobre su identidad personal» (Troncoso, 2010, p. 52).

2. El *habeas data* como garantía para la protección de datos personales

Las garantías constitucionales consisten en mecanismos de tutela de que disponen los ciudadanos para asegurar el cumplimiento de los distintos derechos fundamentales que se consagran en la Constitución, como norma suprema del Estado. Así, las garantías constitucionales constituyen «aquellos procedimientos que se utilizan para restaurar el orden constitucional desconocido o violado» (Gil, 2004, p. 23). Apreciamos que el problema de los derechos fundamentales no está en determinar su justificación, ni el reconocimiento interno de que los Estados deben formalizarlos en sus ordenamientos jurídicos. El principal dilema al que se enfrentan los derechos es la tutela y su ejercicio en la práctica. Por ello, las garantías constitucionales constituyen mecanismos de tutela que, frente a la vulneración de derechos, tienen por objeto «restituir el estado de cosas anteriores a la violación, y además implica que se desarrollen plenamente los mandatos constitucionales, para ajustar la Constitución a la realidad y para influir y cambiar la realidad» (Gil, 2004, p. 23).

La protección de los derechos fundamentales enfrenta nuevas realidades y desafíos. «La contundencia del derecho a la autodeterminación informativa, en tanto garantiza

al individuo el control de sus datos, genera innumerables y permanentes situaciones de conflicto con otros derechos, también esenciales para su adecuado desarrollo» (Milanes, 2017, p. 28). Por tanto, si se hace referencia a la protección de la información personal, el principal desafío es su tutela efectiva, frente al desarrollo de las nuevas tecnologías. En este aspecto, señalamos lo siguiente:

Las NT y las TIC permiten, en efecto, un reforzamiento de determinadas garantías jurídicas y una renovación de determinados procedimientos y acciones destinadas a tutelar a la ciudadanía de los Estados de Derecho. El *habeas data* [...] representaría una de esas nuevas modalidades de acción procesal destinada a reforzar el status jurídico de los ciudadanos en las sociedades tecnológicas. (Pérez-Luño, 2017, p. 36)

La teoría neoconstitucional —que plantea un Estado constitucional de derechos y justicia— exige que la garantía de los derechos corresponda a una tutela judicial efectiva, y que aseguren el bienestar colectivo, a través del respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De este paradigma se desprende un significativo avance en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. La norma suprema, la regla de decisión, es la Constitución y no la ley. El centro del Estado es el ser humano y, por tanto, el Estado es el máximo garante de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales inherentes a la persona.

Asumiendo que el *habeas data* constituye un derecho y una garantía «que permite a toda persona conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella hayan sido consignadas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, en defensa de sus derechos fundamentales» (Puccinelli, 2008, p. 796), en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia, las Administraciones públicas y los particulares tienen el deber y la obligación de respetar este derecho reconocido, no solo en la normativa constitucional, sino en los instrumentos internacionales⁴. En este sentido, «en el Estado de derechos se están reconociendo varios sistemas jurídicos. Entre otros, el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas» (Ávila, 2016, p. 57).

Hasta aquí, hemos referido que el respeto de los derechos fundamentales no depende, únicamente, de su reconocimiento constitucional, sino que también exige del Estado garantizar las condiciones para su pleno reconocimiento y ejercicio. En este fin, la implementación de procedimientos constitucionales que tiendan a llevar a efecto los derechos, se presenta como un presupuesto de garantías mínimas en el deber del Estado, de respetar y hacer respetar las libertades consagradas en la Constitución. Naturalmente, en materia de protección de datos personales, hacemos referencia al *habeas data*. Si

⁴ En nuestro ámbito regional, un instrumento que se destaca es la *Guía Legislativa* de la OEA. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través, de la Opinión Consultiva OC-24/17, ha resaltado la importancia de su vinculación en el marco de regulación, respecto al derecho fundamental a la protección de datos y *habeas data*. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-24/17 relativa a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, solicitada por la República de Costa Rica, 2017.

bien esta se asocia a una garantía que permite tener conocimiento o acceso sobre la información personal que obra en poder de terceros, en la actualidad se orienta a proteger los derechos de los ciudadanos, frente al tratamiento ilícito de la información personal y, esencialmente, «hace referencia al conjunto de los denominados derechos o facultades ARCO, es decir, a los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición. Estas facultades conjuntamente constituyen el núcleo del derecho a la libertad informática o derecho de autodeterminación informativa» (Pérez-Luño, 2017, p. 115).

Así también en palabras de Puccinelli:

El *habeas data* o protección de datos personales, establece garantías mínimas de calidad y confiabilidad de los datos nominativos o personales que se recojan; el derecho de las personas a exigir que sus datos personales le sean exhibidos; el derecho a que sean rectificadas y el derecho a excluir los datos privados mantenidos sin autorización. (Puccinelli, 1999, p. 351)

En consecuencia, se convierte en la garantía de tutela del derecho a la protección de datos personales frente al uso ilícito y disposición arbitraria, de la cual puede ser objeto la información personal dentro de una sociedad informatizada. Además, el *habeas data* se concibe como una garantía instrumental por cuanto, si bien garantiza el ejercicio del derecho a la protección de datos, además tutela las libertades que se desprenden de este instituto de garantía. En todo caso, permite que el titular de la información personal se pueda instruir «con qué garantías está almacenando esas informaciones y qué aplicaciones tecnológicas usa para conservar adecuadamente la información; es decir, qué seguridades ofrece el titular del archivo o base de datos para prevenir daños, manipulaciones o usos indebidos de los mismos» (Pérez-Luño, 2017, p. 23).

Bajo estas consideraciones, el *habeas data* constituye un mecanismo de garantía que atribuye al titular de la información una protección ante el impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. Cardinalmente, se orienta a tutelar no solamente el «acceso», sino también el «control» sobre la información de carácter personal. Es decir, se orienta a garantizar la protección de datos, frente al tratamiento «ilegítimo» y «no autorizado» de la información personal. Por ello, el *habeas data* se instituye como el procedimiento constitucional necesario para garantizar la actuación inmediata del órgano judicial correspondiente en los casos de violación de derechos y libertades fundamentales que resulten afectados como consecuencia del manejo de bancos de datos, tanto públicos como privados.

3. Precisiones sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales. Referencia a los artículos 66.19 y 92 de la Constitución ecuatoriana

En el derecho constitucional ecuatoriano, la protección de datos personales se ha desarrollado en tres etapas: primero, la protección constitucional a través del *habeas data*; segundo, la regulación de la información personal y la intimidad mediante leyes

sectoriales, y tercero, el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales en la Constitución de 2008. En todo caso, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 2021, nos encontramos atravesando una cuarta etapa.

En la Constitución de 2008, el derecho a la protección de datos personales se sitúa dentro de los denominados «derechos de libertad», dentro de los cuales se reconoce y garantiza este derecho fundamental —art. 66.19—. Además, la Constitución garantiza la tutela de este derecho fundamental mediante el *habeas data* —art. 92—. Conforme a este reconocimiento constitucional, se desprenden unas facultades de control y dominio sobre el tratamiento de la información de carácter personal, tanto en el ámbito público como privado. Se destaca el reconocimiento de los principios de finalidad; licitud; uso limitado; retención (tiempo de vigencia del archivo o banco de datos); transparencia y consentimiento en la recogida de datos, así como la protección y seguridad de los datos sensibles. Desde esta perspectiva, se asegura la garantía y ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, eliminación o anulación de los datos personales que consten tanto en soporte material como electrónico.

En todo caso, al determinarse que el *habeas data* procede cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, existe un reconocimiento de que el derecho fundamental a la protección de datos personales es un instituto de garantía de otros derechos fundamentales. Sobre este respecto, subrayamos lo siguiente:

La Constitución ecuatoriana (art. 92) y la LOGJCC (art. 49) reconoce al titular el derecho para demandar la reparación de los perjuicios que le haya irrogado con el banco de datos, por la violación de cualquiera de las normas que regulan la elaboración de los bancos de datos personales, la protección de los derechos de la persona y, en general, cualquier otro derecho legalmente garantizado y la reparación debe ser integral o de los daños económicos o patrimoniales, el daño moral, el buen nombre o fama, la garantía de que no se volverán a repetir violaciones análogas, etc. (Trujillo, 2010, p. 270)

Bajo estas consideraciones, en el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia, las garantías constitucionales suponen una manifiesta ampliación de los derechos de libertad concretados en el artículo 66 de la Constitución, particularmente, del derecho fundamental a la protección de datos personales. Naturalmente, mediante el *habeas data* esta, característica surge como resultado de aquella universalización que plantea la libertad informática, en una sociedad en la que predomina el avance tecnológico y comercial. En este sentido, agregamos:

Una vez que el Estado social y democrático o de derechos y justicia tiene como deber primordial respetar y hacer respetar los derechos de la persona y garantizar la seguridad integral o humana, la persona tiene derecho para demandar del Estado ecuatoriano la protección de su libertad informática o informativa y a que arbitre las medidas para

impedir el abuso del poder informático como de cualquier otra forma de poder, como lo hace, desde las revoluciones del siglo XVIII, frente al poder político del mismo Estado. (Trujillo, 2010, p. 262)

Por otra parte, considerando que la Constitución prescribe —como un principio para la aplicación de los derechos— que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva en las normas, jurisprudencia y políticas públicas —art. 11.8—, se espera que la nueva normativa aprobada corresponda a la materialización de la seguridad jurídica⁵, por cuanto, desde la significación de este derecho fundamental en el contexto internacional, una ley general debe asegurar tanto la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico como la confianza ciudadana. En este contexto, debe garantizarse que este derecho fundamental se desarrolle acorde a planteamientos globales. Buscando el bienestar colectivo de la sociedad, en el ámbito latinoamericano debe posibilitarse la protección integral de la dignidad de la persona frente a los procesos de desarrollo tecnológico y comercial. Por ello, la aplicación de estándares comunes es un presupuesto que debe asumirse en el país y en la región con el objeto de establecer un modelo de protección de datos personales a escala internacional.

En estas condiciones, nos parece que uno de los méritos más importantes de la Constitución de 2008 es haber reconocido y atribuido autonomía al derecho fundamental a la protección de datos personales, reconociéndolo como un instituto de garantía de otros derechos fundamentales. En una sociedad tecnológica, la ampliación de la garantía de *habeas data* supone la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para el tratamiento de los datos sensibles o especialmente protegidos. A partir de la necesidad de proteger la información de carácter personal, como resultado de los avances tecnológicos experimentados en la sociedad, desde la constitucionalización de este derecho, se aprecia un antes y un después en la regulación sectorial; ello ha permitido concretar la aprobación de una normativa que desarrolle el derecho a la protección de datos.

4. La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

Como hemos precisado, los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, lo cual implica el respeto de la dignidad en todas sus dimensiones. La protección de datos personales conlleva, precisamente, el reconocimiento de derechos y obligaciones solidarias y recíprocas. Su ejercicio conlleva una «colisión con otros derechos fundamentales y bienes constitucionales que implican el conocimiento y acceso a la información personal

⁵ Si bien han sido tres los proyectos que, históricamente, se han presentado ante el Legislativo, en los últimos años, solo dos han despertado especial interés en la materia. El primero, denominado «Proyecto de Ley Orgánica de la protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los datos personales», presentado en 2016, y el segundo, denominado «Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales», formulado en 2019. Este último ha concretado, finalmente, su aprobación y promulgación en el Registro Oficial. Puede consultarse el texto completo de ambos proyectos en el Portal de la Asamblea Nacional del Ecuador: <https://Leyes.asambleanacional.gob.ec/>.

y el tratamiento de datos personales sin consentimiento» (Troncoso, 2010, p. 33). Autores como Pérez Luño (2010) y Antonio Troncoso (2010) coinciden en la necesidad de «buscar equilibrio», desde el ámbito de relación entre la Administración y los ciudadanos en lo que respecta al tratamiento de la información de carácter personal. Este planteamiento sugiere en gran medida la necesidad de un «pacto social», que asegure la proporcionalidad de los límites al derecho a la protección de datos personales y a otras libertades fundamentales. En este orden de ideas, se advierte la necesidad de «un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos» (Pérez Luño, 2010, p. 363).

El Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano plantea que —conforme al principio de eficacia directa— los derechos y garantías reconocidos en la Constitución constituyen una regla de decisión. Las decisiones de los servidores públicos, administrativos o judiciales deben garantizar su aplicación de manera directa e inmediata. De hecho, «los pretextos de falta de Ley o reglamento para excusarse de cumplir un derecho, tan comunes en un Estado burocratizado, no tienen cabida» (Ávila, 2012, p. 77). Según este paradigma, en principio, la falta de una ley general o normas sectoriales, aplicables al tratamiento de la información personal, no puede limitar el ejercicio del derecho a la protección de datos frente a la actividad de los poderes públicos, e incluso particulares. No obstante, hay que recordar que uno de los pilares esenciales para que el tratamiento de la información sea legítimo y respete los derechos y libertades individuales es la necesidad de garantizar la coherencia —seguridad jurídica— de la legislación nacional.

La protección de datos personales en las sociedades actuales «precisan de un equilibrio entre el flujo de informaciones, que es condición indispensable de una sociedad democrática y exigencia para la actuación eficaz de los poderes públicos, con la garantía de la privacidad de las personas» (Pérez Luño, 2010, p. 363). Lógicamente, este equilibrio y coherencia se traduce, a su vez, en la garantía del derecho a la seguridad jurídica, que, como consagra la Constitución en su art. 82, «se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes».

Como hemos examinado en otro momento, el desarrollo de este derecho dentro del ordenamiento jurídico secundario es insuficiente. A partir del desarrollo tecnológico, resulta escaso, disperso y limitante a la hora de aplicar los presupuestos, principios y definiciones necesarias en la regulación del tratamiento —automatizado o no— de la información de carácter personal. Frente a esta situación, la tutela de los derechos fundamentales —especialmente, el de protección de datos personales— precisa una particular atención debido a que, en el contexto jurídico, deben converger la garantía integral de las libertades personales y la confianza ciudadana con la evolución que plantea el paradigma tecnológico.

Conforme a los presupuestos para la garantía de la seguridad jurídica, es evidente la necesidad de que la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (en adelante LOPDP) asegure que los tratamientos de la información personal en los distintos sectores se ajusten

a unos principios generales. Por ello, con el objeto de establecer la coherencia, confianza y seguridad jurídica en la legislación, es esencial la determinación de una serie de facultades, obligaciones y condiciones de legitimación que supone el respeto integral de la normativa de protección de datos.

A partir de las condiciones que plantea la seguridad jurídica, el marco de protección y regulación del derecho a la protección de datos debe orientarse a concretar normas claras y legítimas que, asegurando la confianza ciudadana, respeten de manera integral la Constitución y los principios internacionales para la protección y tutela de la intimidad, privacidad y, en suma, la información de carácter personal. En todo caso, recordando que este derecho fundamental plantea el reconocimiento de las facultades de control y disposición sobre la propia información personal, el tratamiento de la información debe singularizarse, dentro de un marco jurídico integral y equilibrado, para que atribuya al titular de los datos la capacidad de ejercer, con certeza y coherencia, el control sobre el uso y la finalidad de dichos datos.

Precisamente, la promulgación de la LOPDP en mayo de 2021 está llamada a desarrollar estos presupuestos, por cuanto en su exposición de motivos se invoca la imperiosa necesidad de generar confianza y garantizar las oportunidades que brindan los adelantos tecnológicos⁶. Naturalmente, como señalan dichas motivaciones, por una parte, todo esto obliga a los países a realizar marcos jurídicos compatibles en distintos niveles: nacional, regional y mundial que faciliten el intercambio y, al mismo tiempo, respeten y protejan los derechos humanos; y, por otra, se espera que su normativa proteja los derechos, promueva la actividad económica, comercial, de innovación tecnológica, social, cultural, entre otras, y delimite los parámetros para un tratamiento adecuado en el ámbito público y privado.

Además, por mandato constitucional, es preciso destacar que la LOPDP es el resultado de un proceso legislativo que trata de fortalecer la integración en Latinoamérica y el Caribe, toda vez que el Estado ecuatoriano está comprometido en «fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos [...], de acuerdo con los principios de progresividad y no regresividad» —art. 423.3—. En todo caso, tanto de la exposición de motivos como de los considerandos, observamos que la nueva normativa de protección de datos personales resalta la trascendencia en el ámbito internacional del Reglamento (UE) 2016/679; de los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos, en 2017, y de los Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales de la OEA, en 2015. Esto nos lleva a pensar que la LOPDP no solamente

⁶ La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales fue publicada en el Registro Oficial, Quinto Suplemento, Nro. 459, el 26 de mayo de 2021. Fue aprobada por unanimidad con 118 votos afirmativos y una abstención —de un total de 119 asambleístas presentes—, durante la sesión 707 (en modalidad virtual) del pleno legislativo. Según la Segunda Disposición Transitoria, «todo tratamiento realizado previo a la entrada en vigencia de la presente Ley deberá adecuarse a lo previsto en la presente norma, dentro del plazo de dos años contados, a partir de su publicación en el Registro Oficial. El incumplimiento de la presente disposición dará lugar a la aplicación del régimen sancionatorio establecido en esta Ley»

está orientada a fortalecer una integración regional, sino también a concretar un nivel adecuado de protección, basado en estándares globales⁷.

Reflexiones finales

La base fundamental del derecho a la protección de datos personales nos reconduce a la necesidad de garantizar el respeto de la dignidad humana de las personas, con estricto apego a los derechos inherentes de los titulares de la información personal. Naturalmente, esta construcción se encuentra reconocida en los preceptos constitucionales de Ecuador, especialmente en su Preámbulo, por cuanto, a partir del Estado constitucional de derechos y justicia, se promueve una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas.

El reconocimiento constitucional de la protección de datos personales como un derecho fundamental autónomo, el cual se garantiza mediante el *habeas data*, en los artículos 66.19 y 92 de la Constitución de Ecuador, supone considerar que, tanto en el ámbito público como privado, la base esencial para el respeto de los derechos y libertades debe ser la Constitución, pues constituye una norma jurídica de aplicación directa e inmediata. Por ello, advertimos que, de este reconocimiento en la Constitución, nacen una serie de facultades, principios y garantías tendentes a regular el tratamiento de la información personal, sea en soporte material o electrónico. Así, por ejemplo, se reconoce el derecho a acceder y decidir sobre los propios datos personales, además de incluir el ejercicio de otros derechos como el de rectificación, cancelación y oposición. Además, para la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión —en suma, cualquier tratamiento de datos personales—, se establece el respeto del consentimiento o autorización del titular de los datos como una garantía de legitimación o licitud, adoptando medidas de seguridad apropiadas para el caso de los datos sensibles.

La búsqueda del equilibrio que requiere en la práctica este derecho fundamental no debe hacernos olvidar los errores cometidos por el legislador o los servidores públicos, tanto administrativos como judiciales. Este planteamiento sugiere en gran medida la necesidad de un «pacto social», que asegure la proporcionalidad de los límites al derecho a la protección de datos personales y a otras libertades fundamentales. Por ello, entendemos que la LOPDP pretende desarrollar estos presupuestos, por cuanto busca promover un marco jurídico compatible que, también en el ámbito internacional, facilite el intercambio y, al mismo tiempo, respete y proteja los derechos humanos.

⁷ Como se desprende de la exposición de motivos de la LOPDP «es indispensable dar certidumbre a usuarios, empresas, organizaciones y Estados, sobre todo en este momento en el cual la economía mundial se desplaza más hacia un espacio de información masiva, híper-conectada, en tiempo real, de flujo incesante proveniente de internet de las cosas, automatizada con algoritmos de inteligencia artificial cada vez más sofisticados y de la réplica incesante mediante tecnologías de registros distribuidos».

Referencias

- Arenas, M. (2014). *Unforgettable: A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google Vs. AEPD)*. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 537-558.
- Ávila, R. (2016). *El Neoconstitucionalismo andino*. Quito-Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito-Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Bidart Campos, G. (1993). *Teoría general de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Constitución de la República de Ecuador (2008). Recuperado de: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- De la Serna, M. (2011). Las tecnologías de la información; derecho a la privacidad, tratamiento de datos y tercera edad. *Oñati Socio-Legal Series*, 8, ISSN 2079-5971.
- Gil, R. (2004). *Derecho procesal constitucional*. México: Fundap.
- Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (2021). Registro Oficial, Quinto Suplemento, Nro. 459.
- Lucas Murillo, P. y Piñar, J. (2011). *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid-México: Fontamara.
- Milanes, V. (2017). Desafíos en el debate de la protección de datos para Latinoamérica. *Revista Transparencia y Sociedad – Consejo para la Transparencia de Chile*, 5.
- Nikken, P. (1997). Sobre el concepto de Derechos Humanos», en Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En *Seminario de Derechos Humanos*. San José – Costa Rica: IIDH.
- Organización de Estados Americanos (2015). *Guía Legislativa sobre Privacidad y Protección de Datos Personales* Recuperado de http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp
- Pérez Luño, A. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez-Luño, E. (2017). *El procedimiento de Habeas Data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Madrid: Dykinson.
- Puccinelli, O. (1999). *El Habeas Data en Indoiberoamérica*. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Temis S.A.
- Puccinelli, O. (2004). *Tipos y subtipos de hábeas data en América Latina*. Editorial Astrea. Consultado en Base de Datos: Vlex.com: https://app.vlex.com/#WW/vid/26542396/graphical_version.
- Puccinelli, O. (2008). Apuntes sobre el derecho, la acción y el proceso de *hábeas data* a dos décadas de su creación. En Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Procesos Constitucionales de la Libertad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Troncoso, A. (2010). *La Protección de Datos Personales: En busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Trujillo, J. (2010). *Las Garantías Jurisdiccionales*. Recuperado de: Base de datos: Vlex.com.ec: https://app.vlex.com/#WW/vid/515951146/graphical_version.