



Universidad del Azuay

Departamento de Posgrados

Especialización en Derecho Constitucional

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD.
ANÁLISIS EN LA NORMATIVA ECUATORIANA**

Trabajo previo a la obtención del título de
Especialista en Derecho Constitucional

Autora : Dra. María Elena Ramírez Aguilar

Director: Dr. Esteban Segarra Coello.

Cuenca – Ecuador

2011

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
INTRODUCCION	1
CAPÍTULO 1 NOCIONES GENERALES	2
1.1 Concepto	2
1.2 Antecedentes históricos y concepciones del Derecho a la Intimidad en los diversos sistemas jurídicos	4
1.3. El derecho a la intimidad contenido en los Instrumentos Internacionales	12
CAPITULO 2 EL EJERCICIO REAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	17
2.1 Principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad	17
2.2 La tutela del derecho	18
2.3 Garantías jurisdiccionales al derecho de intimidad en la Constitución ecuatoriana de 2008	21
2.3.1 La acción de protección	21
2.3.2 La acción de Hábeas Data	24
2.4 Jurisprudencia extranjera:	27
2.5 La protección de los datos personales	33
2.6 Intimidad e informática: nuevas formas de agresión	34
2.6.1 Piratas, hackers y crackers	36
2.6.2 Una reflexión final sobre la Ética en Internet:	38
CAPÍTULO 3 TRATAMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCION Y LEGISLACION ECUATORIANA	40
3.1 Las Constituciones de 1998 y de 2008.	40
3.2 Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.	47
3.3 Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y mensajes de datos	49
3.4 Código Penal	51
3.5 Ley de Telecomunicaciones	53
CONCLUSIONES	56
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	58

RESUMEN

El derecho a la intimidad personal y familiar, es un derecho humano fundamental, constitucionalmente reconocido, por virtud del cual el ser humano tiene la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de su vida que son de su exclusiva incumbencia. Protege jurídicamente un ámbito de autonomía constituido por sentimientos, hábitos, filiación, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental y física; y cualquier acción, hecho o dato reservado al individuo y cuyo conocimiento por otras personas signifique un peligro real o potencial al espectro íntimo de la persona. En la práctica constitucional, es frecuente encontrar vinculado este derecho con otros también personalísimos, como son la protección de datos personales, la inviolabilidad de domicilio, el secreto de correspondencia física o virtual. El avance de la tecnología nos enfrenta ante muchas posibilidades que permiten intromisiones en la vida íntima de las personas, que obligan a establecer nuevos y adecuados sistemas de protección, técnicos y jurídicos.

ABSTRACT

The right to personal and family privacy is a fundamental right, which is constitutionally recognized, given that the human being has the faculty to exclude or deny other people to have access to certain exclusive aspects of their lives. This right provides judicial protection of autonomy, which consists of feelings, habits, filiations, family relations, economical situation, religious beliefs, mental and physical health; and any other private act, fact or information that, if made public, could signify real or potential danger to the private spectrum of the individual. It is frequent to find, within the constitutional practice, very personal aspects linked to this right, such as: the protection of personal information, the right to domestic privacy, and the right to the privacy of correspondence, whether it is physical or virtual. Technological advances confront us with the possibility of intromission in the private lives of people, which forces us to establish new and adequate protection, technical and judicial systems.



A handwritten signature in purple ink, which appears to read "Diana Lee Rodas", is positioned above the text "Translated by,".

Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN

El respeto a la intimidad se constituye en un valor fundamental de la persona, que ratifica su dignidad de ser humano y posibilita el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual la mayoría de legislaciones ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación así como para intentar subsanar los daños ocasionados.

El derecho a la intimidad personal y familiar, surge como un derecho humano fundamental, constitucionalmente reconocido, por virtud del cual el ser humano tiene la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de su vida que son de su exclusiva incumbencia; se encuentra relacionado con varios derechos en concreto que tienden a evitar intromisiones extrañas o injerencias públicas en estas áreas reservadas del ser humano como son: el derecho al honor, a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad de correspondencia y de las comunicaciones privadas, el derecho a la propia imagen, a la privacidad informática, así como también el derecho a controlar el uso que otros hagan de la información concerniente a un sujeto determinado.

Lo anteriormente expuesto deja en evidencia el carácter fundamental que tiene el derecho a la intimidad personal y familiar y la consecuente trascendencia que en la actualidad se le debe otorgar. El interés por los temas relacionados con el derecho a la intimidad ha surgido en época reciente como consecuencia de las agresiones que el ámbito privado de las personas sufre en la actualidad, provenientes de la utilización de las últimas técnicas electrónicas e informáticas, que permiten penetrar impunemente en todos los ambientes habitualmente reservados a la privacidad, encontrándonos muchas de las veces en una situación de indefensión ante la vulneración de este derecho que de una u otra manera afecta nuestra integridad. Es una evidente realidad que los medios técnicos han ampliado enormemente las posibilidades de trasgresión de la intimidad de las personas, por tanto es necesario reflexionar sobre esto y llamar la atención de la legislatura para que procuren adaptar las normas a fin de lograr una tutela eficaz del derecho.

CAPÍTULO 1.- NOCIONES GENERALES

1.1 Concepto

Intentar dar un concepto sobre el “derecho a la intimidad” no es tarea fácil, por tanto será conveniente remitirnos a algunas definiciones expresadas por algunos tratadistas como el argentino Nino, para quien el elemento específico en todas las situaciones que se pretenden calificar como infractoras del derecho a la intimidad, es el de la “adquisición ilegítima de conocimiento sobre un acto o de un rasgo propio que uno no quiere que los demás tengan” (Nino, 2002). El valor de la intimidad está en relación con la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que nos sometan a situaciones de murmuración y burla, dada la intolerancia que el ser humano manifiesta sobre otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad, y el respeto a la libertad de cada uno de elegir su forma de vida. Sostiene el autor que “La intimidad de una persona, o sea la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intrusión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos: rasgos de su cuerpo, su imagen, pensamientos, emociones y diversos hechos pasados conectados con su vida o la de su familia, conductas de la persona, grabaciones, conversaciones con otros en forma directa o por medios técnicos, la correspondencia, su domicilio, datos sobre su situación económica, etc” (Nino, 2002, pág. 328). Como vemos, es muy amplio el espectro en el que puede estar intervenido el derecho a la intimidad personal y familiar.

Interesante resulta la diferenciación que Nino efectúa en la obra citada, entre el “derecho a la privacidad” y el “derecho a la intimidad”. Para él, el primero se refiere a las acciones que no dañan a terceros y que por tanto no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer; se tratan de acciones que en todo caso, infringen una moral personal o “privada” que evalúa la calidad del carácter o de la vida del sujeto, y son por tanto acciones privadas, así se realicen a la vista de todos. En tanto, el “derecho a la intimidad” es entendido para el tratadista como una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás; es la posibilidad del ser humano de reservarse para sí mismo ciertos aspectos de su persona que no desea sean conocidos por sus semejantes. Un ejemplo que concibe este concepto de derecho a la privacidad, la

encontramos plasmada en la Constitución argentina de 1853/60, en el art. 19, al decir: “Las *acciones privadas* de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Evidencia la norma constitucional argentina un reconocimiento pleno del derecho a la privacidad que deriva centralmente del principio de autonomía de la persona. Este es una de las pocas nociones de “derecho a la privacidad” que se encuentra en el Derecho Comparado en Latinoamérica, no así el de “derecho a la intimidad”, consagrado en casi todas sus Constituciones.

Me parece adecuado aceptar la diferenciación que propone el tratadista argentino, pues es frecuente en la doctrina encontrar un tratamiento indistinto de los dos términos, cuando en realidad parece sí existir una diferenciación jurídica sustancial entre “privacidad” e “intimidad”.

El tratadista español Pérez Royo, al analizar los antecedentes del concepto “*privacy*” que maneja el sistema norteamericano, sostiene que “La intimidad es, pues, a diferencia del honor, un concepto democrático, inventado en el único país organizado democráticamente en el momento en que fue formulado y para dar respuesta a un problema característico de la sociedad democrática. Pero ello no quiere decir que sea más fácil de definir. Todavía no se ha conseguido en parte alguna delimitar con precisión el contenido y alcance del derecho a la intimidad”(Pérez Royo, 2002, pág. 394). Sostiene que sí hay acuerdo en que el derecho a la intimidad consiste en el derecho a disfrutar de determinadas zonas de retiro y secreto de las que podemos excluir a los demás. Se trataría pues de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Para el autor, el derecho a la intimidad es una exigencia cultural vinculada a nuestro concepto de dignidad humana e indispensable para tener una mínima calidad de vida.

Al tratar sobre los derechos personalísimos, Cifuentes caracteriza al derecho a la intimidad como aquel que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones al ámbito de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos(Cifuentes, 1974, pág. 832). Habla entonces el autor de un derecho subjetivo, innato al ser humano desde el momento de nacer.

Morales Prats, se pronuncia sobre una nueva dimensión de la privacidad, que queda cubierta con tres grupos de libertades: a) la privacidad en la esfera íntima, b) la privacidad personal c) la privacidad política. En consecuencia sostiene que “el contenido de la privacidad, en el sentido jurídico actual, contempla tanto el poder de exclusión, las facultades de reserva, así como las proyecciones de la esfera íntima de la persona sobre otras libertades básicas que configuran su contenido positivo”(Morales Prats, 1984).

En su estudio sobre el derecho a la intimidad y su visión iusinformática, Riascos Gómez trata de elaborar un concepto que sintetiza las diversas ópticas de doctrinarios por él analizadas, y en resumen dice que el derecho a la intimidad es un derecho de la persona, que fomenta y desarrolla la personalidad, inherente a la zona espiritual o interior, con atributos y poderes, para oponerse a lo público, para exigir la no intromisión, indiscreción ajena, vistas, escuchas y captaciones de datos personales, por cualquier medio tecnológico de la información y la comunicación y referido a sus relaciones consigo misma o con algunas otras muy cercanas a él –su familia y amigos- que le rodean en su vida, es decir es un derecho de la persona y de la vida familiar(Riascos Gómez, 1999). Con este concepto, el citado autor trata de demostrar la capacidad de absorción, de porosidad del concepto que permite aumentarlo o disminuirlo, según las circunstancias sociales, políticas, históricas que tenga una sociedad determinada.

1.2 Antecedentes históricos y concepciones del Derecho a la Intimidad en los diversos sistemas jurídicos

En Estados Unidos

Algunos autores coinciden que es en el siglo XVIII cuando se institucionalizan por primera ocasión, algunas manifestaciones de la intimidad como un ámbito jurídico de vigencia y con un reconocimiento y garantía igual a la de otros derechos. Así, aparecen el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en las colonias inglesas de América del Norte y en las ideas plasmadas en textos de pensadores franceses, que acogieron los principios jurídicos y políticos de la Revolución Francesa.

La *Constitución de Pensilvania de 1776*, la *Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia de 1776*, la *Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware de 1776* y la *Constitución de Massachusetts de 1780*, reconocen el concepto de inviolabilidad del domicilio. La Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su IV Enmienda, acoge ya un concepto más amplio que el del simple domicilio, pues hace que la protección se dirija en esencia a la persona, a la salvaguarda de sus derechos más personales como ser humano; claro que no deja de lado completamente los ámbitos de seguridad y libertad personales con su carácter de protección patrimonial.

Julio Maier señala como fuente histórica del derecho a la intimidad, a la Constitución de los EEUU del 17 de septiembre de 1787, puntualmente a la antes mencionada IV Enmienda, como “El derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, casa, papeles y efectos, contra inquisiciones o apoderamiento injustos, no se violará y no se darán órdenes sino en causas probables, sostenidas por un juramento y señalando particularmente el lugar que haya de inquirirse, y los efectos que deban tomarse”(Maier, 1996, pág. 679).

Como realidad jurídica, el derecho a la intimidad o “*The right to privacy*”(Warren & Brandeis, 1890) para los norteamericanos, tuvo su origen en el mundo occidental en 1890, con el ensayo jurídico de los abogados Louis D. Brandeis y Samuel D. Warren, publicado en la Revista “*Harvard Law Review*” tras haber vivido el propio Warren la vulneración de éste derecho, cuando la prensa amarilla de Boston publicó – a manera de chisme y de forma escandalosa- sus actividades personales y sociales mantenidas dentro y fuera de su hogar, situación que se agravaba pues el personaje estaba casado con la hija de un prestigioso Senador de los Estados Unidos. Con este artículo, los autores pretendían reaccionar contra la invasión de la vida privada por parte de los medios de comunicación; se trataba de elaborar una teoría jurídica que pudiera servir de base al ejercicio de acciones penales frente a esta intromisión. El derecho a la intimidad se constituía entonces en un instrumento de defensa frente a la prensa escrita y fue definido como *the right to be let alone* (el derecho a ser dejado a solas,) que puede interpretarse extensivamente como “el derecho a que lo dejen tranquilo”, implica también el permanecer en el anonimato, el ser dejado en paz sin ser molestado y el no sufrir intromisiones en la soledad física que la persona reserva

sólo para sí misma, poniendo en circulación en el universo jurídico un concepto desconocido hasta entonces.

Ríos Estavillo, señala que el vocablo inglés *privacy* no ha sido homologado en nuestro diccionario con la voz correspondiente que sería la de *privacidad*. “En el sistema anglosajón, se considera que la *privacy* configura una esfera de la libertad, en la cual la persona ostenta unas facultades de exclusión para preservar sus posibilidades de autorrealización en todos los órdenes de la intimidad; asume el significado de garantía dirigido a preservar el ejercicio virtual de las libertades”(Ríos Estavillo, 1997).

En su origen angloamericano, *The Right to Privacy*, como vemos, surgió en una intromisión de la prensa en la privacidad de un conocido personaje de la vida social y política norteamericana del siglo XIX, en un espacio socio-político, histórico, tecnológico y cultural muy diferente de lo que hoy entendemos por *privacy* o por intimidad, concepto que hoy ha sido ampliado hasta llegar a legalizarlo, constitucionalizarlo y ubicarlo incluso como un derecho fundamental de la persona.

En el precedente norteamericano incluso se llegó a divisar una visión iustecnológica de la intimidad, cuando en las decisiones de Tribunales Norteamericanos recogidas en el Ensayo Warren y Brandeis se proscribía las injerencias en la *privacy* con aparatos fotográficos o producto de los avances de la tecnología. Se vislumbra pues, desde ese entonces, una visión futura del ámbito del iusinformático que hoy conocemos, tal como lo sostiene Libardo Riascos(Universidad La Rioja, España, 1999).

Algunos tratadistas sostiene que anterior al ensayo de Brandeis y Warren, el autor Westin ya se había referido al contenido de ese derecho, en el que, según decía, existía una fricción entre la esfera de lo público y lo privado del ser humano, lo que generaría posteriormente la entidad jurídica de la intimidad(Westin, 1967).

A partir de estas concepciones en el mundo norteamericano, el derecho a la privacidad fue modelado por las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en las que se definía una zona de decisión personal en la que el Estado no podía intervenir.

Existe gran cantidad de precedentes jurisprudenciales referentes a hechos diversos relacionados con la protección de este derecho, por citar un ejemplo, en *Griswold vs. Connecticut*¹, en la que se ataca una ley en la que se prohibía el uso de anticonceptivos, en este caso es donde la Corte comienza a llamarlo “derecho de privacidad”. De aquí en adelante las principales sentencias de la Suprema Corte relacionadas con la intimidad, han estado vinculadas a temas de sexualidad y la preservación de su intimidad. El concepto de privacidad transitó después situaciones mucho más controversiales: *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health*²(derecho de la persona a rehusar tratamiento médico); *Roe vs. Wade*³(derecho de la mujer embarazada a interrumpir el embarazo); *Washington vs. Glucksberg*⁴(derecho de la persona a un suicidio asistido), casos citados en la obra del tratadista Pérez Royo("Curso de Derecho Constitucional", 2002).

En diciembre de 1974 se ubica un avance más puntual respecto al tema, cuando el Congreso Norteamericano sancionó una ley de “privacidad” que tiene por fin, como sus semejantes europeos, proteger a los individuos contra la registración arbitraria e irracional de datos personales, permitiéndoles el derecho de acceso y rectificación. La llamada “Privacy Act” fue una de las primeras protecciones contra un uso inadecuado de los datos personales por parte del gobierno, pero su alcance es limitado, ya que solo se aplica al procesamiento de datos por parte del gobierno federal y no se aplica a los gobiernos estatales ni al sector privado. Si bien la Ley requiere el consentimiento previo por escrito para la cesión de datos, existen varias excepciones, entre ellas la transmisión de datos a otra agencia del gobierno dentro del concepto de “uso rutinario”⁵.

Al referirse a la evolución del concepto de intimidad en Norteamérica, Pérez Royo afirma que la intimidad, a diferencia del honor “es un concepto democrático, inventado en el único país organizado democráticamente en el momento en que fue formulado y para dar respuesta a un problema característico de la sociedad democrática”(Pérez Royo, 2002, pág. 394).

¹Caso 381 US 479 (1965)

² Caso 497 US 261 (1990)

³Caso 410 US 113 (1973)

⁴Caso 521 US 702 (1997).

⁵*Privacy Act* (1974) 5 USC 552 a (b) (3).

La legislación continental europea

En el ámbito jurídico europeo, el derecho a la intimidad tiene su origen en la tradición romanista, que protegía el secreto de la correspondencia. **La Asamblea Nacional Francesa** proclamó en 1790 el principio de la inviolabilidad de la correspondencia y desde entonces, aparecieron en los otros países europeos las declaraciones que procuraban a proteger la amenaza de violación del secreto de la correspondencia. Surgen entonces como un movimiento a la sombra del pensamiento ilustrado, en momentos en que se iniciaba el régimen de seguridad jurídica personal. En los sistemas romanistas, el concepto de lo público y lo privado sirve de guía para las propuestas sobre el Estado, la sociedad civil y la familia, para a partir de aquello determinar que los actos del hombre se realicen dentro o fuera de su ámbito íntimo. Al hablar de esta dicotomía de lo público y lo privado, Sáez Capel sostiene que ésta se enmarca en el liberalismo individualista, haciendo nacer en el ciudadano un sentimiento de defensa frente a las injerencias en su vida privada, convirtiéndose así en un valor, a la vez que se convierte en barrera o límite para el Estado (Saez Capel, 1999).

En el siglo XIX y principios del XX, en Europa la intimidad fue una preocupación difusa; las primeras formas de protección a la intimidad se encuentran en las prevenciones para evitar la inspección de personas y propiedades sin autorización judicial, a la protección de la correspondencia y luego a otras formas de comunicación. Se perfila entonces el derecho a la privacidad como aquel que tiene la persona a ser resguardado de intrusiones, dentro del ámbito de la libertad individual. Así, la Constitución italiana de 1947 contempla el registro personal y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. En 1950, la Convención para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, incluye los derechos a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia y ataques a su honra y reputación.

Con la evolución de las concepciones jurídicas, los diferentes países de Europa occidental han formulado normas de protección a la intimidad, sobre todo contra los potenciales invasores más peligrosos, que son el gobierno y la prensa. Así, veamos:

El artículo 18 de **la Constitución española** de 1978 que establece que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, así como también a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones de todo tipo y en especial a las postales, telegráficas y telefónicas y que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Y el artículo 20 de la misma Constitución española reconoce y protege los derechos de expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio así como la libertad de información establece que dichas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos por la propia Constitución y en las leyes que los desarrollan y específicamente consagra como límite de éstas, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

En **Alemania**, la Constitución en su artículo 10 establece la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, fijando restricciones que solo se podrán establecer por ley y cuando ellas tengan por fin la protección del régimen de libertad y democracia o la seguridad del Estado. El art. 13 establece la inviolabilidad del domicilio. Ya en 1977 se dictó una ley para protección de datos personales reunidos a través de la informática.

En 1978, en Francia se creó por mandato legal, una Comisión de informática y libertades públicas, encargada de cuidar, por medios preventivos y correctivos, que no se viole el derecho a la intimidad por medios de informatización que acumulen datos personales.

A la par, desde ese mismo año, en *Austria*, existe una ley de protección de datos personalizados que creó una Comisión de protección de datos, con finalidades similares a la francesa.

En **Finlandia**, el instrumento de gobierno de Finlandia de 1919 establece en su artículo 8 que se garantiza a todos la intimidad, el honor personal y la inviolabilidad del domicilio y que habrá una ley que establecerá normas a detalle sobre la salvaguardia de los datos de carácter personal. Dicho numeral también establece que será inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas y

cualquier otro tipo de comunicaciones confidenciales. Por su parte, el artículo 10 que establece que todos gozarán de libertad de expresión y que la ley determinará normas sobre el desarrollo de dicha libertad de expresión pudiéndose establecer por la misma, además, las limitaciones necesarias para la protección de la infancia.

En **Portugal**, la Constitución de la República portuguesa establece en su artículo 34 la inviolabilidad del domicilio y de su correspondencia y demás medios de comunicación privada, y en el artículo 35 prevé de manera detallada reglas sobre la utilización de la informática, como son el que todo ciudadano tendrá derechos a tener conocimiento de lo que conste en forma de registros informáticos acerca de él y de la finalidad a que se destinan estos datos y podrá exigir su rectificación y actualización; prohíbe el acceso a ficheros y registros informáticos para el conocimiento de datos personales referentes a terceros, prohíbe también la utilización de la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o a sindicatos, fe religiosa o vida privada, salvo si se trata de datos estadísticos no identificables individualmente.

En **Suecia**, en 1973, entra en vigor la primera ley en el mundo para la protección de la información de particulares. Esta ley cuenta con un organismo supervisor para su cumplimiento. Luego, entre 1977 y 1979, países como Canadá, Francia, Dinamarca, Noruega, Austria y Luxemburgo publicaron leyes de protección de datos. Es en 1981 cuando se realiza el primer convenio internacional de protección de datos, firmado por países miembros del Consejo de Europa, mejor conocido como “Convenio 108” o “Convenio de Estrasburgo”. De este modo la República Federal Alemana, Francia, Dinamarca, Austria y Luxemburgo contaron con el primer instrumento vinculatorio de carácter internacional sobre protección de datos, al cual se le sumaron en un lapso de 11 años países como Islandia, Gran Bretaña, Irlanda, Holanda, Portugal, España y Bélgica.

De lo anteriormente expuesto se observa que, en materia de protección de la intimidad, principalmente en lo que al uso de la informática se refiere, los países europeos están bastante avanzados y han servido de modelo para las legislaciones americanas al momento de regular la protección de derechos fundamentales.

La legislación americana

La Constitución Brasileña de 1988, en su artículo 5. consagra la inviolabilidad de la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación; la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia, informaciones y comunicaciones telefónicas, salvo que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción penal; además contempla el recurso de habeas data como un mecanismo por el cual los individuos tienen garantizado el derecho de acceso a la información registrada relativa a su persona, y el derecho de rectificación de esa información.

La República Argentina, en su Constitución vigente, consagra el derecho a la intimidad en su art. 18, al decir “el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Si bien este texto no tiene la amplitud que otros textos constitucionales evidencian frente a la protección del derecho en cuestión, su alcance se ha puesto de manifiesto en gran cantidad de importante jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, y cabe mencionar un caso que a mi criterio es muy relevante, es el caso “Ponzzeti de Balbín”⁶, del año 1984, citado por el tratadista argentino Nino, por el que se confirma una sentencia que condena a indemnizar a una editorial por publicar una foto de una persona en sus últimos momentos, en los que estaba agonizante. Este fallo es un buen ejemplo sobre los límites de la libertad de prensa en resguardo a la intimidad de las personas (Nino, 2002, pág. 334).

En **México**, la Constitución, respecto de la tutela de la vida privada, establece en su art. 6 que la libertad de expresión tiene como límite el respetar los derechos de terceros; en el art. 7, que la libertad de imprenta tiene como límite el respetar la vida privada; en el art. 16, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y

⁶ Jurisprudencia CSJN, Fallos, 206: 1892

cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

La Constitución Chilena de 1980, consagra en su art. 4 el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. En el art. 5 establece la inviolabilidad del domicilio y de toda forma de comunicación privada.

A tono con las anteriormente citadas, **la Constitución colombiana** de 1991, en su art. 15 reconoce el derecho que todas las personas tienen a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, señala que tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas. Contempla la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, salvo casos establecidos por la ley.

En similar línea, **la Constitución Política del Perú**, de 1993, en su art. 2.7 señala que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia. En el art. 2.10 contempla el derecho de la persona al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

La normativa jurídica ecuatoriana al respecto, será motivo de especial análisis en un acápite posterior.

1.3. El derecho a la intimidad contenido en los Instrumentos Internacionales

Los llamados **derechos de la personalidad** no han formado parte de las declaraciones de derechos humanos hasta época muy reciente; es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la que los recoge por primera vez. Y esto tiene su explicación, pues hasta principios del siglo XX, tanto por las condiciones objetivas de la convivencia de los individuos como personas privadas, como por sus relaciones con el poder estatal, la necesidad de protección del honor, la intimidad y la propia imagen no existía, y por tanto no era necesaria la protección de dichos

derechos. Luego con el paso de la comunidad agraria a la sociedad industrial, surgen necesidades de diversa índole, que empujan a la persona a buscar su “individualidad” y a buscar protegerse de la injerencia del Estado en su vida privada; y luego la necesidad va más allá, con la introducción de la tecnología en el desarrollo de la sociedad de masas. Empieza entonces la protección de los derechos de la personalidad a formar parte del ámbito jurídico real de los países y comienza a funcionar el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas)

Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A de la Organización de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 12 consagra por primera vez el derecho a la intimidad, al manifestar: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su hora o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 17 reproduce textualmente el contenido del art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estas Cartas Internacionales consideran que el ámbito de la vida privada personal y familiar es una ampliación del de la persona. (Pasara, 2008, págs. 136-156)

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Firmado en Roma, en noviembre de 1950, en su artículo 8, sobre el *Derecho al respeto de la vida privada y familiar*, establece: *“1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*.

Y precisa:

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para

la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. (Pasara, 2008)

El Pacto de San José de Costa Rica

Formando parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, que se originó en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, en Costa Rica, en noviembre de 1969. Los Estados Americanos signatarios de dicha Convención consagraron el art. 11 a la protección de la Honra y de la Dignidad, al decir:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. (Pasara, 2008, págs. 165-191)

La Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Ubicada también dentro de sistema interamericano de Derechos Humanos, fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá en mayo de 1948 y en su artículo 5, consagra el Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, al precisar: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*.(Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de noviembre 20de 1989, reafirmó la protección y tutela de los Estados miembros de la ONU, del derecho a la intimidad, cuando sostuvo: *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene*

derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques (art. 16). Con ello, terminó una etapa amplia y poco fértil de la doctrina que hasta ese entonces habían negado la titularidad del derecho a la intimidad por parte de los niños.

Luis Pasara expone la tesis de que tanto las normas internas como las internacionales, configuran un solo orden jurídico integrado; esto se produce cuando un Estado hace suyos los contenidos de un acuerdo internacional sobre derechos humanos, sometiéndose a los requisitos establecidos por su propia legislación, quedando de tal forma incorporados al orden jurídico nacional (Pasara, 2008, pág. 31).

Esta posición es la que se encuentra consagrada en la mayor parte de América Latina, a través del reconocimiento constitucional sobre la vigencia interna de los contenidos normativos de los acuerdos sobre derechos humanos. Tal es el caso de la Constitución ecuatoriana.

En el caso de la constitución ecuatoriana del 2008, diversas disposiciones ponen a la par la fuerza normativa de los derechos establecidos por la Constitución con aquella de los derechos provenientes de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Ecuador. Así vemos que el art. 3º. Establece como el primero de los “deberes primordiales del Estado”: *“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”*; y el art. 10º dice que *“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”*. El art. 424 va más allá al expresar: *“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*.

Y para concluir vale citar el texto constitucional contenido en el art. 11, dentro del acápite 3 que manda a los servidores judiciales a aplicar los derechos y garantías contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y puntualiza que *“No podrá alegarse falta de norma jurídica (...) para desechar la acción por*

esos hechos ni para negar su reconocimiento". De esta forma, resulta imperativo para los jueces considerar los instrumentos internacionales y respetar dichos derechos en aquellos casos que sean de su conocimiento.

CAPITULO 2.- EL EJERCICIO REAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1 Principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad

Es importante la consideración que realiza la Corte Constitucional Colombiana, dentro de la sentencia C-640-10, de 18 de Agosto de 2010, al analizar los cinco principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad y que son necesarios para mantener la intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la injerencia de terceras personas, parafraseando:

- El principio de libertad: los datos personales de un individuo sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, excepto que el ordenamiento jurídico le obligue relevar dicha información, con el fin de cumplir un objetivo que sea constitucional y legítimo. Entonces, la obtención y divulgación de datos personales sin previa autorización del titular o sin mandato legal, serían ilícitas.

- El principio de finalidad: constituye la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, con lo cual no se puede obligar a los ciudadanos a relevar datos íntimos su vida personal, sin un soporte existente en la Constitución.

- El principio de necesidad: según el cual la información personal que sea susceptible de divulgación, se limita a aquella que está ligada a la finalidad pretendida mediante su revelación; queda por tanto prohibido el registro y la divulgación de datos que vaya más allá del fin constitucionalmente legítimo.

- El principio de veracidad: los datos personales que se puedan divulgar deben corresponder a situaciones reales, encontrándose por tanto prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

- El principio de integridad, según éste, la información que sea objeto de divulgación debe darse de manera completa, de manera que no se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados.

2.2 La tutela del derecho

Los derechos de libertad son aquellos cuya extensión se determina porque la ley, en su protección, impone y dispone límites que ninguna persona -tampoco el Estado- puede traspasarlos; derechos pues, cuyas fronteras, al ser rebasadas, producen su violación y subversión, privación de su contenido fundamental, de la sustancia que los constituye. El valor y contenido jurídico de estos derechos, para su protección, garantía y respeto, no se determina ni puede determinarse por una nominación abstracta, sino por las definiciones concretas, positivas, de limitación y abstención que se imponen para su protección. La libertad no se protege, en el orden jurídico constitucional, disputando e imponiendo los alcances de su significado, la libertad se protege cuando se garantiza que nadie pueda ser privado de su libertad; la libertad de culto se protege en una sociedad democrática y laica cuando ninguna persona puede ser obligada a confesar sobre sus creencias religiosas; el derecho a la intimidad personal se protege cuando no puede obligarse a una persona a manifestar su filiación familiar, para citar algunos ejemplos.

El derecho a la intimidad se transforma cuando es necesario tutelar las elecciones de vida frente al control público y social; no solamente se piensa en defender la intimidad violada sino también en reconocer la plena autonomía de las elecciones de la persona. Así, en su esfera privada se puede encontrar una tutela que va más allá de la reacción ante, por ejemplo, la invasión de su privacidad y que se manifiesta por un lado, en el poder de control sobre las informaciones referentes a su persona y a la organización de sus comportamientos y por otro lado en el dominio del contexto en el cual la persona desarrolla y ejerce sus libertades fundamentales. Entonces el derecho cambia, no protege solamente una necesidad de “estar solo”, sino que es el antecedente para que la persona construya su identidad de manera libre. La garantía de la vida privada se va identificando con el reconocimiento del derecho a la tutela de la identidad de la persona, que implica el ámbito ideológico, religioso, sexual, etc. De esta manera, la intimidad pasa a ser una parte de la libertad del ser humano y se transforma en un bien jurídico que proyecta su eficacia constructiva sobre el ordenamiento jurídico. Si éste no puede garantizar plenamente el derecho a la intimidad, las personas estarán imposibilitadas de ejercer cualquiera de sus otros derechos “propios” como la libertad de pensamiento, de ideología, que -pensando en

avanzada- a la final resultan ser los fundamentos para el ejercicio de los derechos políticos.

En un Estado Social y Constitucional de Derecho como el nuestro, se configura precisamente y a condición de que, entre otros derechos, el derecho a la intimidad y la privacidad sea protegido, tutelado, de tal modo, que ni aún el Estado puede invadir sus fronteras. Solo así se transita desde aquel estado de subordinación hacia un estado de libertad, de orden jurídico en el que las demás personas, tampoco el poder público, los puede invalidar, al contrario, como señala nuestra Constitución, es obligación del Estado su tutela y protección.

No obstante, la intimidad y la privacidad de las personas no debe ser –bajo ningún concepto- el resguardo para cualquier clase de acciones; esta frontera, este territorio es infranqueable en cuanto esfera de la intimidad y la privacidad, en cuanto territorio que es susceptible de control y valoración jurídica únicamente si rebasa y afecta el derecho de los demás.

Es importante recordar que los derechos fundamentales no son absolutos porque conviven, coexisten con otros, se complementan, como el derecho a la intimidad, a la honra, a la inviolabilidad del secreto de la correspondencia, a guardar reserva sobre las convicciones, a la inviolabilidad del domicilio, al desarrollo libre de la personalidad, etc, todos estos consagrados como derechos de libertad en la Carta Magna ecuatoriana de 2008.

Es opinión de quien escribe estas líneas, que resulta amplio el ámbito del ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar, no se puede restringir a la concepción tradicional de “ser dejado en paz” o a “la no injerencia de los otros en nuestras decisiones”, pues cada día, con la complejidad que implica el desarrollo social y tecnológico, la legislación debe proporcionar un espectro más amplio de posibilidades de defensa y garantía de derechos. La Constitución ecuatoriana, en su art. 66, acertadamente ha consagrado -tal como se dijo en líneas anteriores- los derechos de libertad, entre los cuales se pueden identificar varios relacionados con la defensa del ámbito privado, personal y familiar del individuo, lo que será analizado con detenimiento en el siguiente capítulo.

Varias son las posiciones doctrinarias que sostienen que la garantía de la vida privada de la persona posee una dimensión positiva y amplia que va más allá del ámbito clásico de protección del derecho a la intimidad personal y familiar. El espacio de lo privado e íntimo que se toma en consideración, y que viene protegido, no es solo el derecho “negativo” a que no se divulguen y hagan públicos aspectos de la propia vida, sino también el perfil positivo de poder desarrollar libremente la propia personalidad. El derecho a la intimidad, como una afirmación de un amplio alcance, se convierte así en una consolidación del valor de libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para puntualizar qué significa el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es interesante referir la Sentencia No. T-594/93 de la Corte Constitucional Colombiana, que al respecto dice:

“La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”.

Vale referirnos a la muy clara la concepción que sobre el ejercicio del derecho a la intimidad mantiene la Corte Constitucional Colombiana, que en su sentencia C-640-10, de Agosto de 2010, sostiene que:

“...el derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático. La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias conclusiones frente a

los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin, la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones, el que pueda ejercer las responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano. Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del “respeto a la dignidad humana”La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares-, como prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución”.

Existen dos mecanismos principales en la normativa constitucional que sirven directamente para el ejercicio real del derecho a la intimidad personal y familiar:

- 1) el recurso de amparo, acción de tutela o acción de protección;
- 2) el recurso o acción de Hábeas Data.

2.3 Garantías jurisdiccionales al derecho de intimidad en la Constitución ecuatoriana de 2008

2.3.1 La acción de protección

A más de la acción de Hábeas Data, que protege específicamente los datos personales, existe otra acción que puede aplicarse con propiedad para garantizar a la persona su derecho a la intimidad personal y familiar, a guardar reserva sobre sus convicciones religiosas y políticas, su filiación, situaciones de salud y vida sexual, su derecho a la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, derechos éstos que, encontrándose dentro de los derechos de libertad consagrados en el art. 66 de la Carta Magna, se encuentran indiscutiblemente ligados al ámbito íntimo de la persona ya que su vulneración repercute en este espacio reducido a la vida privada.

Al no percibirse el derecho a la intimidad como un derecho aislado, de carácter general, sino que se encuentran conexos a éste varios derechos de la personalidad, imposibles de constituir una única categoría, no obstante todos éstos son susceptibles de una misma garantía: la acción de protección, que se encuentra consagrada en el art. 88 de la Constitución ecuatoriana con este enunciado:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave...”

Entonces, si por ejemplo una persona ha sido víctima de una injerencia arbitraria en su correspondencia virtual por parte de un compañero de oficina, la acción de protección que pueda presentar estará fundamentada en el numeral 21 del art. 66 de la Constitución, al referirse a que ha sido vulnerado su “derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia” pero con toda razón argumentará además que esta injerencia ha lesionado su “derecho a la intimidad personal”, que está señalada en el numeral 20 del cuerpo legal antes referido, y éste argumento sería válido, pues se encuentra frente a dos derechos personales, personalísimos.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, se encuentra una sentencia que deja ver una interpretación extendida sobre la protección del derecho a la intimidad de una persona:

SEGUNDA SALA

RESOLUCION N' 0198-2009-RA, del 13 de Octubre de 2009.

La accionante es una mujer de nacionalidad mexicana que se encuentra privada de su libertad por cinco años. El estado civil de la accionante es el de casada, pero separada por siete años de su marido, el que abandonó su relación matrimonial pues ha incumplido sus obligaciones conyugales, tanto que por el lapso de cinco años ininterrumpidos no la ha visitado en el Centro de Rehabilitación Social en el que está

internada, manteniendo su domicilio en la República mexicana. Que ha venido manteniendo una relación amorosa con un hombre y que por tanto ha solicitado autorización para tener un encuentro personal bajo el permiso de visita íntima. En lo principal, la accionante manifiesta que dicha petición la efectuó ante la autoridad competente por dos ocasiones y que no recibió respuesta alguna. La controversia está centrada en determinar si, el silencio primero y la negativa posterior del Director Nacional de Rehabilitación Social, frente a la solicitud de encuentro personal bajo el permiso de visita íntima demandada por la accionante constituye una omisión y una negativa que vulnera o no su derecho fundamental a la integridad personal, que incluye en él , la integridad física, psíquica, moral sexual, así como el derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad, al derecho conferido a las personas privadas de su libertad, de contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual. El Juez Tercero de lo Civil de Pichincha resuelve desechar por improcedente la acción de amparo constitucional propuesta por la accionante en contra del Director Nacional de Rehabilitación Social, por no existir violación de derechos constitucionales, sino pretender preservar la unidad familiar, esto es la relación conyugal (pro reo) debidamente establecida. Esta decisión es apelada ante la Corte Constitucional, la que considera que la accionante mezcla en su libelo de demanda asuntos de mera legalidad y de justicia constitucional; de allí que, en razón de la aplicación del principio *iuranovit curia* la Sala Constitucional debe aplicar el derecho que corresponda a la causa, aunque no haya sido invocado por las partes o 10 haya sido erróneamente, por lo cual la sentencia está emitida en el siguiente sentido:

“El derecho a la intimidad familiar se garantiza no solamente al no inmiscuirse en los asuntos del interno y su familia, sino al permitirle gozar de un espacio para que tal derecho se desarrolle, por ello que las limitaciones que se argumentan y practican contra el encuentro personal y la visita íntima entre el interno y su pareja - nótese que puede ser su cónyuge, concubino o concubina- vulneran derechos fundamentales de la persona y la familia. La garantía constitucional del libre desarrollo de la personalidad subsume el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la sexualidad y su

vida y orientación sexual; de allí que se considere que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas, deber considerar la posibilidad real de tener relaciones sexuales bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, independientemente de otras consideraciones, tales como el tipo de delito por el que se encuentra sentenciado y detenido, el género, o si se trata de una relación con su cónyuge o concubina.”

Correcta es la apreciación de la Corte, pues en este caso, al tratar de protegerse el derecho fundamental a la intimidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, no tiene cabida argumento alguno tocante con que la relación amorosa mantenida por la accionante está dada con una persona que no es su cónyuge, por lo cual su accionar estaría efectivamente delimitado dentro de la íntima esfera de sus sentimientos afectos y personales, sobre los cuales ninguna persona tiene derecho a intervenir.

El hecho de contar con una acción constitucional que ampare los derechos fundamentales como es *la acción de protección*, por si misma no constituye una respuesta satisfactoria o suficiente para que se torne efectiva y *adecuada*, sino que depende de la práctica jurídica, de la voluntad política y del control concreto o abstracto de la Constitución que la ejerce la Corte Constitucional con carácter vinculante.

2.3.2 La acción de Hábeas Data

Con el fin de proteger el acceso, el derecho de conocimiento, el derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos los datos personales e información de un individuo que pueda constar en archivos públicos o privados, la Constitución de 2008, contempla la Acción de Habeas Data que consta en el art. 92 y que en su primer inciso dice:

“Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades

públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos”.

Vale observar la jurisprudencia que la Corte Constitucional ecuatoriana ha dejado sentada sobre algunos casos en los cuales se planteó la acción de Hábeas Data:

Caso N° 0065-2008-HD

TERCERA SALA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

26 de enero de 2009

“Esta garantía constitucional creada para salvaguardar el derecho a la autodeterminación informativa, procura mantener el control de los datos que existan sobre una persona o sobre sus bienes, y para proteger el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar”.

Caso N° 0076-2008-HD

TERCERA SALA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

10 de marzo del 2009.

“Esta garantía constitucional tiene dos momentos: a) El acceso a la información y el conocimiento del uso de la misma; b) La modificación de la información o su eliminación de ser el caso, precisamente porque mantener la información o mantenerla con errores, falsedades, incorrecciones, pueden afectar al buen nombre, la imagen personal o familiar, la dignidad o la honra de las personas. De ahí que, de no existir supuestos para el segundo momento, la acción concluye con el conocimiento del propietario de sus datos e informes cuyo acceso solicita”.

Caso N°. 0023-08-HD

PRIMERA SALA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

4 de febrero del 2009

“Con respecto a lo manifestado por el Banco General Rumiñahui, en relación a que los accionantes ya poseen la documentación que es requerida mediante esta acción, y que inclusive la misma ha sido incorporada en un

proceso judicial, hay que manifestar que las instituciones públicas y privadas deben atender las solicitudes de quienes requieren la información sobre si mismos, tantas veces cuanto fueren necesarias, siempre que cumplan con los requisitos determinados en la ley o reglamentos pertinentes”.

Caso N°. 0068-08-HD

PRIMERA SALA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Quito D. M., 4 de febrero del 2009

“En atención a lo analizado en líneas precedentes, se concluye que el recurrente tiene derecho a obtener la información que solicita ya que corresponde a información personal; y así se desprende de la comunicación s/n de 14 de septiembre de 2007 (fs. 36) donde se le informa al accionante por parte del Gerente de Operaciones y Administrativo del Banco del Austro S. A. que dentro de los registros del Banco se encuentra una obligación pendiente de pago por parte del accionante, sin que se detalle el monto, título en que se sustenta dicha obligación, fecha de vencimiento de la misma, etc.; esto con la finalidad de verificar la exactitud de la obligación exigida y eventualmente, de crearlo pertinente, solicitar su actualización, rectificación, eliminación o anulación en caso de que tal información fuere errónea o afectare ilegítimamente sus derechos”.

En relación a la *efectividad* de los recursos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) expresa que éstos deben ser capaces de producir los resultados para los cuales fueron creados, que son los Estados los que tienen la responsabilidad de la existencia de las normas, de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso

Esta Corte ha señalado que disponer de recursos de protección constitucional adecuados significa ...“que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias”.

2.4 Jurisprudencia extranjera:

Resultará ilustrativo para la comprensión del ejercicio real del derecho a la intimidad, citar a continuación alguna jurisprudencia extranjera que puede considerarse importante:

- Tribunal Constitucional Federal Alemán

La normativa constitucional alemana, contempla el recurso de amparo como mecanismo para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. En el fallo de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Sentencia BVerfGE 34, 238 de la Segunda Sala del 31 de enero, 1973 en relación al caso de que exista la posibilidad de valorar una **grabación privada**, tomada secretamente, en una investigación llevada a cabo en contra del afectado por sospecha de defraudación de impuestos, fraude y falsificación de documentos, el Tribunal Constitucional Federal reconoce que la ley Fundamental garantiza al ciudadano un ámbito inviolable en la conformación de su vida privada, que ha sido sustraído de la injerencia del poder público (Sentencia, 1973). Y dice:

“El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental, la esfera de intimidad del individuo, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de que gozan los ciudadanos... Se debe tener en cuenta que de conformidad con la norma fundamental del Art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental, la dignidad del ser humano es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales.”.

Sostiene la Corte que ni siquiera el interés general puede justificar la intervención en el ámbito de configuración de la vida privada, y que el derecho a la libertad se encuentra protegido en forma absoluta; no es posible una valoración de conformidad con el principio de proporcionalidad.

Como vemos en este caso, el derecho a la intimidad personal se encuentra normativamente cobijado por un derecho de más amplio espectro, como es el de la dignidad humana y conectado directamente con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Otra muestra de esta conexión del derecho a la intimidad con otro fundamental, se observa en la Sentencia Sentencia de la Primera Sala, del 30 de marzo, 2004–1 BvR 2378/98, que en relación a un recurso de amparo planteado por una persona que se siente afectada por **vigilancia acústica de su domicilio particular**, dice:

“..la dignidad humana es inviolable; ésta implica el reconocimiento de un espacio, un núcleo para el desarrollo de la vida privada absolutamente protegido. La vigilancia acústica del domicilio particular con el fin de perseguir los delitos no puede penetrar este ámbito de protección. En esa medida, no cabe realizar una ponderación de derechos –con base en el principio de proporcionalidad– entre la inviolabilidad del domicilio y el interés del Estado de perseguir los delitos” (Sentencia, 2004).

Se observa pues aquí que el derecho a la vida privada tiene un peso mucho más fuerte que cualquier acción que trate el Estado bajo pretexto de fines de investigación de delitos.

- Corte Constitucional Colombiana

Se presenta el caso de una profesora de un instituto educativo que padece de Hepatitis C, y el Sindicato de dicha entidad, a propósito de inconvenientes de orden administrativo surgidos con la profesora, hizo público sin consentimiento alguno de la parte afectada, que ella es portadora de una “peligrosa enfermedad infecto contagiosa”. La afectada plantea acción de tutela y la Corte Constitucional, manifiesta que:

“Las personas tienen derecho a mantener en reserva la información relativa a su estado de salud. Existe pues un derecho a la intimidad en materia médica, que es lo que explica que el ordenamiento prevea instituciones como la inviolabilidad del secreto médico y de la historia clínica, tal y como esta Corte lo ha destacado en numerosas ocasiones. Y esta protección a la reserva de lo que podemos denominar el dato médico encuentra una clara razón de ser en un orden constitucional fundado en la dignidad humana y en la autonomía de las personas ya que la divulgación de ciertas informaciones sobre la situación clínica de una persona puede someterla a

discriminaciones y obstaculizar su libre desarrollo. En principio la circulación del dato médico de una persona requiere de su consentimiento expreso. Solo circunstancias excepcionales, en donde se vean claramente afectados o puestos en peligro derechos fundamentales de terceros, podrían justificar una injerencia en esa esfera íntima de la persona. En el presente caso, el sindicato desconoció el derecho a la intimidad de la peticionaria, pues no existía ninguna razón que justificara informar a las autoridades educativas o sanitarias acerca de la enfermedad que ella padecía”.

Con este pronunciamiento se confirma el supuesto de que el poner en conocimiento público hechos que la persona tiene derecho a mantener en secreto, se configura claramente en un ataque a su intimidad. Esta afección a la esfera de la privacidad puede tener otros efectos colaterales, que podrían repercutir sobre el buen nombre, el honor, el derecho a la imagen, si es que el individuo percibe que el respeto y la consideración de los otros hacia su persona se han visto afectados, por la revelación de sus datos íntimos. Pero, no hay discusión en que la agresión primaria contra la dignidad del individuo está en dejar en evidencia hechos de su vida privada ante otras personas, lo cual deja ver en el caso que anotamos, que el sindicato afectó el derecho fundamental a la intimidad de la profesora al hacer pública la información de que ella padecía la enfermedad de la Hepatitis C.

En el siguiente caso jurisprudencial, el actor pide al juez de tutela, amparar el derecho fundamental a la intimidad, ordenando a las autoridades judiciales demandadas, que no se consideren como pruebas los correos electrónicos presentados por la otra parte dentro del juicio de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico, iniciado por su cónyuge, por considerarlas ilícitas ya que fueron obtenidas violando el derecho a su intimidad. La Corte comienza reconociendo al correo electrónico como una forma de correspondencia que tiene un ámbito privado, y que solo podría ser interferida por orden judicial y en los casos permitidos por la ley. Y se pronuncia en el siguiente sentido:

“Una cosa es compartir una cuenta de correo electrónico y otra muy distinta registrar el correo del otro, sustraerlo, y presentarlo como prueba en

proceso judicial, todo ello sin el consentimiento de la parte a quien se encontraba dirigido el mismo”

...“La interferencia en las comunicaciones privadas puede realizarse entre personas que forman parte de un mismo núcleo familiar y puede vulnerarse el derecho a la intimidad cuando se realiza sin el consentimiento de la persona afectada, para su divulgación con diversos fines, entre ellos los judiciales, y no solo en el ámbito penal sino también para asuntos de naturaleza civil o de familia”.

Al final la resolución se dio en el sentido de disponer que se excluya del proceso, los correos electrónicos con el fin de que no sean apreciados al momento de adoptar la decisión correspondiente, debiendo guardar las reservas debidas, para garantizar el derecho a la privacidad de la información en ellos contenida.

Se identifica con bastante claridad en este caso una fusión entre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y el derecho a la intimidad personal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, en reiterados fallos, que la penalización de la homosexualidad desconoce el derecho a la privacidad de las personas, por cuanto no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para satisfacer una necesidad social imperiosa. Según este Tribunal, la sexualidad constituye “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”, por lo cual, las injerencias estatales en este ámbito, para ser legítimas, requieren la existencia de razones particularmente graves.”

La Corte Constitucional Colombiana comparte criterios con los desarrollos jurisprudenciales de las instancias internacionales en materia de derechos humanos – como el anteriormente señalado- y al tratar la situación de una persona cuya sexualidad se encuentra comprometida, se pronunció en el siguiente sentido:

“El derecho fundamental a la libre opción sexual sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la

esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social”. (Sentencia C-098 de 1996).

En los varios pronunciamientos de esta Corte, se evidencia una doble protección constitucional de la que se benefician las personas homosexuales: una desde el punto de vista de la discriminación por razón del sexo, y otra por la escogencia de la preferencia sexual protegida como un elemento esencial de su autonomía, su **intimidad personal** y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

- Tribunal Constitucional Español:

Se ubicó un caso que trata de un recurso de amparo presentado por una figura pública de España frente a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, desestimó su demanda contra una revista por la publicación de un reportaje. Pretende la demandante que el Tribunal Constitucional anule la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso de casación por considerar que existe una real vulneración a su derecho a la intimidad personal y familiar, ocasionado por la publicación de un reportaje sobre su hogar y su vida en familia, con datos proporcionados por una antigua niñera, quien no mantuvo su deber de secreto profesional, y que además carecen de relevancia pública. El Tribunal para la resolución del caso, consideró que en el reportaje publicado en la revista, se evidencia que las declaraciones que se contienen en él han invadido de forma ilegítima la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al poner en conocimiento público los datos y circunstancias que a este ámbito pertenecen; que no es trascendente el hecho de que las intromisiones en la intimidad de las personas sean o no verdaderas, para determinar la legitimidad, sino importa el criterio de la relevancia pública del hecho divulgado. Sostiene que “el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 C.E.), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares”.

En España rige la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. El Tribunal considera también que para el caso debe aplicarse lo que prevé el art. 7 que dice: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quienes los revela”.

La Corte manifiesta que:

“...Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar”.

El Tribunal tuvo presente que este caso no está frente al ámbito del derecho al honor, sino ante el del derecho a la intimidad personal y familiar; razón por la cual no tiene mayor importancia -desde el punto de vista constitucional- que los datos pertenecientes a la esfera de intimidad puestos a conocimiento público sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela.

Finalmente, el fallo de la Corte concede el amparo solicitado y en consecuencia reconoce que se ha lesionado el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente y restablecerla en su derecho, anulando la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso de casación.

Este caso constituye pues, un clarísimo ejemplo de una efectiva y real protección al “derecho a la intimidad personal y familiar”, considerado como un derecho personalísimo del ser humano.

2.5 La protección de los datos personales

No deja lugar a duda la necesidad de limitar la potencial agresividad de la informática contra la intimidad de las personas, habida cuenta que resulta necesario protegerlas también ante el manejo o manipulación, no autorizada, de sus datos personales, cuando estos son susceptibles de tratamiento informatizado. Se entiende por datos de carácter personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, sobre: origen racial, ideas políticas, creencias religiosas, afiliación sindical, salud, vida sexual, datos económico bancarios, antecedentes policiales, datos biométricos (huellas, iris, datos genéticos), etc.

Al hablar de la protección de los datos personales, Sáez Capel (Saez Capel, 1999) manifiesta que “...ha sido definida como el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para de esta manera, confeccionar una información que, identificable con él, afecte su entorno personal, social o profesional en los límites de su intimidad”. Aclara el autor que el sujeto de protección no es el dato, sino la persona que es titular de aquél.

Para que el procesamiento informático de datos afecte a la persona, este debe permitir la identificación con el titular e incluso, posibilitar el conocimiento de nuevas características de su personalidad y de su ámbito íntimo; es por ello necesario que exista una protección a los datos, para de esta manera evitar que los mismos se manipulen, con accesos arbitrarios o fraudulentos, sin la autorización del titular de éstos. A través del tratamiento automatizado de datos personales y si se efectúa una difusión no autorizada, es posible causar lesión a la intimidad, al nombre, al honor e incluso a la imagen de un individuo.

Se evidencia entonces, que la intimidad no solamente debe reducirse a no ser molestado, a no ser conocido en algún aspecto por los demás, como se concibió en su

origen, sino que se amplía al derecho a controlar el uso que otros efectúen de la información que tenga que ver con tal o cual aspecto de la persona.

“La protección de datos de carácter personal debe entenderse como el amparo que tienen los ciudadanos para detener la utilización en forma no autorizada de sus datos personales por terceros, quienes con la finalidad de confeccionar una información identificable con él, pueden afectar su entorno personal, social o profesional” (Sánchez del Castillo, 2007, pág. 296)

Es una necesidad la existencia de normativas jurídicas claras relativas al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas que tengan por objeto la regulación de los servicios de este tipo de comunicaciones para que el nivel de protección de los datos personales y la intimidad ofrecido a los usuarios de estos servicios disponibles al público, sea el mismo, independientemente de las tecnologías utilizadas.

2.6 Intimidad e informática: nuevas formas de agresión

El desarrollo de las nuevas tecnologías a nivel mundial permiten la consecuente existencia de también nuevas variantes de intromisiones ilegítimas al derecho a la intimidad personal, tales como: la violación de correos electrónicos, la transmisión de datos personales sin autorización del titular, la captación y derivación de comunicaciones e imágenes remotas violando la privacidad, la publicación en Internet de información vinculada a la esfera íntima, la aparición de fotografías reales o adulteradas por procesos técnicos, entre muchos otros.

Vale concretarse en un tema: la Red de internet.

Sin duda alguna, internet es un instrumento de comunicación y búsqueda de información sumamente eficaz y práctico, que, sin embargo introduce, como toda nueva tecnología, algunos riesgos derivados de su utilización ilícita. “Internet puede ser utilizado como el medio a través del cual se divulgan las intromisiones ilegítimas con un potencial de difusión amplio e incontrolado. Los actos ilícitos cometidos en la Red dan origen a varios problemas, como el de la determinación de la jurisdicción competente y el derecho aplicable” (Sánchez, Silveria, & Navarro, 2003, pág. 74)

Circulando en la Red de Internet, encontramos a los correos electrónicos, que resultan sólo una especie dentro del género "mensajes de datos" entendidos como toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares (Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, art. 2 1996.) Como ya se había citado en el capítulo anterior, en casi todos los instrumentos internacionales que protegen los derechos fundamentales, se hace mención a la privacidad de la correspondencia; este término resulta operativo y de aplicación a las nuevas formas que adquiere la correspondencia epistolar, a partir de las nuevas tecnologías: los correos electrónicos. Es factible extender el concepto de "correspondencia" utilizado en los tratados internacionales y en las Cartas Magnas de los países democráticos, para amparar las nuevas formas de comunicación humana, en las que la correspondencia epistolar ha sido reemplazada por el envío de correos electrónicos, resultando equiparable un e-mail a una carta misiva.

Entonces es evidente que la violación de correo electrónico es una invasión a la intimidad de la persona, y por tanto es necesario que el Derecho esté preparado para dar respuesta punitiva a este tipo de conductas. Lo contrario importaría reconocer la presencia omnímoda de los medios de difusión masivos y la tecnología sin control, invadiendo nuestra vida cotidiana, nuestros propios domicilios, afectando deliberada y flagrantemente distintos planos existenciales en nuestra vida⁷ (Fornari & Lavallo Cobo, 2007, pág. 1)

Con los avances científicos, se ha podido lograr que grandes cantidades de información y archivos sean reducidos a códigos y almacenada en pequeños dispositivos; ya no es necesario el soporte material para publicaciones de diarios, libros, revistas, pues ahora basta una página web de soporte, o ya no hace falta tener que escribir cartas, sellarlas y esperar que el servicio de correos lo entregue a su destinatario, pues con las cuentas gratuitas a correos electrónicos, los usuarios, en forma inmediata transmiten la información a sus contactos. Pero entre tanto adelanto

⁷ LELLO SÁNCHEZ, Sergio E., "El derecho a la intimidad de la propia imagen y las conversaciones telefónicas e informáticas como bienes jurídicos penalmente protegidos. Propuesta de incorporación al Código Penal Argentino". LLNOA, 2003-317), citado en El derecho a la intimidad y su relación con las comunicaciones electrónicas

y practicidad existe un elemento que muchas veces no se le considera en su real dimensión: la protección de datos personales y su interrelación con la libertad informática, encontrándonos en un frágil límite entre información e intimidad. (Ballesteros, 2006, págs. 133-134)

2.6.1 Piratas, hackers y crackers

Resulta imprescindible en este momento, hablar de los piratas, hackers y crackers, tres grandes grupos de individuos que actúan del lado oscuro de la computación y que son considerados como delincuentes de alta tecnología. Sin embargo, para llegar a convertirse en hacker o cracker se debe tener un alto grado de conocimiento de las diferentes maneras de acceder y violar los sistemas informáticos, así como para descifrar claves y códigos. En Estados Unidos existen organizaciones que agrupan a estos “aficionados” que son personas dedicadas a la práctica de romper sistemas de seguridad de software o hardware. “La práctica de los hackers implica un reto intelectual, ya que su intención es introducirse en determinados sistemas descifrando códigos y claves sin destruir o alterar la información que se encuentra en ellos. Por el contrario, los crackers son aquellas personas que se infiltran en los sistemas y la información con la finalidad de alterarlos o destruirlos” (Cohen & Asís, 2005, págs. 79-88)

Vemos pues que cualquiera de estas prácticas causa daño y perjuicio al derecho a la intimidad de terceras personas. “La existencia de estos “personajes” y su habilidad para introducirse en diversos sistemas es una preocupación constante de las entidades privadas y públicas, que tienen relación con Internet, pues de no contar con efectivas “murallas de fuego” (firewalls) y algoritmos de encriptación de datos, la información de dichas entidades está a merced de hackers y crackers”(OBRA CITADA, PAG. 5) Es entonces, un reto para los administradores de la información, contar cada vez con nuevos mecanismos de protección en contra de las actuaciones de los llamados “piratas informáticos”, que día a día vulneran los derechos de privacidad e intimidad de los cuales son titulares los miles de millones de usuarios de la tecnología.

En el estudio realizado por José Fernández manifiesta que el asunto de la seguridad se ha convertido en central en todo lo que rodea a Internet; si bien es cierto que no hay medios de comunicación que sean totalmente seguros, en Internet los problemas

de seguridad son mayores debido a la gran cantidad de usuarios y el diseño complejo al que responde. La vulneración de la confidencialidad, de la integridad y de la disponibilidad del sistema son los objetivos de estos ataques con la finalidad de leer la información transmitida, modificarla o colapsar una computadora de la Red. (Fernández Rodríguez, 2004)

Pero bien, no se puede considerar solamente a los antes mencionados “piratas informáticos” como responsables de atentar la intimidad personal mediante la violación de seguridades en la red, buscando descubrir y manipular datos de los individuos, pues también las agresiones y peligros se originan en el propio sector público y en el sistema empresarial. Esta afirmación puede constatarse si se analiza el proceder del FBI, en los Estados Unidos, agencia que, a partir de los ataques del 11 de Septiembre de 2001 y con el argumento de mejorar su seguridad interior, diseñó el programa llamado “Carnivore”

(que es capaz de realizar un análisis sintáctico y de expresiones para detectar supuestas actitudes contrarias a la ley), el mismo que, con la autorización del Estado, se encontraba instalado en los servidores de los proveedores de acceso a Internet (AOL, Earthlink y Hotmail) y que sirvió para vigilar la circulación de los mensajes electrónicos de los usuarios durante 48 horas, sin necesidad de ninguna orden judicial. Este programa dejó de ser utilizado por el gobierno americano en el 2005 (How Carnivore Worked). Sin duda alguna, esta medida rebasó lo admisible desde una perspectiva garantista de la vida privada.

Respecto a esta intervención del Estado, Andrés Martínez sostiene que son evidentes las contribuciones que las nuevas tecnologías de la comunicación han aportado a la sociedad, pero también es cierto que a pesar de existir un sinnúmero de aperturas y libertades, existe el riesgo de que gobiernos o empresas, puedan manejar la información usando estos avances, para de una u otra forma manipular y espiar contenidos, ya que éstos están en posibilidad de ejercer el control de las plataformas tecnológicas, viéndose el usuario impotente frente a estas situaciones. Para el autor, de esta manera,

“queda demostrado que podría cometerse atropellos mediante el abuso de las nuevas tecnologías y ante ello la respuesta legal aún no es la mejor, pues

los instrumentos jurídicos no dan soluciones eficientes frente a estas situaciones y en el caso de existir una legislación (protección de datos), por el acelerado desarrollo de las tecnologías, las normas van quedando obsoletas, dejando en indefensión al individuo.” (Martínez, 2009, págs. 181-182)

2.6.2 Una reflexión final sobre la Ética en Internet:

En la sociedad actual, el Internet se ha convertido en un tema que atrae fuertemente a las personas que buscan invadir esferas privadas, esto se debe a la concurrencia de tres elementos: el manejo sin dificultades, el acceso aparentemente ilimitado al conocimiento y la alta flexibilidad comunicativa. Ciertos actos delictivos, como la violación de barreras de seguridad para acceder a datos secretos o privados, se prestan para un tratamiento espectacular a nivel público. Los delitos y actos inmorales satisfacen plenamente el interés de los medios masivos de comunicación con escándalos sobre personajes públicos, lo que suele impedir, casi siempre, una discusión de fondo basada en criterios éticos racionales.

Resumiendo la posición que sobre la ética en Internet ha mantenido el Profesor de Ética y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid , Javier Bustamante, la necesidad de continuar pensando nuestra condición humana para que al ser reconocida como tal, pueda ser respetada, abre la oportunidad de un discurso ético sobre los derechos humanos en una era en la que la tecnología aparece como condición esencial de posibilidad y como característica definidora de nuestra sociedad (Bustamante). Una consideración filosófica de los valores de razón, dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y paz, que expresan dicha condición, debe realizarse a través de un discurso que considere los derechos humanos como exigencias morales de realización tanto en el nivel personal como en el comunitario. Introducir la tecnología en este contexto significa atender a la necesidad de traducir dicho discurso en términos que puedan también abarcar a la ciencia y a la tecnología como elementos que modifican el concepto de espacio o ámbito en el que se manifiestan, profundizan, y desarrollan los derechos humanos. Este nuevo ámbito está abriendo nuevas perspectivas para entender de una forma sustancialmente más amplia la declaración universal de los derechos humanos de 1948. Toda una serie de

problemas éticos y jurídicos que tienen que ver con dichos derechos, y que piden urgente respuesta, están a la espera de ser reformulados.

¿Se puede decir que la “Red de redes” ayuda o perjudica la vida humana? La respuesta será relativa, pues habrá que remitirse a la moral individual que cada ser humano posee.

CAPÍTULO 3.- TRATAMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCION Y LEGISLACION ECUATORIANA

3.1 Las Constituciones de 1998 y de 2008.

La Constitución ecuatoriana de 1998, en el Título que trataba los derechos, los ordenaba en: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a diferencia de la Constitución de 2008 que clasifica a los derechos en siete categorías. (1) Derechos del buen vivir, (2) Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, (3) Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, (4) Derechos de participación, (5) Derechos de libertad, (6) Derechos de la naturaleza, y (7) Derechos de protección.

Los derechos de libertad corresponden a los derechos civiles, que son aquellas conquistas del constitucionalismo clásico. La libertad es el nombre más apropiado para los derechos conquistados por el pensamiento liberal. Estos derechos reconocen y garantizan la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, la libertad de iniciativa económica, libertad de trabajo, el derecho al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a dirigir quejas y peticiones, a participar en la vida cultural de la comunidad, a disponer de bienes y servicios de calidad, a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, a vivir en un ambiente sano y el derecho a la identidad.

Luego de esta visión generalísima de los derechos de libertad, en lo que atañe al presente estudio, hay que referirse al tratamiento que en las Constituciones de 1998 y de 2008 ha tenido específicamente el derecho a la intimidad personal y familiar.

En la Constitución de 1998 encontramos consagrado el derecho a la intimidad, y vemos que se encuentra integrado con otros derechos de carácter personal, al decir:

*“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ...8). El derecho a la honra, a la buena reputación y a la **intimidad personal y familiar**. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.”*

En la Constitución actual se ve una independencia formal del derecho a la intimidad de otros derechos, cuando dice:

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

Quizá se intentó esta independencia con el objeto de darle un mayor énfasis al derecho en cuestión, de dotarle de una autonomía respecto del derecho a la honra, al buen nombre, a la imagen de la persona, derechos éstos que se encuentran contemplados en el numeral 18 del mismo artículo. Sería interesante conocer cual fue la intención real del constituyente al haber otorgado al derecho a la intimidad personal y familiar una forma autónoma dentro del texto, si obedece a una razón conceptual profunda o si solamente fue por una cuestión metodológica.

Como se ha visto en acápites anteriores, en varias constituciones europeas y americanas, el derecho a la intimidad no está concebido de manera autónoma en sus textos, siempre lo encontramos ligado con derechos tales como la protección de datos, a inviolabilidad de correspondencia y de domicilio, al honor y al buen nombre, principalmente.

Igual cosa sucede en nuestra actual Carta Magna, que en el mismo art. 66 desarrolla otros derechos que también atañen a la intimidad personal y familiar, tales como:

- 11) El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. No se podrá exigir la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político, ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual.

- 18) El derecho al honor y al buen nombre. Se protege la imagen y la voz de la persona.

- 21) El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual.

- 22) El derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Continuando con el análisis comparativo entre las constituciones ecuatorianas, se puede observar que existe un derecho muy estrechamente relacionado con el de la intimidad personal, y es aquel concebido en el texto constitucional del 2008, que dice:

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

El derecho a la protección de datos personales como tal, no se encuentra contemplado dentro del art. 23 de la Carta Magna de 1998, si bien en el art. 94 referente al Recurso de Hábeas Data se garantiza a las personas el derecho a **acceder** a sus datos personales, no obstante, no fue concebido específicamente como un derecho civil protector.

Es notable que en la actual Constitución este derecho tenga una mención muy bien definida dentro de los derechos de libertad, estando así a tono con normativas constitucionales de países europeos, en donde este derecho inició su consideración y

tratamiento en los años 70, pues ya se visualizaba el inmenso avance que la sociedad tendría con el desarrollo de las tecnologías informáticas y de comunicación, que como se observa hoy en día, crecen de manera vertiginosa, lo que ocasiona que se requiera cada vez una protección más intensa y actualizada del derecho de protección de datos personales en archivos físicos o informatizados, que se encuentran en las bases de datos de entidades públicas o privadas. Esta protección consagrada con especificidad en la Constitución vigente, se ha plasmado en varias normas legales cuyo objetivo es regular las situaciones que se presentan por la vulneración de este derecho; dicha normativa será analizada posteriormente.

Como ya se reiteró en líneas anteriores, a más del derecho a la intimidad personal y familiar

En cuanto a las garantías jurisdiccionales de los derechos, es decir las acciones jurídicas ante los jueces para reclamar por la violación de los derechos, la Constitución de 1998 por primera vez establece de manera sistemática las Garantías de los derechos humanos, los mismos que constan en el Título III, Capítulo IV desde los Artículos 93 al 96, se establecen como garantías de los derechos las siguientes: El Hábeas Corpus (Garantía de la libertad); El Hábeas Data (Garantía de acceso a datos personales); El Amparo Constitucional (Garantía de los derechos Constitucionales); y, la Defensoría del Pueblo como Institución veedora y patrocinadora de los derechos fundamentales.

El Hábeas Data estuvo concebido con este texto:

“Art. 94.- Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.

La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional”.

En la actual Constitución, esta garantía jurisdiccional, concebida como una acción, está formulada de la siguiente manera:

Art. 92.- “Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.”

Como se puede deducir del texto, la concepción de esta acción es mucho más amplia, logrando así establecer una verdadera protección, ya no solo a los documentos, bancos de datos personales e informes sobre la persona o sobre sus bienes, sino también se extiende a los **datos genéticos**, que no son otra cosa que la información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos.

Sobre este tema muy nuevo, la legislación ecuatoriana no ha previsto aún una regulación específica, por lo cual al presentarse una situación en la que esté en tela

de juicio la protección a los datos genéticos, será necesario remitirse a los instrumentos internacionales, tales como la “**Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos**” aprobada en la Conferencia General de la Unesco en París el 16 de octubre de 2003, cuyos objetivos principales son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, las muestras biológicas de las que esos datos provengan, atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad; establecer los principios por los que deberían guiarse los Estados para elaborar sus legislaciones y políticas sobre estos temas; y sentar las bases para que las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en estos ámbitos.

Es muy clara la concepción sobre datos genéticos que dicha Declaración manifiesta en sus considerandos:

...“ que los datos genéticos humanos son singulares por su condición de datos sensibles, toda vez que pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos y que esa capacidad predictiva puede ser mayor de lo que se supone en el momento de obtenerlos; pueden tener para la familia, comprendida la descendencia, y a veces para todo el grupo, consecuencias importantes que persistan durante generaciones; pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas; y pueden ser importantes desde el punto de vista cultural para personas o grupos”.

*A parte de esta innovación que contempla la acción de Hábeas Data, respecto a los datos genéticos, está también otra: la posibilidad de que la información que contengan los datos personales tanto en entidades públicas como privadas, **consten en soporte material o electrónico**, esto se entiende adecuado al desarrollo tecnológico al que están ligadas en el Ecuador ya casi todas las entidades públicas y privadas que tienen a su cargo bases de datos con información sobre la persona o sus bienes.*

Adicionalmente, es de resaltar la precisión que el art. 94 señala referente al derecho que tiene la persona no solo a conocer el uso que se haga de sus datos, sino también su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

La protección al derecho de datos de carácter personal, está plenamente garantizada con la acción de Hábeas Data, tal como está concebida en el actual texto constitucional, pues éste hace hincapié en el hecho de que de las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales únicamente podrán difundir la información archivada solamente con la autorización del titular de los mismos o por mandato legal. Y la norma va más allá, al contemplar la calidad de “**datos sensibles**” que puedan estar archivados con autorización del titular o la ley, se exigirá que se adopten medidas de seguridad necesarias, que en caso de ser negadas, un juez puede ordenar que se las efectúe debidamente.

Vale mencionar que los datos sensibles no son otra cosa que aquellos datos personales que revelan origen racial y étnico, información referente a la salud o a la vida sexual, así como también opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical.

Una vez que se ha comprobado la existencia de la acción de Hábeas Data como una acción efectiva para tutelar el derecho a la protección de datos de carácter personal en la Constitución del 2008, corresponde ahora observar otra garantía jurisdiccional que tiene un espectro más amplio, la acción de protección.

La acción de protección contenida en el art. 88 de la Constitución vigente, equivalente al anterior amparo constitucional, tiene por objeto amparar directa y eficazmente todos los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos Internacionales de derechos humanos, con excepción de aquellos protegidos por las acciones de: hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento y extraordinaria de protección. Se podrá interponer acción de protección en los siguientes casos:

Cuando la vulneración del derecho a la intimidad personal se produzca por actos de autoridad pública no judicial: por ejemplo, en el caso de un empleado público cuya correspondencia virtual ha sido violada con el objeto de buscar culpabilidad en actuaciones supuestamente fraudulentas en el desempeño de su cargo.

Cuando la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar proceda de una persona particular, si la violación de este derecho provoca daño grave: en el supuesto caso de que un periodista revela en un artículo de su autoría, las actividades de tipo sexual que un personaje público mantuvo en una reunión de amigos.

Puede inclusive plantearse esta acción contra políticas públicas cuando supongan la privación del ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar, por ejemplo, en el caso de que el Estado mantenga como objetivo de la política pública en materia de seguridad, el incremento de vigilancia para controlar la delincuencia, mediante la instalación de cámaras de vigilancia en ciertos lugares, las que podrían estar captando imágenes (y sonido) de la vida diaria de algún grupo familiar o de un individuo en el desempeño de sus actividades comerciales. Esta posibilidad es una innovación en la actual Constitución, pues la de 1998 no la contemplaba.

A continuación se tratará de ubicar en la legislación ecuatoriana, alguna normativa relativa al derecho a la intimidad personal y familiar y a otros derechos personales estrechamente relacionados con aquel.

3.2 Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. (Registro Oficial, Suplemento 162, 2010)

Mediante esta Ley se creó el *Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*, con la finalidad de proteger los derechos constituidos, los que se constituyan, modifique, extingan y publiciten por efectos de la inscripción de los hechos, actos y/o registros; se incorporan a este Registro los datos todas las entidades públicas y también privadas que posean información que por su naturaleza sea pública. Este Registro está conformado por: Registro Civil, Mercantil, de la Propiedad, Societario, datos de conectividad electrónica, vehicular, patentes, de propiedad intelectual y todos los

registros de datos de las instituciones públicas y privadas que mantuvieren y administren por disposición legal información registral de carácter público

La *Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos* crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros. Fue concebida principalmente en consideración del art. 18 de la Constitución que establece el derecho de las personas a acceder a la información generada en instituciones públicas o privadas que manejen fondos públicos o realicen funciones públicas. Además, en virtud del artículo 66 numerales 16 y 28 del mismo cuerpo legal, que garantizan los derechos a la identidad personal y colectiva y a la protección de datos de carácter personal, el cual incluye el acceso a la decisión sobre información y datos de este tipo, así como su protección correspondiente. Estas entidades son responsables de la integridad, protección y control de los datos que contienen sus bases o registros.

El artículo 6 de esta Ley, al hablar de la accesibilidad y confidencialidad de los datos dice:

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

Contempla también este artículo la accesibilidad a estos datos solo con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial; así como la obligación que tiene el funcionario custodio de datos personales, de adoptar medidas de seguridad para proteger y garantizar la reserva de la información bajo su archivo. También prevé la posibilidad de que los datos personales que se encuentren registrados en el sistema, pueden ser actualizados, rectificados o suprimidos, a petición de su titular, en los casos y con los requisitos que la ley señale.

Como se puede observar, esta normativa guarda total armonía con el precepto Constitucional del art. 66, numeral 19.

3.3 Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y mensajes de datos (Registro Oficial 557, 2002)

Esta ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas. Establece los principios generales y prevé el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, la incorporación por remisión, propiedad intelectual, confidencialidad y reserva, información escrita, información original, conservación de los mensajes de datos, protección de datos, procedencia e identidad de un mensaje de datos, envío y recepción de los mensajes de datos, duplicación del mensaje de datos. Norma además lo relacionado con las firmas electrónicas. Establece entidades de certificación de información acreditadas, sus obligaciones, responsabilidades, la protección de datos que les corresponde. Incorpora organismos de promoción y difusión, regulación y control de las entidades de certificación acreditadas; y otros temas relacionados con la contratación electrónica, que no viene al caso detallar.

Para efectos de esta Ley, el derecho a la intimidad previsto en la Constitución, comprende también el derecho a la privacidad, a la confidencialidad, a la reserva, al secreto sobre los datos proporcionados en cualquier relación con terceros, a la no divulgación de los datos personales y a no recibir información o mensajes no solicitados

En relación con la confidencialidad y reserva, el art. 5 de este cuerpo legal establece dichos principios para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. "...Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley y demás normas que rigen la materia".

En el art. 9 se refiere específicamente a la protección de datos cuando en el inciso segundo dice:

“La recopilación y uso de datos personales responderá a los derechos de privacidad, intimidad y confidencialidad garantizados por la Constitución Política de la República y esta Ley, los cuales podrán ser utilizados o transferidos únicamente con autorización del titular u orden de autoridad competente”.

No puntualiza este artículo a qué se refiere con “fuentes accesibles al público” al decir que no será preciso el consentimiento para recopilar datos personales de dichas fuentes cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la administración pública.

Esta Ley garantiza en su art. 32 la protección de datos personales por parte de las entidades de certificación de información acreditadas, obtenidos en función de sus actividades, esto está en conformidad con lo establecido en el art. 9 antes citado.

En este cuerpo legal se aprecia una situación que va más allá de la simple información al consumidor que los prestadores de los medios electrónicos deben otorgar y es lo relacionado con el envío periódico de mensajes de datos con información de cualquier tipo, en forma individual o a través de listas de correo, de forma directa o mediante cadenas de mensajes, al tener el destinatario la opción de solicitar la exclusión de las listas, cadenas de mensajes o bases de datos que ocasionen el envío de los mensajes de datos referidos. El emisor tiene la obligación de atender la solicitud de exclusión en cuanto la reciba. Y dice textualmente “La persistencia en el envío de mensajes periódicos no deseados de cualquier tipo, se sancionará de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley”. (art. 50). Como se dijo, esto quizá trasciende los derechos del consumidor hacia la esfera del derecho a la intimidad, a no ser molestado con la constante intromisión de correos no deseados por medio de la red. Hoy en día es tan frecuente esta situación, pues de los más diversos sitios electrónicos nos llega una increíble cantidad de “correo basura”, especialmente de promoción comercial, que lo único que logran es fastidiar al usuario, pues es acosado cada instante con estos mensajes de datos que no interesan a

la persona y que se continúan recibiendo a pesar de la expresa solicitud de exclusión que es enviada por el usuario de la red.

La Ley de Comercio Electrónico, a más de considerar infracciones informáticas las de carácter administrativo, las tipifica mediante reformas al Código Penal, que se indican en el siguiente acápite.

3.4 Código Penal

En el Código Penal Ecuatoriano, existen algunos artículos en los que, si bien no se trata de manera específica el derecho a la intimidad personal y familiar, tal como está consagrado en la actual Constitución, se contemplan una serie de infracciones que tienen que ver con vulneración de derechos personales conexos con aquel mencionado, tales como los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, el secreto de correspondencia y de los delitos informáticos (bases de datos).

Observemos con más detalle estas normas:

- El domicilio, el hogar de una persona, constituye sin duda un espacio íntimo de habitación del individuo y de su familia, lugar al que personas ajenas no tienen derecho a ingresar arbitrariamente. En el “CAPÍTULO IV DE LOS DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO”, el art 191 reprime con prisión a los empleados del orden administrativo o judicial, los oficiales de justicia o de policía, los comandantes o agentes de la fuerza pública que, obrando como tales, se hubieren **introducido en el domicilio de un habitante**, contra la voluntad de éste, fuera de los casos previstos y sin las formalidades prescritas por la ley. El art. 192 también reprime con prisión al individuo que sin orden de la autoridad y fuera de los casos en que la ley permite, violare el domicilio de una persona.

- En el CAPÍTULO V DE LOS DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL SECRETO, El art. 197 prevé prisión de dos meses a un año y multa para los empleados o agentes del Gobierno y los del servicio postal que hubieren abierto o suprimido cartas confiadas al correo o que hubieren facilitado su apertura o supresión.

El art. 199 señala: “El que hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicación, la hiciera publicar, o presentare en juicio sin orden judicial, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de cuarenta a doscientos sucres, si el acto puede causar perjuicio a terceros;...” Este artículo tiene un alcance bastante más complejo del que corresponde a la sanción establecida, pues el hecho de que alguien publique una correspondencia que no tenía ese destino, podría implicar una seria violación al derecho de la intimidad de la persona titular de la correspondencia.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, logró plasmar con bastante detalle las infracciones informáticas, mediante reformas al Código Penal, que se puede observar en varios artículos que han sido integrados a éste, así:

Luego del art. 202, se integran algunos innumerados que tratan sobre delitos informáticos: Quien utilice cualquier medio electrónico o informático, violente claves o sistemas de seguridad, con el fin de acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares. Se pena además la divulgación de la información con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares.

Otro artículo (innumerado) que lo integran a continuación del anterior, trata muy acertadamente la obtención y utilización no autorizada de información, al decir:

“Las personas que obtuvieren **información sobre datos personales** para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares”.

El art. 262 se sustituye por aquel que reprime con reclusión menor a los empleados públicos que dolosamente destruya o afecte bases de datos que se encuentren en una red electrónica.

A continuación del art. 415 se incluyen dos artículos innumerados relacionados con

el daño que una persona pueda causar dolosamente a las bases de datos o información contenida en una red electrónica, lo cual es sancionado con prisión y multa.

- Existe una referencia muy puntual al derecho a la intimidad, en el CAPÍTULO III DE LAS CONTRAVENCIONES DE TERCERA CLASE, el art. 606 dice: “Serán reprimidos con multa de sesenta y uno a ciento veinte sucres y con prisión de dos a cuatro días, o con una de estas penas solamente: 20) los que violaren el derecho a la intimidad, en los términos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”. Si bien la Ley de Comercio Electrónico tenía como objetivo armonizar la legislación penal existente relacionada con su ámbito de acción, con la inclusión de esta reforma (antes no existía el numeral 20), lamentablemente no se guardó una coherencia entre la protección que merece el derecho a la intimidad y la sanción que estaba establecida.

- En cuanto al art. 202, (dentro CAPÍTULO V DE LOS DELITOS CONTRA LA INVOLABILIDAD DEL SECRETO), contiene una norma que a criterio propio es violatoria del derecho a la intimidad personal, al manifestar: *“Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomen las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia”*, pues esta norma contiene una excepción al ejercicio del derecho, al conceder a los padres, maridos o tutores, la arbitraria potestad de tomar la correspondencia dirigida a sus familiares o pupilos; esto significaría una intromisión en el ámbito íntimo de la persona, en los secretos que son suyos propios, formando aquello parte del ámbito del fundamental derecho a la intimidad del individuo, derecho que tiene el carácter de personalísimo, es absoluto, por tanto, no admite restricción alguna como la intervención de terceras personas, así sea un familiar cercano.

3.5 Ley de Telecomunicaciones (Registro Oficial 996, 1992)

En este cuerpo legal se encuentra un artículo que regula el derecho al secreto de las telecomunicaciones:

Art. 14.- “Derecho al secreto de las telecomunicaciones.- El Estado garantiza

el derecho al secreto y a la privacidad de las telecomunicaciones. Es prohibido a terceras personas interceptar, interferir, publicar o divulgar sin consentimiento de las partes la información cursada mediante los servicios de telecomunicaciones”.

Este artículo se relaciona con el derecho que tiene una persona de mantener al margen de la intromisión de terceros cualquier tipo de transmisión y recepción de información que solo a ella le concierne, es decir mantenerla en su ámbito íntimo, comunicaciones que generalmente se efectúan por teléfono fijo y teléfono móvil.

Finalmente, es necesario puntualizar a cerca de la normativa que existe en relación a la reparación por el daño inmaterial causado al declararse la vulneración del derecho al a intimidad. Esta se encuentra contenida en los arts. 18 y 19 de la **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional** (Registro oficial 2S 52 del 22 de octubre de 2009), en donde contempla la reparación por el daño inmaterial, que comprenderá la compensación mediante pago de dinero por los sufrimientos y las aflicciones causados a la persona afectada e incluso a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas (como el valor de la vida privada, por ejemplo), así como las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia del afectado o su familia. Y dicha norma es detallada en su efecto al señalar que “...La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida”.

Esta Ley dispone que cuando la reparación implique pago de dinero al o titular del derecho violado, “...la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado”.

Como se ha podido observar en estas diferentes normativas, sí existe una protección a los derechos que se encuentran dentro del ámbito íntimo de la persona, no obstante es necesario que día a día las leyes vayan adecuándose al constante avance de las tecnologías informáticas y de comunicación en especial, pues como se analizó en el

capítulo anterior, constituyen éstas una forma agresiva y eficiente para vulnerar los derechos personales relacionados con la intimidad personal y familiar.

CONCLUSIONES

- No existe un concepto doctrinario uniforme a cerca del derecho a la intimidad personal, pero luego de la investigación se ha podido determinar que el Derecho a la intimidad personal y familiar, es un derecho fundamental y personalísimo, pues protege jurídicamente un ámbito de autonomía constituido por sentimientos, hábitos, filiación, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental y física; y, en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por terceros significa un peligro real o potencial a la intimidad. En la práctica constitucional, resulta muy frecuente encontrar vinculado este derecho con otros también personales, como son la protección de datos personales, la inviolabilidad de domicilio, el secreto de correspondencia física o virtual.

-Se han determinado dos formas principales de vulneración del derecho a la intimidad tanto personal como familiar: a) la intromisión arbitraria en el espectro que cada persona se ha reservado para sí; b) la divulgación de los hechos privados que la persona había resguardado del conocimiento público.

- Existen dos garantías jurisdiccionales en la Constitución ecuatoriana que sirven para la protección del derecho a la intimidad: la Acción de Protección y el Hábeas Data. El hecho de contar con estas acciones constitucionales que amparen los derechos fundamentales, por si mismas no constituyen una respuesta satisfactoria o suficiente para que se torne efectiva y *adecuada*, sino que depende de la práctica jurídica, de la voluntad política y del control concreto o abstracto de la Constitución que la ejerce la Corte Constitucional con carácter vinculante.

- La producción jurisprudencial extranjera sobre casos de protección al derecho a la intimidad personal, es mucho más completa, abundante e ilustrativa que la ecuatoriana y aporta muchos elementos importantes en el estudio de aquel derecho como un derecho fundamental personalísimo, con las trascendencia que éste tiene en

la afirmación del individuo como tal y su desarrollo dentro de un núcleo familiar y social.

-Con el inmenso avance de la tecnología, nos encontramos frente a un amplio abanico de posibilidades que permiten intromisiones en la vida íntima de las personas, que obligan a establecer nuevos y adecuados sistemas de protección, que deben ser técnicos y jurídicos. Las cada vez más complejas posibilidades de trasgresión, impulsan a que hoy en día el derecho a la intimidad tenga un tratamiento desde varias áreas del Derecho: constitucional, penal, público, civil y otras, ya que es necesario que el derecho interno diseñe todo un andamiaje efectivo para la protección, por lo que debería pensarse además en estructurar una ley especial, que cobijando el derecho a la intimidad personal y familiar, contemple situaciones que dentro de su ámbito de aplicación se produzcan en relación a temas novísimos, tales como cambio de sexo, supuestos de SIDA, investigaciones sobre genoma humano, por ejemplo. Es necesario adecuar el ordenamiento jurídico a estos desafíos y regular las conductas perjudiciales que estos avances tecnológicos pueden acarrear, causando graves daños a este derecho fundamental. Lamentablemente este desarrollo se va dando de forma bastante lenta.

Hay que reconocer que el Derecho Internacional, específicamente en lo relacionado con los Derechos Humanos, ha estado y está trabajando constantemente por cumplir con su objetivo de amparar los derechos fundamentales, tratando de avanzar conforme al desarrollo de las sociedades mundiales.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- (10 de Agosto de 1992). *Registro Oficial 996* . Ecuador.
- (17 de Abril de 2002). *Registro Oficial 557* . Ecuador.
- (31 de Marzo de 2010). *Registro Oficial, Suplemento 162* . Ecuador.
- Ballesteros, B. (2006). *Lugares en ninguna parte*. España.
- Bustamante, J. (s.f.). *Organización de Estados Iberoamericanos*. Recuperado el 2011, de Dilemas éticos en la sociedad de la información: apuntes para una discusión: <http://oei.es>
- Cifuentes, S. (1974). *"Los derechos personalísimos"*. Buenos Aires: 1974.
- Cohen, D., & Asís, E. (2005). *Sistemas de información para los negocios*. México: McGraw Hill.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el Octubre de 2011, de <http://www.cidh.org>
- Corte Europea de los Derechos Humanos. (s.f.). *Corte Europea de los Derechos Humanos*. Recuperado el Octubre de 2011, de <http://www.echr.coe.int>
- CSJN, fallos, 206 (1892).
- Fernández Rodríguez, J. J. (2004). *Biblioteca jurídica de la UNAM, México*. Recuperado el Octubre de 2011, de Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red: <http://bibliojuridicas.unam.mx>
- Fornari, M. J., & Lavalle Cobo, J. (2007). *La Ley*. Argentina: LLNOA.
- How Carnivore Worked. (s.f.). *How stuff works*. Recuperado el 01 de Agosto de 2011, de <http://www.howstuffworks.com/carnivore.htm>
- Maier, J. (1996). *"Derecho Procesal" Tomo I*. Buenos Aires.
- Martínez, A. (2009). *La libertad de expresión en la nueva sociedad de la información*. Cuenca: Fundación Carolina.
- Morales Prats, F. (1984). *"La tutela penal de la intimidad: privacy e informática"*. Barcelona.
- Naciones Unidas. (s.f.). *Naciones Unidas*. Recuperado el Septiembre de 2011, de Declaración Universal de los Derechos Humanos: <http://www.un.org/es/documents/>
- Nino, C. (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
(s.f.). *Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*.
Recuperado el Octubre de 2011, de <http://www.ohchr.org>
- Pasara, L. (2008). *"El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia"*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pérez Royo, J. (2002). *"Curso de Derecho Constitucional"*. Madrid: Marcial Pons.
- Riascos Gómez, L. (1999). *Universidad La Rioja, España*. Recuperado el 2011, de El Derecho a la intimidad, la visión iusinformática y el delito de los datos personales: <http://dialnet.uniroja.es>
- Ríos Estavillo, J. J. (1997). *Biblioteca Jurídica virtual, México*. Recuperado el Septiembre de 2011, de <http://www.bibliojuridica.org>
- Saez Capel, J. (1999). *"El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas"*. Buenos Aires: DIN .
- Sáez Capel, J. (1999). *El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*. Buenos Aires: DIN.
- Sánchez del Castillo, V. (2007). *La publicidad en Internet*. España: Editorial La ley.
- Sánchez, A., Silveria, H., & Navarro, M. (2003). *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. España: Editorial Icaria.
- Sentencia, BVerfGE 34,238 (Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán 31 de Enero de 1973).
- Sentencia, C-098 (Corte Constitucional Colombiana 1996).
- Sentencia, T-212 (Corte Constitucional Colombiana 2000).
- Sentencia, 115/2000 (Tribunal Constitucional Español 10 de mayo de 2000).
- Sentencia, BvR 2376/98 (Primera Sala del Tribunal Constitucional Federán Alemán 30 de Marzo de 2004).
- Sentencia, T-916 (Corte Constitucional Colombiana 2008).
- Warren, S., & Brandeis, L. (1890). "The right to privacy". *Harvard Law Review*, Vol. 5 , 193 y siguientes.
- Westin, A. (1967). *"Privacy and Freedom"*. New York.