



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY

Universidad del Azuay

Facultad Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

*“El Habeas Data como Garantía jurisdiccional e
instrumento efectivo de Garantía del Derecho a la
privacidad en la Legislación Ecuatoriana”*

Tesis previa a la obtención del título de Doctor en
Jurisprudencia y Abogado de los tribunales de Justicia de la
República

Autor: Fabián Paúl Arce Ortiz

Director Dr. Patricio Cordero Ordóñez.

CUENCA – ECUADOR

2009

AGRADECIMIENTOS.

A mis Padres por su apoyo, ejemplo y dedicación los cuales han hecho posible que pueda prepararme.

A mí hermana por su constancia y motivador ejemplo.

A mí abuela Doña Clara Larrea.

A mis compañeros y amigos de aula.

A María Marta Carrasco por su incondicional apoyo.

A mis profesores y maestros quienes han sido como un libro abierto para enseñarnos el camino correcto en el estudio y preparación académica, también a la Dra. María Elena Ramírez y Marianita López por su motivación.

Al Dr. Patricio Cordero Ordóñez quien con sus enseñanzas y sapiencia supo guiarme en la realización de este trabajo de graduación en su calidad de Director del mismo.

INDICE DE CONTENIDOS.

Agradecimientos.....	ii
Índice de Contenidos.....	iii
Índice de anexos.....	iv
Resumen.....	v
Abstract.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
Capitulo I. Teoría de los Derechos Fundamentales y Habeas Data.	
1.1 antecedentes, fundamentos y estructura.....	4
1.2 ¿Qué son los Derecho Fundamentales?.....	14
- Clasificación.	
- Interpretación.	
- Titularidad.	
- Límites.	
- Suspensión.	
1.3 Los derechos fundamentales en el siglo XXI.....	27
1.4 Los Derechos Fundamentales en el Ecuador.....	29
Capitulo II. El Derecho a la Privacidad.	
2.1. Origen, antecedentes, concepto y definición.....	32
2.2 Naturaleza Jurídica.....	37
2.3 Otro derecho alrededor del Habeas Data y el Derecho a la Privacidad...	38

Capitulo III. El Habeas Data y la Protección de Datos.

2.1 Origen y evolución y su incorporación en la legislación ecuatoriana.....	40
2.2 Concepto y definición.	45
2.3 Habeas Data como Garantía jurisdiccional.....	52
2.4 Objeto y Derecho que Protege la acción de Habeas Data.....	53
2.5 Aplicación del Habeas Data. (Cuando procede).....	60
2.6 El Proceso de Habeas Data.	62
2.6.1 Derechos de quien solicita la acción de Habeas Data.....	62
2.6.2 Procedimiento.....	63
- Quienes pueden presentar el recurso.	
- Quienes pueden ser demandados.	
- El juez competente.	
2.7 El Habeas Data en el contexto actual y el Derecho comparado.....	73

Capitulo IV. Examen de casos de Habeas Data en el Ecuador y en otras Legislaciones.....	79
---	----

CONCLUSIONES.....	104
-------------------	-----

Anexo 1. Modelo de Demanda de Habeas Data.

REFERENCIAS.....	106
------------------	-----

RESUMEN.

El avance tecnológico por el cual la humanidad ha atravesado en la última mitad del siglo XX, ha creado nuevas necesidades. Es evidente un atraso con respecto al desarrollo del resto del mundo en cuanto a legislación en temas como Habeas Data en el Ecuador; es por esto que para entenderlo, es necesario realizar un estudio teórico y jurídico, para comprender el alcance de la acción de Habeas Data, su desarrollo histórico en el país y en las legislaciones mas importantes del mundo realizando un estudio de derecho comparado, además de la tramitación y proceso contemplado en nuestra legislación actual.

INTRODUCCIÓN

Tal como se presenta la realidad, es evidente que nos encontramos en una época de impresionante desarrollo tecnológico, tiempos estos que ha vivido la humanidad a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Es precisamente este desarrollo tecnológico en todos los ámbitos, el que ha conducido a todas las materias del amplio universo del Derecho a que se desarrollen de la mano con los gigantes pasos que ha dado la humanidad, tratando de seguir lo más cerca posible el desarrollo del derecho con las nuevas necesidades que se han presentado.

Es por esto que constituye un tema digno de estudio y profundo análisis la protección a información contenidos en bases de datos ya sea de poder estatal o privado, estudio este que se ve destacado por el actual y creciente peligro de que los datos personales sean violentados o simplemente conocidos o divulgados.

Y, es el citado desarrollo y el masivo acceso a tecnología de punta tal como ordenadores personales lo que sensibilizó y puso en evidencia el hecho de que se encontraba amenazado y de hecho se encuentra aun amenazado el derecho fundamental a la privacidad.

En la situación actual, es el Habeas Data tal vez la mejor manera de proteger datos de carácter personal y no solo esto sino, el intrínseco y no menos valido derecho a la privacidad contemplado en la legislación ecuatoriana y que para ser protegido requiere de una garantía procesal específica y no de una acción aislada y general como venia siendo y continua en algunos países el llamado Amparo Constitucional.

La inquietud del legislador por proteger a los miembros de un Estado de Derecho pleno y formado, ha conducido a este recurso, es decir, el Habeas Data a un desarrollo muy acelerado ya que como estudiaremos, a penas a partir del

año de 1996 es incorporado en nuestra legislación y hoy apenas 13 años después, hablamos ya no solo de protección de datos personales sino también de temas como el delito informático, delitos contra la intimidad y privacidad de las personas, ha pasado de ser un tema de mero derecho constitucional, considerado por algunos autores como un derecho fundamental, a un tema que implica y acarrea incluso sanciones penales.

Esta acción de Habeas Data se ha adaptado a muchas y diferentes legislaciones tanto en países llamados de primer mundo como Estados Unidos y Gran Bretaña en el cual se presenta el antecedente de nuestro objeto de estudio, el “Act Privacy”; tanto como en países pequeños tal como el nuestro.

Claro que el desarrollo en uno y otro lado ha sido diferente por las diferencias obvias en las décadas pasadas de desarrollo tecnológico y la presencia gobiernos de facto en nuestro Estado y en Latino-América.

Al parecer la Legislación vigente es suficiente para un Estado ecuatoriano aparentemente poco desarrollado en temas científicos, tecnológicos e informáticos, pero hace falta ver hacia los países considerados de primer mundo tal como los Estados Unidos y la Comunidad Europea que han adoptado como en el caso de Europa una legislación común a todos los miembros, hecho este que debe servir de ejemplo, no a la formación de una comunidad Sur americana o Andina sino más bien a tratar de que la legislación interna de cada estado tome en consideración los principios esenciales de protección de Datos y Habeas Data contenidos en instrumentos internacionales.

Se ha evidenciado el atraso de nuestras instituciones con respecto al desarrollo de este mundo globalizado en cuanto a la legislación de temas como la Protección de datos, es por esto que para entenderlo, es necesario realizar un profundo estudio teórico y jurídico, que nos ayudara a la comprensión del alcance del Habeas Data en nuestra legislación, su desarrollo histórico en el país y en las legislaciones mas importantes del mundo realizando un estudio de derecho comparado, además la no menos importante tramitación y proceso

contemplado en nuestra legislación actual.

Debemos recordar el mundo cambiante y evolucionado en el que nos encontramos ya que hoy discutimos todavía en nuestro país la aplicación del Habeas Data y la protección de Datos mientras en otros países hablar de estos temas implica ya hablar de comercio electrónico, delitos informáticos y protección de datos genéticos, la era nuclear ya se terminó, nos encontramos en la época de la información y la genética.

El habeas data ha evolucionando considerablemente desde su aparición como Act Privacy en la legislación Estadounidense y más aún desde la década de los 90s en el siglo pasado, con el continuo apareamiento de más y nuevas formas de guardar y acceder a bases de datos incluso a través de Internet y redes pequeñas de computadores

La gran necesidad e importancia del estudio de figuras nuevas del derecho, esta justificada, precisamente en los párrafos anteriormente transcritos y no es conveniente dejar de lado o menospreciar figuras que en el mundo jurídico han adquirido una enorme importancia y desde luego en nuestra legislación deberán tomar mayor y mejor forma con el paso del tiempo.

CAPITULO I. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y HABEAS DATA.

1.1 Antecedentes, fundamentos y estructura.

En el amplio mundo del derecho, una figura jurídica que ha venido tomando mucha fuerza es precisamente el motivo de nuestro próximo análisis, hablamos de la figura del Habeas Data; no podemos negar el avance de la tecnología en el mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX, Internet, bases de datos, redes internas, IBM, Microsoft y software libre y pagado, han sido la pauta a partir del apareamiento de las computadoras personales.

Al parecer este evidente avance tecnológico no constituye un problema, pero cuando hablamos de la intimidad del ser humano y la privacidad a que cada persona tiene derecho, el avance científico y tecnológico no parece bastar para satisfacer la necesidad del ser humano de mantener su privacidad y vida íntima para sí mismo, más al contrario parece que el desarrollo al que nos enfrentamos, pretende cada día arrebatarle un poco más, a cada persona de su intrínseca privacidad; y es que, desde los ya famosos cybercafés hasta el Instituto de Seguridad Social Ecuatoriano, poseen información nuestra de una u otra forma parece ser que el Internet Explorer no es más que una ventana hacia la falta de privacidad y entregar nuestro número de cédula o de tarjeta de crédito en instituciones públicas o privadas no es más que un inminente riesgo de ser víctimas de algún tipo de violación a nuestra privacidad, derecho fundamental que asiste a cada persona como lo manifestaba la Constitución Política de la República del Ecuador vigente hasta el veinte de octubre del 2008 en el Capítulo 2 cuando se refiere a los Derechos Civiles;

“Art. 23.

No. 8, Intimidad. 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.

No. 9 El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley. La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

No.12. La inviolabilidad de domicilio. Nadie podrá ingresar en él ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley.

No.13. La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta sólo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación.”

El habeas data es una más, de las conocidas como garantías constitucionales, que en nuestra legislación se incorporó a partir del año de mil novecientos noventa y seis, con el siguiente texto;

“Del Hábeas Data

Art. 30.- Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad.

Igualmente, podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación, o anulación de aquellos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional”

Como escribíamos anteriormente, debimos llegar al año de 1996 para que el legislador ecuatoriano se de cuenta de que la privacidad y la intimidad debían ser protegidas por una figura especial, tal como venia siendo la ola en todos los países del mundo y posteriormente de Sudamérica y el Ecuador. Actualmente la figura de Habeas Data esta regulada en el artículo 92 de la Constitución del Ecuador:

“Acción de hábeas data

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.”

Anteriormente en la constitución Política del Ecuador de 1998 en el Art. 94¹.

Tan evidente es la necesidad de una legislación que proteja al ser humano de una posible violación a su derecho a la privacidad que es precisamente en esta sociedad tecnológica desarrollada en la que el ciudadano brinda a diario información sobre su persona y hasta sus bienes, y es ahora mucho mas sencillo, que en tiempos pasados, que toda esta información que se halle registrada en archivos o bancos de datos sea utilizada indebidamente, y más aun con el avance científico y tecnológico evidente que nos lleva a empujones hacia la facilidad de acceso y conocimiento de información, y es que es tan sencillo almacenar y consultar información de cualquier tipo, o de cualquier individuo, información que puede contener datos acerca de cualquier aspecto de la personalidad de un ciudadano, ya sea tendencias sexuales, políticas, religiosas, o bien sea la cantidad de dinero o bienes que este posea.

Precisamente para evitar el mal uso de la de toda la información contenida en archivos o bases de datos es que se encuentra en desarrollo, la figura del Habeas Data, muestra de ello es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigencia desde el año 2000 en los países que la conforman.

Capítulo II De las Libertades;

¹ Constitución de 1998 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.

“Artículo 8. Protección de datos de carácter personal Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

La propia carta fundamental ecuatoriana, establece a la privacidad como un derecho fundamental y como lo mencionábamos, derecho éste, intrínseco al hombre y su personalidad, es por eso que la teoría de los derechos fundamentales, no puede estar apartada de un análisis de la figura del Habeas Data que constituye el objeto de nuestro estudio

La teoría de los derechos fundamentales, se encuentra fundamentada o cimentada en las ya conocidas por nosotros declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano de 1776 como precedente en las colonias americanas y de 1889 en los estados europeos con la nombrada revolución francesa que sirve de fundamento para establecer cuales son las libertades y derechos individuales de cada ciudadano miembro de un estado, aunque como nos enseña la historia estos términos ya fueron utilizados en primera instancia en la “Magna Carta” de 1215, pero basados en diferentes teorías e ideas filosóficas y políticas, hacia el siglo XVII lo que promueve el uso de estos términos y la diferenciación de los individuos como ciudadanos, es la teoría del Contrato Social ideada por Thomas Hobbes quien establece que los derechos de cada ciudadano son naturales a El, y el estado es una creación del hombre para justificar y defender la existencia de tales derechos, esto en palabras de Hobbes, pero con las entonces nuevas teorías de Rousseau, Diderot o Locke, queda perfectamente justificada la existencia de un estado constitucional en el que cada función de un solo e indisoluble poder estatal queda equilibrada para evitar que se pueda abusar del poder otorgado por

el hombre al estado, en palabras de Hegel, “el estado es Dios en la tierra”², y la constitución no es más que una garantía de que los derechos naturales (más tarde llamados fundamentales) existen y están declarados como tales, la norma jurídica no es quien crea los derechos fundamentales, pero si los reconoce y los convierte en una obligación y su misión esencial es garantizarlos³.

Es precisamente en Estados Unidos de América que los antes llamados derechos naturales, pasan a ser llamados derechos constitucionales, con la constitución de 1887, por la consiguiente incorporación de los ya conocidos derechos naturales a la carta fundamental del Estado, y es que cuando hablamos de 1776 y 1789, hablábamos de meras declaraciones de derechos, no así una constitución como punto de partida y punto máximo de expresión de la legalidad, nada podría entonces oponerse a esta figura, la llamada constitución, tal como lo establece Kelsen es su ya famosa pirámide de jerarquías de cuerpos legales..

De estas declaraciones de derechos individuales, y bajo el modelo impuesto por los Estados Unidos de América, las constituciones Europeas y Latinoamericanas se alimentan cada vez más de una carga ideológica liberal, países como Checoslovaquia, Austria o España empiezan a constitucionalizar en Europa el principio de soberanía popular, y tiende en este periodo de entre guerras a desaparecer el estado oligárquico del siglo XIX y aparece el modelo democrático, insigne del siglo XX.

Así, el reconocimiento de derechos civiles y políticos se constituye en fin y límite del ejercicio del poder estatal y de las competencias de los gobernantes y órganos del poder público, lo que deja manifiesto en el orden jurídico, como exigencia de la dignidad humana en el movimiento constitucionalista impulsado en Europa para después de 1914 y en la concepción del Estado de derecho.

² www.libertaddigital.com:83/ilustracion...php/341

³ Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional p. 284

Por estos motivos se dice que en el siglo XIX empezó a la positivación de los derechos fundamentales por los que se había luchado desde hacia siglos atrás.

En esta etapa la constitución alemana de Weimar es un verdadero hito de referencia, ya que es uno de los primeros textos en los que se usa la expresión derechos fundamentales para calificar a los ya conocidos derechos naturales, pero como veíamos en muchas constituciones ya se enumeró a los derechos naturales, pero nunca se avanzó de este punto, con esta constitución queda evidenciado que la mera enumeración no basta, debía garantizarse la existencia y los mecanismos legales para reconocer el cumplimiento de los derechos fundamentales, todo esto mediante mecanismos conocidos como “Garantías Constitucionales”⁴.

Con la Revolución Bolchevique, nacen los derechos conocidos hoy como de segunda generación, el Estado Liberal, deja de serlo para pasar a ser un Estado Social de Derecho, que garantiza derechos económicos, sociales y culturales a todos los miembros del estado, las garantías de derechos individuales, según la teoría marxista, no basta para asegurar condiciones de vida dignas todos, y menos aun el acceso a la riqueza económica, social y cultural que pueda tener potencialmente un estado.

Un perfeccionamiento y desarrollo de gran trascendencia, una verdadera revolución en la concepción de los derechos ocurre después de la Segunda Guerra Mundial, donde se constató una violación exagerada del poder estatal y a escala mundial de los derechos de las personas; esto hace tomar conciencia de la necesidad de que la exigencia de respeto, aseguramiento y protección de los derechos humanos debía superar el plano estatal en cuanto tales derechos son inherentes a la dignidad de ser humano, y no una concesión que el Estado puede otorgar y quitar, surgiendo la internacionalización de los derechos humanos y su protección, que poco a poco se ha ido perfeccionando institucionalmente, positivándose como límites a la soberanía y al poder estatal en declaraciones y

⁴ Perez Luño, Antonio E. “Derechos Humanos” p. 315

convenciones o tratados, dotados de eficacia jurídica y de un sistema de garantías normativas y jurisdiccionales en desarrollo, como asimismo, de un sistema penal que aún en nuestros días se encuentra en etapa de desarrollo.

Todo ello pese a la protesta de algunos gobiernos que aún, hoy día, intentan oponer la soberanía frente a los atropellos a los derechos humanos acontecidos en su interior.

La protección de los derechos humanos exige limitaciones a la potestad estatal y la soberanía, la que no puede ejercerse legítimamente amenazando con, o privando a las personas en sus derechos.

Los primeros gérmenes de esta internacionalización de los derechos humanos ya se habían visto en el ámbito de las guerras y los conflictos armados, que buscaban asegurar la dignidad, la vida y las condiciones mínimas de supervivencia, incluso en la guerra misma.

Así surge la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929, y, más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.⁵

Pero sin duda, fue la Segunda Guerra Mundial y la conmoción de sus consecuencias en las personas y sociedades, lo que generó la toma de conciencia general de la necesidad de control de la potencia del poder estatal por la comunidad internacional, constituyéndose instancias internacionales de protección frente a la magnitud del daño producido a los seres humanos por sus propios gobernantes, asegurando progresivamente la dignidad y los derechos humanos de toda persona, proclamando la universalidad de tales derechos que en

⁵ www.aloj.us.es/eulalia/.../1907apc.htm

teoría siempre existieron pero que nunca fueron garantizados ni proclamados por un documento como la constitución de un estado.

El Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". El artículo 56 de dicha Carta dispone que: "todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55", entre los cuales se consignan "el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos".

El 2 de mayo de 1948 fue adoptada en el ámbito americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precediendo en algunos meses a la adopción, por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

A su vez, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su considerando primero enfatiza que: "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", prescribiendo que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

El artículo 2do. determina que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración" sin distinciones de ninguna especie; los artículos tercero al decimocuarto determinan los derechos individuales o civiles; los artículos decimoctavo al vigésimo primero proclaman las libertades públicas y los derechos políticos; los artículos vigésimo segundo al vigésimo séptimo detallan los derechos económicos, sociales y culturales; el artículo vigésimo octavo afirma el derecho de todos a que se establezca un orden social e

internacional en el que los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración, se hagan plenamente efectivos.

Dicha Declaración es la primera en la historia de la humanidad que teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana fue elaborada y aprobada con un alcance y validez universal.

A su vez, en el ámbito internacional se ha avanzado en establecer convenciones o tratados destinados a brindar protección a ciertos grupos de personas: apátridas, mujeres, niños, trabajadores.

También se han establecido sistemas de protección a ciertas ofensas o delitos especialmente graves contra los derechos humanos, como la trata de personas, la discriminación racial, el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas.

En el ámbito internacional, se ha desarrollado lo que se denomina la "tercera generación" de derechos humanos, los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales esta, el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz; los cuales se han ido desarrollando a partir del final del siglo pasado, y derechos todos estos contenidos en el artículo 23 de la constitución de 1998 bajo el Capítulo 2 que trataba de los derechos civiles, y contenía todos los derechos que un ser humano puede reclamar; y, en la actual Constitución en el título segundo cuando trata de los Derechos y título tercero sobre las garantías jurisdiccionales, es decir los mecanismos efectivos de hacer cumplir los proclamados derechos en el título segundo, todos estos proclamados derechos deben ser considerados como de cada individuo y de la colectividad.

Y es precisamente en esta nueva categorización de los derechos que encaja nuestro esencial tema de estudio que es el Habeas Data, ya que como veremos más adelante los derechos no solo constituyen normas sino también, una carga

cultural y de necesidades que se pretende satisfacer y en el caso del habeas data existía la necesidad de proteger la privacidad de las personas y en palabras de Raúl Chaname Orbe, en su análisis acerca del Habeas Data “la dignidad humana debía ser protegida”⁶

1.2 ¿Qué son los Derecho Fundamentales?

En realidad, todo el texto antes escrito a manera de introducción y como antecedentes, nos servirá simplemente, para comprender de mejor manera que son los derechos fundamentales y en donde se unen en nuestro análisis, con la figura del Habeas Data.

A decir de Javier Pérez Royo, en su Curso de Derecho Constitucional, el concepto de Derecho Fundamentales, es relativamente nuevo, ya que como vimos en el introductorio tema antes repasado, apenas aparecen a finales del siglo XVIII como tales, y son llamados Derechos Fundamentales, más adelante en el desarrollo del derecho constitucional.

“Los derechos fundamentales no son sino la traducción jurídica de los elementos básicos del substrato ético de la sociedad”⁷

Y, es que la sociedad misma es la que da la pauta de lo que son y serán los derechos fundamentales ya que todos los principios éticos y morales aceptados universalmente por los miembros de un conglomerado social o de un estado son precisamente los que deberán y deben ser reconocidos como derechos por la Ley y el Derecho, estableciendo una manera eficaz de garantizar no su existencia sino su cumplimiento para así convertirlos en fundamentales.

⁶ Hábeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la persona. Chanamé Orbe, Raúl

⁷ Pérez Royo, Javier. “Curso de Derecho Constitucional”

“Los derechos fundamentales, son los derechos naturales, democráticamente constitucionalizados acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador en su contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad”⁸

Pablo Pérez Tremps resuelve el concepto diciendo que “son derechos subjetivos que, como tales, garantizan un determinado status jurídico a la persona”⁹

Como no estar de acuerdo en que se traten o no de derechos subjetivos, cuando esta es una afirmación completamente cierta y de hecho estos mencionados privilegios o derechos garantizan a la persona una posición o status de protección pero debemos siempre tener presente el hecho de que al mismo tiempo de que se trata de derechos intrínsecos a la persona, también son en un momento primigenio principios y valores de toda la sociedad que en un momento determinado como veremos más adelante se convierten en intrínsecos al ser humano pero sin dejar de lado el aspecto de masividad que pueden alcanzar en cuanto mis derechos como ser humano y ciudadano tienen un alcance limitado hasta llegar al derecho del otro.

Rubén Hernández Valle señala que los derechos fundamentales son “el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionales reconocidos y garantizados por el derecho positivo”¹⁰

Para Pablo Pérez Tremps, es imperativo, antes de analizar a los Derechos Fundamentales, no confundirlos con los Derechos Humanos, que conceptualmente en sus bases aluden a lo mismo pero Él los distingue estableciendo que los Derechos Fundamentales, no son más que los Derechos Fundamentales constitucionalizados, esto como muy bien lo expresa no quiere

⁸ Pérez Royo, Javier. “Curso de Derecho Constitucional”

⁹ Pérez Tremps, Pablo “Los Derechos fundamentales”

¹⁰ Hernández Valle, Ruben, “La tutela de los derechos fundamentales” p. 13

decir que la Constitución de 1998 hubiese estado errada, al mencionar en su Art. 16 en el Capítulo de los Derechos, Garantías y Deberes que:

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta constitución.”; ya que estos términos se han usado incluso como vemos en el estricto ámbito jurídico de manera muy flexible.

No olvidemos, que la consagración de los derechos humanos vino de la mano de la Revolución Francesa y en aquel entonces se proclamó a estos derechos precisamente como Derechos Humanos, y con un carácter de Universalidad, aduciendo que estas prerrogativas que asisten a las personas, son intrínsecas a ellas y no dependen de ningún otro factor como lugares, o momentos históricos, sin embargo de esto también hay quienes proponen estudiar a los Derechos Fundamentales, con un carácter “relativista”, es decir que los Derechos Humanos, es un concepto cultural y solo podrán ser analizados respecto de su momento histórico, el lugar y las personas que intervengan.

Luego de precisar el carácter a mi parecer “relativista” de los Derechos Fundamentales, por los argumentos antes expuestos, continuamos con la ardua tarea de tratar de conceptualizarlos, reunir en un concepto las características esenciales de estos, sin olvidarnos de factores de vital importancia para su entendimiento, como lo es su condición innegable de ser intrínsecos a las personas, pero por su valor tan trascendente y de importancia a la sociedad, su carácter de derechos objetivos, su dualidad es indispensable para entender el alcance y poder de determinar casi todos los demás derechos establecidos en un ordenamiento jurídico, y es que, no solo interesan al individuo como tal sino también a la sociedad como un todo; la libertad de un individuo no es nada sin la libertad de los demás y esta libertad de sociedad dejaría de existir si los individuos la menoscabarán unos a otros arrebatando así un derecho básico y fundamental para un individuo, pero afectando a toda la sociedad.

Se puede decir que en definitiva, los derechos fundamentales, son “Derechos Subjetivos que, como tales, garantizan un determinado status jurídico a la persona.”¹¹

Tal como se ve los citados conceptos y cuantos más intenten definir que son los derechos fundamentales, se llegará prácticamente a un lugar común al referirse precisamente a que se trata de derechos, es decir privilegios o potestades que asisten al ser humano y al ciudadano en general como lo establecen desde hace tiempo ya, documentos de carácter internacional; se debe notar también que las libertades o derechos establecidos como esenciales o intrínsecos al hombre y a la mujer deben estar plenamente garantizados para ser considerados como fundamentales o constitucionales, utilizando a los dos conceptos como sinónimos aunque como bien sabemos las dos palabras dentro del tema que tratamos hacen mención a dos momentos diferentes en la historia de los derechos fundamentales ya que como bien se había señalado los derechos fundamentales son los derechos naturales constitucionalizados.

- Clasificación:

Tal como se había señalado al momento de intentar conceptualizar que son los derechos fundamentales, haré nuevamente esta precisión al asegurar que existirán tantos criterios de clasificación como cuantas visiones se tengan del tema por tanto trataré de ser simplemente coherente con la clasificación a emplearse para no caer en la dispersión o demasiada extensión sin necesidad al tratar de clasificar un campo tan amplio del Derecho como lo son los derechos fundamentales.

Tal vez uno de los principales elementos de apoyo para la clasificación sea el fundamento histórico y que tal vez intencionalmente recoge el legislador en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, que clasifica a los

¹¹Perez Luño, Antonio E., “Derechos Humanos...”, p. 315

derechos fundamentales tal como los hemos entendido hasta este momento de la siguiente manera;

Derechos Civiles: en el “TÍTULO III DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES” que desde el Art. 23 en el Capítulo 2 de los derechos civiles hasta el Art. 25 establece estos derechos civiles propios de cada hombre y ciudadano.

Derechos Políticos: En el Capítulo 3 De los derechos políticos, desde el Art. 26 al 29.

Derechos económicos, sociales y culturales: En el Capítulo cuarto dentro del mismo título desde el Art. 30 hasta el 82 dividiendo estos derechos en varias secciones que hacen referencia a:

- De la propiedad.
- Del trabajo.
- De la familia.
- De la salud.
- De los grupos vulnerables.
- De la seguridad social.
- De la cultura.
- De la educación.
- De la ciencia y tecnología.
- De la comunicación.
- De los deportes; y,
- De los deportes.

Por último establece cuales son los derechos de carácter colectivo a partir del Art. 82, llegando así a lo que se había señalado históricamente como derechos de tercera generación.

En la nueva Constitución del Ecuador vigente a partir del 2008 la clasificación se realiza con un criterio diferente simplemente de segregación temática entre varios tópicos y a partir del Título II dice; en el Capítulo primero los principios de aplicación de los derechos; y, a partir del Capítulo segundo nos habla de los Derechos del buen vivir, derechos estos que podemos decir se tratan según nuestra clasificación, derechos de tercera generación, derecho al Agua y alimentación, a un Ambiente sano, a la Comunicación e información, a la Cultura y Ciencia, a la Educación, al Hábitat y vivienda, a la Salud, al Trabajo y seguridad social son varios de los derechos proclamados en la nueva Constitución, pero conservando a pesar de esto, se conserva la clasificación anteriormente hecha incluyendo los mencionados nuevos derechos.

Interpretación:

Guiados por el principio de legalidad, debemos afirmar que absolutamente todo el ordenamiento jurídico, debe ser interpretado de acuerdo a la Constitución Política, o lo que es lo mismo, se debe redactar guiado según los derechos fundamentales pilar fundamental de la Constitución,^[1] pero no basta con tener una base de interpretación en los derechos fundamentales, es necesario que dicha interpretación esté muy bien sustentada en el principio de interpretación más favorable a los derechos fundamentales.

Se puede sostener entonces que, en el sistema constitucional argentino, opera también el principio rector de la presunción general propia de todo Estado de Derecho en favor de la libertad del ciudadano, esto es, el principio “in dubio pro libertate”, versión europea, a su vez, “...de la denominada “doctrina del primado de la libertad” (preferred freedom doctrine), elaborada por la Supreme Court norteamericana fundamentalmente para frenar iniciativas públicas de interés

social o colectivo en base a la intangibilidad o a la valoración preferente de los derechos de autonomía individual y su posición económica.”¹²

Por tanto cabe plenamente decir que el derecho en sí, y en su proceso de hermenéutica, no solo debe ser guiado por la interpretación más favorable al derecho fundamental, sino que también el derecho entendido como un todo debe tender a tomar como punto de partida los derechos fundamentales y así volver mayor aun el alcance del fundamental derecho sobre el ordenamiento, o como lo expresa mejor en su texto Jorge Luis Salomoni citando a Antonio Pérez Luño, “no significa solo que en los supuestos dudosos habría que optar por la interpretación que mejor proteja el derecho fundamental, sino que implica concebir el proceso hermenéutico como una labor tendiente a maximizar y utilizar la fuerza expansiva y eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto”¹³

Estos quedaban claramente evidenciados en nuestra anterior Constitución de 1998 cuando en su Art. 18 sostenía que “en materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia”, al respecto el tribunal Constitucional dictó en el año 2002 una resolución dentro del caso “**Nro. 008-2002-TC. LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES TIENEN SUPERIORIDAD FRENTE AL RESTO DE LAS NORMAS.**” que afirma que “si una ley admite dos interpretaciones, o más, debe escogerse aquella que sea conforme a la Constitución y a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos”¹⁴

En la interpretación constitucional o de los derechos fundamentales, por cierto distinta a la de otras materias del derecho, se debe tener mucho cuidado de no

¹²

http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/WEB/materiales/filosofia/CLAUSUR.pdf

¹³ Perez Luño, Antonio E., “Derechos Humanos...”,

¹⁴ http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_8.pdf

menoscabar un derecho o un principio constitucional en beneficio de otro, este tipo de interpretación no sería correcta, ya que como sabemos enaltecer a los principios o derechos fundamentales es la función de la interpretación, hacer mayor su alcance, optimizar los derechos fundamentales como conjunto y más no como una singularidad en cada caso, teniendo siempre presente los principios citados para la interpretación.

Titularidad.

Al analizar la historia de los derechos fundamentales, se observa que estos tenían un carácter de universales y subjetivos por tanto, intrínsecos al ser humano, su subjetividad es innegable pero dentro de los sistemas de derecho actuales es casi imposible asegurar su universalidad ya que cada estado de derecho determinará cuales son los derechos aplicables y propios de sus nacionales y cuales no asistirán a los extranjeros dentro del mismo territorio reglado por un determinado ordenamiento jurídico, pero es el Derecho Internacional el llamado precisamente a resolver este problema y la vigencia de los derechos fundamentales para los miembros de un estado o para quienes transitan por el.

La constitución ecuatoriana de 1998 determinaba en su Art. 13 que “los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos...” pero continua aclarando y de manera acertada que, “...con la limitaciones establecidas en la Constitución y la ley”.

En la Constitución del Ecuador vigente se establece prácticamente lo mismo en su Art. 9.- “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.”

Este principio constitucional, limita el actuar del legislador en cuanto a la atribución a tal cual persona nacional o extranjera de un derecho fundamental,

aun cuando a primera vista lo faculte ampliamente y es que la constitución misma es la encargada de señalar que derechos asistirán a los nacionales y cuales a los foráneos, estableciendo de esta manera como regla general el disfrute total de los derechos fundamentales hacia todos y como excepción la posibilidad de privar a determinados individuos del goce de los derechos fundamentales.

Pero la constitución 2008 va más allá y en su Art. 86 numeral 1 en el Capítulo tercero al referirse a las Garantías jurisdiccionales dice:

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”

Dejando así abierta la posibilidad a que cualquier persona pueda acudir ante los organismos pertinentes y denuncie violaciones de los derechos humanos y se le conceda el acceso a las acciones constitucionales pertinentes para subsanar dicha violación.

La Constitución del Ecuador de 1998, en el Art. 26 en el Capítulo 3 “De los Derechos Políticos” establecía una primordial y obvia limitación al derecho a elegir y ser elegidos, determinando en su último inciso que “Los extranjeros no gozarán de estos derechos.”

Y es que la actividad política dentro de un estado no puede menoscabar su soberanía permitiendo el ejercicio de este derecho a un extranjero.

Y la Constitución vigente es aún más clara y no deja lugar a duda respecto de este punto ya que simplemente se refiere al tema de Derechos de participación diciendo: “Art. 61.-Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

1. Elegir y ser elegidos.”

Entonces se elimina toda probabilidad de duda alguna.

Por otra parte el Art. 23 de la constitución de 1998 contenía una larga lista de los considerados en la derechos civiles; si analizamos el texto constitucional se puede afirmar que estos derechos asisten a todos con inclusión de extranjeros ya que el texto reza de la siguiente manera "...el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes."; refiriéndose claramente a los derechos civiles, con el uso del término "a las personas" incluye a todo ser humano miembro o no del estado como titular de los derechos fundamentales.

En todo caso hablando de derechos fundamentales, se sabe que aunque como hemos demostrado se puede modular su ejercicio, pero nunca desconocerlos su carácter de individual lo convierte en inalienable e intrínseco al hombre aunque como vemos regulable en su ejercicio como es el caso de la propiedad para extranjeros en ciertas zonas del Estado ecuatoriano o el de la situación de los ecuatorianos en un diferente ordenamiento jurídico.

Hasta este momento se ha analizado la titularidad de los derechos fundamentales por parte de personas naturales, sean estas nacionales o extranjeras, esto en verdad no reviste mayor dificultad pero que pasa si afirmamos que una Persona Jurídica puede ser titular de derechos fundamentales, la interrogante no pasa por preguntarnos si es posible, ya que de hecho lo es, la pregunta pasa por dilucidar que derechos fundamentales asisten a las personas naturales y en que momento.

La respuesta está en cada derecho fundamental, en el análisis claro y a conciencia de cada uno de ellos, ya que una persona jurídica no podrá por su propia naturaleza tener derecho a la vida pero si lo tendrá a la propiedad, a un debido proceso, incluso el derecho a interponer una acción de Habeas Data.

Límites:

El Art. 29 numeral segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiesta que: “2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Del texto mismo de esta declaración universal, deducimos que como tales los derechos humanos son como se había manifestado derechos subjetivos, y por tanto no pueden ser ejercidos sin ninguna medida o condicionamiento, por esto la propia carta continente de los derechos humanos, establece ciertas limitaciones pero en su espíritu legal, conservando su legitimidad, ya que no sería factible la eliminación de los derechos en pro de limitar su ejercicio.

Para el efecto de no deslegitimar el ejercicio de los derechos fundamentales por la tarea de determinar cuales son sus límites doctrinariamente se han establecido dos clases de fronteras al ejercicio.

Limites internos: Como doctrinalmente se los califica, más que limites, son fronteras respecto del contenido mismo del derecho, fronteras estas más allá de las cuales no se está dentro de lo que se conoce como ejercicio del derecho, sino más bien alejado de ello, o adecuando una conducta a un tipo de carácter penal.

Y es que debe estar completamente delimitado el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que a simple viste podría resultar en una prohibición, analizado por el legislador resulta no serlo y es que “no significa, por cierto, que la intervención legislativa haya de exhibir necesariamente un título constitucional expreso, como si la ley fuese mera ejecución de la Constitución; basta con que el fin perseguido no sea contrario a la Constitución y represente un sacrificio

razonable para el derecho.”¹⁵

Límites externos: los límites externos son restricciones de los derechos fundamentales que no están determinadas por la conceptualización del derecho fundamental, como en el caso de los límites internos, sino por la existencia de otros derechos de la misma calidad, o de bienes públicos que se encontrarían en conflicto con él, es decir no es el propio derecho por su naturaleza y concepto el que se limita sino que el factor delimitante es exógeno, ajeno a él, “se imponen (estos límites) por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los Derechos Fundamentales”.

Viéndolo de manera más sencilla, el principal limitante exógeno al derecho fundamental es el derecho de los demás, es decir mis derechos terminan donde comienzan los de los demás.

Muchos derechos de carácter fundamental se auto limitan por la propia constitución que dada la característica de los derechos fundamentales de ser precisamente consagrados en la carta política de cada estado, es la única manera de limitarlos en su Capítulo 7 la constitución de 1998 cuando se refiere a los deberes y responsabilidades de los ciudadanos y literalmente advierte, “Respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque”, y en la Constitución del 2008 también se establece que se debe “Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”¹⁶ de hecho esto construye un límite al ejercicio de las libertades establecidas como principios generales aunque como se nota de una manera demasiado amplia e imprecisa.

Claro está que no cualquier derecho o bien jurídico protegido o reconocido puede limitar a los derechos fundamentales o a su ejercicio tal como indiqué antes este límite deberá ser necesariamente un derecho o un bien jurídicamente protegido de

¹⁵ LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES”, Prieto Sánchez, Luís

¹⁶ Art. 83.-, numeral 5, Constitución del Ecuador 2008

manera constitucional, acudiendo a la didáctica pirámide de kelseniana respecto de la supremacía de las leyes de carácter constitucional se asegura que una ley o norma de inferior jerarquía, no limite o deje sin eficacia un derecho considerado constitucional o fundamental.

Suspensión:

Hemos visto los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, pero por tratarse de derechos intrínsecos al ser humano y de carácter inminentemente irrenunciables no podemos hablar de su terminación sino más bien y en casos plenamente excepcionales de suspensión por circunstancias o acontecimientos irregulares o anormales en el desenvolvimiento de la vida jurídica de un estado, alterando de cualquier forma el orden, la paz y la normalidad que debe caracterizar al ordenamiento jurídico.

Para estos eventuales y excepcionales casos, la Constitución Política del Ecuador de 1998 establecía una institución para conservar el orden y juridicidad, se trata del “derecho de excepción” que en la Constitución a partir del Art. 180 a 182 establece la forma como se restituirá la armonía mediante el llamado “Estado de Emergencia”.

Y en la actual Constitución de 2008 cambia simplemente el nombre de estado de emergencia a estado de excepción y los Art. del 164 al 166 trata este tema.

Este estado de emergencia puede tan solo suspender o limitar los derechos fundamentales, modificando la forma de ejercerlos o no permitiendo su ejercicio durante un lapso de tiempo, característica esta esencial ya que el estado de emergencia debe ser estrictamente de carácter temporal y transitorio, consistiendo únicamente en el objetivo de esta situación o estado de emergencia el superar la crisis, garantizando así con esta medida el cumplimiento de las normas y principios de carácter fundamental y constitucional.

1.3 Los Derechos Fundamentales en el siglo XXI

Tal como se analizó la historia y antecedentes de los derechos fundamentales a lo largo de sus años de evolución, se puede apreciar su constante cambio y proyección hacia el futuro para proteger cada vez una más amplia gama de derechos que si bien su apareamiento no corresponde al surgimiento de la norma que los protege, pero responde a los cambios sociales, culturales, económicos e incluso situaciones de carácter natural que dictan al legislador la necesidad de crear o modificar normas para adaptarlas a cada tiempo y lugar en que se crea dicha necesidad.

Como bien se describió anteriormente los derechos conocidos como de tercera generación son los que más recientemente se han desarrollado en el campo internacional de los derechos fundamentales, reconociendo derechos solidarios y colectivos de todos los pueblos y de la humanidad en general, entrando en este ámbito derechos como el de a un medio ambiente sano y libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, todos estos desarrollados en el último tercio del siglo XX¹⁷.

Después de analizar la historia, pasando por la Carta Magna de 1215, la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la Declaración Americana de 1948, llegamos al siglo XXI, era actual en la que tal vez lo más importante es la universal conciencia que se ha creado acerca de la imperativa necesidad de protegerlos, activamente, en cualquier lugar y tiempo siempre que un derecho fundamental o esencia se encuentre amenazado, en pleno siglo XXI y “víctimas” de la globalización, el mundo entero está más conciente que nunca, acerca de la necesidad de proteger sus derechos intrínsecos e inalienables por el simple hecho de ser seres humanos, todo este cambio en la situación actual parece indicar que apenas comienza con simples enunciamientos como sucedió en otras épocas que más adelante se

¹⁷ TESIS\TESIS HABEAS DATA\derechos fundamentales.pdf

cumplirán como realidades efectivas y garantizadas y con métodos de hacer cumplir el nuevo ordenamiento jurídico que regirá la humanidad basado en la protección a los derechos fundamentales, sostienen autores que en el siglo XXI se definirá realmente el destino de la humanidad, será la verdadera época en que se afiancen los derechos humanos y fundamentales y la época en que cada uno de ellos tendrá su garantía y proceso para salvaguardarlos.

Y no solo esto ya que existen teorías bio - céntricas en cuanto a los derechos fundamentales ya que estas afirman que la naturaleza es portadora de derechos, todas y cada una de sus especies animales y vegetales tienen derechos intrínsecos afirman y se alejan de las teorías tradicionales de que afirman que “los seres vivos son apenas depositarios de derechos otorgados por el ser humano, de donde en realidad son una extensión de una propiedad personal”¹⁸.

Se admite que es obvio que el derecho es una creación humana y como tal es el hombre quien ha otorgado estos derechos a la naturaleza, pero también se intenta explicar que la naturaleza intrínsecamente posee valores y merece protección y cuidado por parte de los seres humanos.

Por otra parte en mi opinión ¿no será que el hombre se merece un medio ambiente sano y por ende se debe proteger la naturaleza sin que esto implique que necesariamente la naturaleza tenga derechos?

Son precisamente estas dudas surgidas en pleno siglo XXI que pensadores actuales sostienen se resolverán y consolidarán en el transcurso de este siglo.

¹⁸ Ecología, Economía y Ética del Desarrollo Sostenible, Gudynas Eduardo, p. 146

1.4 Los Derechos Fundamentales en el Ecuador.

Para comenzar debemos decir que el Ecuador es según el Art. 1. de la Constitución, “...*un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*”; y, como tal, es decir como estado constitucional de derecho esencialmente deberá y de hecho cuenta con una Constitución que establece cuales son las normas fundamentales que sirven para garantizar los derechos que dicha constitución proclama.

De esta manera la constitución actual y las anteriores han de garantizar la vigencia y cumplimiento de los derechos fundamentales a los que hemos hecho referencia a lo largo de este capítulo y que la historia ha calificado como derechos fundamentales, tanto es así que la constitución 2008 vigente en el Ecuador, ya no solo reconoce como garantías de los derechos fundamentales los métodos y mecanismos judiciales, sino que también reconoce en el Art. 84 garantías de carácter normativo “Art. 84 La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”; también en el Art. 85 establece garantías de carácter político, para que cualquier autoridad en la toma de decisiones se guíe por lo establecido en dicho Art. 85 y en concordancia con el resto de la Constitución del Ecuador teniendo presente siempre los principios básicos y fundamentales tal como lo es por ejemplo el proclamado régimen del buen vivir; por otra parte nos quedan las garantías jurisdiccionales, llamadas judicialmente a garantizar los derechos enunciados en la Constitución del Ecuador, que con las citadas garantías por lo menos en teoría

son plenamente exigibles y el estado es el principal garante del cumplimiento de los mismos.

En cuanto a los derechos fundamentales en el Ecuador debemos decir que de la constitución de 1998 a la actual en vigencia desde 2008 al parecer el cambio y salto doctrinario es gigante, pasamos de una constitución que brindaba acciones de carácter cautelar a una constitución más efectiva llamada sí a cautelar por los derechos pero también a reparar la violación de un derecho, mediante un proceso reglado que llegará a una sentencia luego de lógicamente haber seguido un proceso en el cual incluso se haya actuado pruebas.

Es decir se paso tal como lo dice la constitución actual de proteger las Leyes a aplicarlas, a que lo primordial en la resolución de los casos de violación de derecho sea la justicia y los derechos fundamentales establecidos en la constitución ya que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, esto cambia de manera amplia el panorama de entendimiento y estudio y nos pone frente a una realidad en la que garantizar un derecho no es suficiente, esta existencia que en otros tiempos ya era suficiente, debe garantizarse y efectivamente hacerse cumplir para poder hablar de un estado en las condiciones en las que nos pone la actual Constitución del Ecuador y es tanto así que un proceso en la situación reinante no terminará con la expedición de una sentencia sino terminará con la ejecución de la misma¹⁹.

Realmente la preocupación por los derechos y su garantía es amplia desde el Art. 3 de la Constitución: “Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua

¹⁹ Ávila Santamaría, Ramiro “Las Garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos” p. 89 – 109.

para sus habitantes.”; el Art. 11 que establece la forma de ejercer los derechos y bajo que principios este se regirá.

Y hasta aparentemente se incorporan nuevos derechos como los llamados derechos del buen vivir, dentro de los cuales está el derecho al agua y el acceso a alimentos; la garantía de la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*, como es llamado en la constitución, y aspectos de educación, salud, trabajo, vivienda, fundamentales en el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales pero también se incluyen derechos para niños, niñas y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, enfermedades catastróficas, sin que la inclusión actual en la constitución quiera decir que antes carecían de estos derechos anteriormente, lo que sucede con el nuevo ordenamiento constitucional es que sus derechos han sido enumerados taxativamente dentro de un marco jurídico legal.

Lo que si está enmarcado en la Constitución y no existía en la anterior y tampoco existe en muchos ordenamientos jurídicos del mundo es el otorgamiento de derechos a la naturaleza como si se tratara de un sujeto de derechos.

Pero todo esto se lo hace en un marco de renovada evolución hacia lo que hemos venido diciendo, ya se dejó en muchos aspectos de enunciar y hacer listas de derechos fundamentales, ahora se los garantiza, la constitución nos abre nuevos caminos y se debe buscar la forma de concretar y garantizar y efectivizar el pleno ejercicio de los derechos enunciados en ella.

CAPITULO II. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD.

2.1. Origen, antecedentes, concepto y definición.

A pesar de lo que se pueda creer y a pesar de lo considerado anteriormente, el derecho a la intimidad o privacidad no es un nuevo derecho o institución jurídica; “por el contrario existe y fue regulado desde la época del Derecho Romano en donde se protegía el honor y la violación al domicilio”²⁰, conceptos estos que lógicamente fueron recogidos y evolucionaron junto a las legislaciones que han seguido y mantenido una línea germánico – romana en su concepción jurídica, tal como es el caso de nuestra legislación.

Por supuesto que mirando hacia atrás en la historia veremos casos como este que realmente pueden constituir un verdadero antecedente de origen de lo que hoy conocemos como derecho a la privacidad y que se trata de proteger con acciones de carácter constitucional como es el caso del habeas data para la protección del derecho a la privacidad; pero existen autores como es el caso del panameño Edgardo Villalobos quien en su trabajo de “Introducción a la Informática” sostiene que aunque existiendo dichos antecedentes, el derecho a la intimidad, a la privacidad adquiere real importancia “cuando es objeto de abuso y desconocimiento lo cual causó que las naciones pensarán en protegerlo jurídicamente”²¹

Y es este autor panameño, Edgardo Villalobos, quien nos explica que la advertencia sobre la violación a la intimidad se inicia con el conflicto del derecho a informar enfrentado al también derecho a la privacidad, todo esto narra, como resultado del Artículo “The Right to Privacy” (El derecho a la privacidad) de Samuel Warren y Luis Brandeis de 1890 publicado en la revista de Harvard “Law Review” en Boston.

²⁰ La Acción de Habeas Data, Araúz Sanchez Heriberto p. 15

²¹ “Introducción a la Informática” Villalobos, Edgardo

“El artículo nació por los inconvenientes personales que la prensa le producía a Brandeis, al relatar con referencias personales y detalles de poco gusto, de sus fiestas familiares, rebasando la tolerancia con los comentarios hechos sobre la boda de su hija.

Lo novedoso de este artículo es que separó el concepto de intimidad del de propiedad; lo convierte un derecho autónomo.

Los concepto de “*The right of privacy*”, “*The right to be alone*”, “*diritto alla riservatezza*” o el “derecho a ser dejado en paz”, entran en el acervo jurídico.

Esta concepción “nueva” del derecho a la privacidad hizo que se elevara a categoría constitucional la protección de estos derechos.

Así las constituciones y las Leyes recogieron esta protección”.²²

La Constitución del Ecuador actualmente recoge este principio de derecho a la intimidad y privacidad en su Capítulo sexto cuando se refiere a los “Derechos de libertad”

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.

11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización

²² Villalobos Edgardo. “Introducción a la Informática”, Panamá, 1997, p 117, 118.

del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

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.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.”

Como se aprecia, del texto constitucional, el derecho a la privacidad, alcanza también otras connotaciones y otros derechos que giran alrededor de este, lo cual también crea varias instancias además de la Constitucional como puede resultar en los campos, civil por ejemplo indemnizaciones por daños morales ocasionados; y, penal como es el caso de los llamados delitos contra el honor.

Con estos antecedentes, y empatándolos con los anteriormente analizados, debemos necesariamente dar un siguiente paso e intentar definir o esgrimir un concepto respecto del derecho a la privacidad partiendo como siempre de la premisa de que existirán definiciones como cuantos intenten definir algo, en este caso la privacidad o intimidad, pero siempre trataré que de cada una de las definiciones se rescate lo más importante y se llegue a un concepto claro.

Tomando la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos enseña que intimidad “es la parte personalísima, comúnmente reservada, de los asuntos, designios o afecciones o de un sujeto o de una familia”²³

²³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

El autor Luís Manuel Mejan expresa que hablar de privacidad, es hablar “del conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con la libertad de decidir a quien le da acceso al mismo, según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que solo puede obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita.”²⁴

Tal como se aprecia de la definición anterior, vemos que existe en primer lugar el deseo o elemento subjetivo del individuo por mantener cierta información para sí mismo y la decisión para compartirla o no y con quién; y que solo existirán casos en los que entregar dicha información considerada íntima o privada se dé, cuando se trate de casos de legalidad, es decir un sujeto no podrá ser obligado a compartir su información de carácter privado, sino solo en los casos establecidos en la propia Ley.

Por otra parte, también autores se han dado el trabajo de dividir más aún teóricamente nuestro análisis, distinguiendo entre los conceptos de privacidad e intimidad, este es el caso de la Dra. Pilar Gómez Pavón quien asegura que “estos dos aspectos se manifiestan y pueden ser vulnerados de diferente manera. El primero – vida privada- sería el derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud. Esto es indispensable para el pleno desarrollo, para su paz interna, para su descanso y para su creatividad artística e intelectual. El otro aspecto - intimidad- hace relación al derecho a excluir del conocimiento de otros aspectos de la vida privada; su esencia es el derecho de exclusión. Mientras que al primero se le ataca mediante ruidos, hostilidad, etc., al segundo por observación directa, o cualquier otro método para conseguir la información de forma irregular”²⁵

A pesar de poder existir dicha diferencia, en la práctica resulta totalmente irrelevante ya que de todas maneras, la protección de carácter constitucional existe, y a pesar de

²⁴ Mejan, Luís Manuel. “El derecho a la intimidad y a la informática” p.15

²⁵ Gómez Pavón, Pilar. “La intimidad como objeto de protección Penal” p.12

esta diferenciación que intenta hacerse, vemos que como en la definición anterior existen elementos comunes que se mencionan como es el caso del derecho a la exclusión que menciona Gómez Pavón, que resulta siendo lo mismo que el antes mencionado deseo o intención del individuo por decidir a quien y que información transmitirá.

A pesar de ya haber advertido la innecesaria diferenciación entre intimidad y privacidad, José García Falconí También intenta llevar a cabo esta diferenciación, aunque a mi parecer, sin éxito. “La privacidad es más amplia que la intimidad, se dice con toda razón en la doctrina LA INTIMIDAD protege la esfera en que se desarrollan las facetas singularmente reservadas de la vida de la persona (domicilio, comunicaciones). LA PRIVACIDAD constituye un asunto más amplio, más global de facetas de su personalidad que éste tiene derecho a mantener reservado.

La diferencia es sutil e inclusive se protege el derecho a la confidencialidad, en todos estos casos se trata de proteger a la persona de la intrusión de otras en una determinada esfera de reserva personal”²⁶

Por su parte Thomas Ermerson asegura que “el derecho a la privacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en que medida comparte con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal”

En fin y a pesar de los intentos por diferenciar intimidad y privacidad, debemos concluir diciendo que derecho a la privacidad o a la intimidad, como se lo quiera llamar, de las definiciones analizadas, rescatamos ciertos elementos comunes que son:

1. Es un derecho.
2. Constitucionalmente protegido.

²⁶ García Falconí, José. “El juicio especial por la acción de Habeas Data” p. 197

3. Otorga al individuo la capacidad de decidir que información y con quien la comparte.
4. Obligación de los demás individuos de respetar.
5. Sus límites se establecen legalmente.

2.2 Naturaleza Jurídica.

Esencialmente el derecho a la privacidad o intimidad, como hemos visto se justifica en los principios básicos de los derechos humanos y derechos fundamentales, en una concepción humanista que como opina García Falconí “procura aportar elementos de razonabilidad en la inevitable tensión individuo - comunidad”²⁷.

Las posibles intromisiones de las que el ser humano individualmente puede llegar a ser víctima; el derecho a la privacidad protegerá mediante su proclamación como derecho fundamental y mediante la aplicación de garantías efectivas para el cumplimiento del derecho es por eso que tan importante derecho como el de la privacidad ha sido elevado a un nivel constitucional y en calidad de un derecho y no de una garantía ya que las garantías jurisdiccionales como el Habeas Data, en este caso, es la llamada a garantizar el derecho a la privacidad e intimidad, pues así opina y de forma acertada considero Cesar Quintero quien asegura que “una garantía no necesita ser garantizada”²⁸.

Entonces es lógico pensar que el existir jurídico del derecho a la privacidad es ese, con la calidad de un derecho y no de una garantía como ya lo hemos visto y como explica Heriberto Arauz Sanchez citando a Sanchez Viamonte “los derechos y declaraciones de la Constitución no son, en sentido estricto garantías, pues estas vienen a ser medios para asegurar aquellas”²⁹

27 Dr. José C. García Falconí, Derechos Constitucionales a la intimidad, privacidad y la imagen

28 Quintero, Cesar. “Garantías constitucionales en Panamá”

29 La Acción de Habeas Data, Araúz Sánchez Heriberto p. 47

2.3 Otro derecho alrededor del Habeas Data y el Derecho a la Privacidad.

Protección de Datos.

Si continuamos con el análisis realizado respecto de los antecedentes, la definición y naturaleza jurídica del derecho a la privacidad, veremos como varios autores entre ellos el argentino Oscar Puccinelli, consideran que el derecho a la privacidad ha evolucionado hacia la protección de datos,³⁰ asegurando que la protección de datos personales no se limita o circunscribe al antes mencionado derecho a la privacidad.

Por su parte el panameño Araúz Sánchez en contraposición a lo manifestado sostiene que la protección de datos, precautela nada más el derecho a la privacidad, pero se olvida de considerar otros derechos de carácter constitucional también que giran alrededor de la protección de datos como es el caso de los establecidos en el Art. 66 ya enumerados anteriormente en este capítulo.

A pesar del reciente apareamiento del derecho a la protección de datos, generalmente la doctrina acepta considerarlo como un derecho de tercera generación (...o más bien, ¿es una garantía a un derecho de tercera generación?), el cual confiere al ciudadano la facultad de actuar por sí mismo exigiendo la actuación del Estado para tutelar los derechos que pudieren verse afectados.

De la lectura de lo antes dicho inferimos inmediatamente que el mecanismo más idóneo para la protección de datos en nuestra legislación en la llamada acción de Habeas Data pero antes de pasar a analizar esta importante y única institución en nuestra legislación llamada a proteger el derecho a la protección de datos, y en sí el derecho a la privacidad, deberemos analizar ciertos aspectos y derechos que según Puccinelli autor ya citado anteriormente son los bienes jurídicos tutelados, sin perjuicio de la existencia de otros, claro está, como El asegura en su obra.

³⁰ Puccinelli, Oscar. “El habeas data en Indoamérica”

1. “Los principios-valores dignidad, libertad e igualdad.
2. El derecho a la propiedad.

Ya que como El considera el dato constituye un elemento de la identidad de la persona por lo que es de su propiedad ya que pasaría a tener ciertos derechos sobre su uso.³¹

3. El derecho a la identidad.
4. El derecho a la privacidad o intimidad.

Este último derecho como motor generador del apareamiento del llamado derecho a la protección de datos y su herramienta más idónea de protección y garantía como se ha visto, el Habeas Data en nuestra y otras legislaciones”³²

Todos estos derechos mencionados, sin olvidar el objeto del derecho a la protección de datos de tutelar este conjunto de bienes jurídicos que pueden llegar a ser atacados por las actividades de recolección, tratamiento y transmisión de los datos; datos que no son protegidos por el simple hecho de ser datos si no más bien por la información que contengan; y, se los protege precisamente del acceso a dicha información por parte de terceros no autorizados como bien habíamos anotado anteriormente, de la difusión no autorizada, del tratamiento e incluso del registro de información no deseada así por su propietario.

³¹ La Acción de Habeas Data, Araúz Sánchez Heriberto p. 31

³² “Habeas Data” Castiglione, Eduardo

CAPITULO III. EL HABEAS DATA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS.

3.1 Origen y evolución y su incorporación en la legislación ecuatoriana.

Luego de conocer que son y cuáles son los Derechos fundamentales, y comprender que el Habeas Data esta dentro de esta clasificación de los derechos, es necesario precisar el origen histórico del Habeas Data ya que eso nos ayudará a comprender su razón de ser, una correcta comprensión del pasado, nos proyecta hacia la comprensión del presente y el futuro venidero.

Para esto debemos remontarnos a 1789, época de la Revolución Francesa que fue sin duda el paso más trascendental en el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano como se había visto en el capítulo precedente. Nos referimos a derechos tales como, la inviolabilidad de la vida, a la integridad personal, a la libertad, a la igualdad ante la ley, y como declara los artículos 14 y 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

“Artículo 14. Todos los ciudadanos tienen el derecho de constatar, por ellos mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de hacer el seguimiento de su empleo, determinar la cuota, la base imponible, la cobertura y la duración.

Artículo 15. La sociedad tiene el derecho de solicitar cuentas a todo agente público sobre su administración”

Como vemos, estos artículos podrían constituir un verdadero precedente en cuanto a la divulgación que deben tener los datos de carácter público, criterio éste al cual no podemos adherirnos, por no tratarse de “información personal” y “privacidad” los bienes jurídicamente protegidos; sino más bien se trata de datos de carácter tributario y administrativo. Pero realmente si buscamos un antecedente, estos artículos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano constituyen el principio respecto de la exigibilidad de obtener

información de parte de los mandatarios, más no de una verdadera protección y accesibilidad a información de carácter personal.

No es sino hasta el siglo XX y en etapas avanzadas en que nace la inquietud por la protección de la integridad moral de las personas frente a informaciones referidas a su personalidad; una de las pioneras es la constitución de Grecia que en 1975 declaraba;

“Artículo 10. 1.-Toda persona, por su propia cuenta o en conjunto con otras, tendrá el derecho observando la legislación vigente, de presentar peticiones escritas a las autoridades públicas, que estarán obligadas a tomar medidas inmediatas conforme las disposiciones vigentes y a dar una respuesta escrita y razonada al peticionario conforme a la ley.

2.- No se autorizará la persecución del peticionario por las infracciones eventualmente contenidas en la petición sino después de acuerdo definitivo de la autoridad a la cual iba dirigida la petición con autorización de la misma

3.-Toda solicitud de información obliga a la autoridad competente a contestar en la medida en que la ley lo prevea.”³³

A pesar de esto el primer antecedente histórico conocido es el “Act. Privacy” de 1974 dictado en los Estados Unidos a raíz de los sucesos del denominado escándalo de Watergate, una cuestión de espionaje en el hotel del mismo nombre del famoso escándalo, en el que el varios hombres del presidente intentaron instalar varios micrófonos en una habitación del hotel para espiar al miembros del Partido Demócrata, escándalo este en que el entonces presidente Nixon se vio involucrado.³⁴

³³ http://constitución.es/otras_constituciones/europa/txt/constitución_grecia.html

³⁴ <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/01/internacional/1117593594.html>

Por otra parte en Europa, concretamente en Francia tenemos como antecedente la ley de 6 de enero de 1978 denominada *Imformtique aux fichiers et anx liberte*.³⁵

Portugal, por su parte es el primer país europeo en incorporarlo en su constitución, en el año de 1976, sentando un importante precedente, mencionando, ya no solo el acceso y derechos alrededor de este primero sino también el uso de la informática para fines de modificación o tratamiento de datos de carácter privado, ya sea religioso, político, etcétera, exceptuando casos de datos para fines estadísticos nada más.³⁶

Otros países europeos siguieron el ejemplo de Portugal y de la corriente Estadounidense de protección de datos de carácter personal, por ejemplo; España en 1978, Holanda en 1983, Gran Bretaña que en 1984 promulgó la ley “DATA PROTECTION ACT” que regula aspectos relacionados con la intimidad y la privacidad de las personas, y en países de América Latina, es en el año de 1988 que en Brasil se incorpora la figura del Habeas Data en el Art. 5 inciso XXXIII de su constitución.³⁷

Y, como decíamos, en América Latina, esta manera de protección a las personas y su integridad permitiendo el acceso a datos (no solo acceso sino también otros derechos que veremos más adelante) se incorpora en primer lugar en la constitución brasileña, en el año de 1988 este amparo o recurso que asegura a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, es decir, el Habeas Data.

“Art. 5. XXXIII.- Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general que serán suministradas dentro del plazo de ley, bajo pena de responsabilidad, salvo

³⁵ “El Juicio Especial por la Acción de Habeas Data” García Falconí, José

³⁶ “La Acción de Habeas Data” Araúz Sánchez, Heriberto

³⁷ “El Juicio Especial por la Acción de Habeas Data” García Falconí, José

aquellas cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad o del Estado.”³⁸

La constitución peruana de 1993 también incorpora en su artículo 200 como garantía constitucional la acción de Habeas Data.

En la constitución de Argentina no es sino hasta 1994 en que se incluye al habeas data como una nueva área de tutela jurídica y dice literalmente en su artículo número 43.

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo... ..para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos...”³⁹

Claramente vemos que la legislación argentina no califica como tal a la acción de Habeas Data, sino más bien como un Amparo pero encaminado precisamente a resolver los mismos problemas que la acción de Habeas Data esta llamado a resolver.

Incorporación en la Legislación Ecuatoriana.

Por fin aunque como es de saber un poco tarde, se incorpora esta figura del Habeas Data a nuestra Constitución y ordenamiento jurídico, con la reforma realizada en el 18 de junio del año de 1996 R.O. No. 969, con el siguiente texto;

³⁸ http://constitución.es/otras_constituciones/america/txt/constitución_brasil.html

³⁹ Constitución de la Republica Argentina

“Del Hábeas Data

Art. 30.- Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad.

Igualmente, podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación, o anulación de aquellos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional”⁴⁰.

Anteriormente, y por un momento, fue el Art. 94 el que contenía el principio fundamental respecto de la acción de Habeas Data, pero actualmente es el Art. 92 de la Constitución del Ecuador 2008 el encargado de regular esta institución.

Como podemos observar, es precisamente en esta sociedad tecnológica desarrollada en la que el ciudadano brinda a diario información sobre su persona y hasta sus bienes, y es ahora mucho mas sencillo que en tiempos pasados, que toda esta información que se halle registrada en archivos o bancos de datos sea utilizada indebidamente, y mas aun con el avance tecnológico evidente que llevamos, gracias al cual es tan sencillo almacenar y consultar información de cualquier tipo, o de cualquier individuo, información que puede contener datos acerca de cualquier punto de la personalidad de un ciudadano, ya sea tendencias sexuales, políticas, religiosas, o bien sea la cantidad de dinero o bienes que este posea; precisamente para evitar el mal uso de la de toda la información contenida en archivos o bases de datos es que se encuentra en desarrollo aún, la figura del Habeas Data, muestra de ello es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigencia desde el año 2000 en los países que la conforman que nos dice en el Capítulo II De las Libertades;

“Artículo 8. Protección de datos de carácter personal Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se

⁴⁰ Constitución Política de la Republica del Ecuador

tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”⁴¹

La incorporación tardía en el texto constitucional ecuatoriano, y el antecedente mencionado de la Comunidad Europea de Naciones, nos conduce a pensar, que en el Ecuador, una acción de tan trascendental importancia, no ha sido debidamente legislada, falta todavía mucho por hacer.

3.2 Concepto y definición.

Tal como se acostumbra en la enseñanza universitaria, es necesario siempre partir por lo esencial, por lo básico y para comprender mejor un tema es indudable la necesidad de acudir a la raíz de las palabras.

Etimológicamente, Habeas Data proviene de dos raíces según nos explica la doctrina, una en latín y otra en inglés, la palabra Habeas conocida por nosotros además por la figura que nada tiene que ver con el objeto de nuestro estudio, el Habeas Corpus, significa “conserva o guarda”.⁴²

Y Data proviene del inglés Datum, la palabra Data es precisamente su plural y que traducido al castellano significa Datos.

En definitiva Habeas Data no es más que la conjunción de dos expresiones en diferentes idiomas pero que quieren explicar el concepto de “que tengan los datos” o que “conserven los datos”, en conclusión la posibilidad de conocer datos propios en posesión de terceros.

⁴¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

⁴² Diccionario Latino-Español por Vicente Blanco

Una vez explicado y analizado el origen etimológico de Habeas Data, procederemos a tratar de esbozar y llegar a una definición acertada del concepto de Habeas Data para lo cual recurriremos a varias definiciones de verdaderos maestros en el campo del Derecho partiendo siempre de conceptos preliminares que abarcarán prácticamente todos los conceptos a citarse lo que nos ayudará a la comprensión del tema.

Garantía, Derecho o Remedio Legal: Se lo considera de esta manera ya que como se ha venido afirmando se trata de un mecanismo de defensa que en la actualidad muchos tratadistas consideran debe existir imperativamente en un estado de derecho para que todos los miembros de una sociedad puedan acceder a un medio eficaz de proteger su derecho fundamental a la intimidad e incluso otros que serán analizados más adelante.

El habeas data surge como garantía al derecho a la intimidad como producto del desarrollo de las sociedades modernas y de los cambios de almacenamiento de información de carácter personal lo cual aumenta el inminente riesgo de difusión de la información sin autorización del titular de la misma; y surge precisamente como una “garantía constitucional que brinda protección a un derecho fundamental específico – el derecho a la intimidad -”⁴³

Y es tanto una garantía, que autores como Ángela Mainardi lo consideran como una especie del género Amparo que a lo largo de la historia del derecho constitucional se ha constituido en una verdadera herramienta de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados y la referida autora nos enseña diciendo:

“La acción de habeas data es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinadas a proveer informes, y a exigir su

⁴³ ⁴³ “La Acción de Habeas Data” Araúz Sánchez, Heriberto p. 36

supresión, rectificación, confidencialidad o actualización en casos de falsedad o discriminación”

Debido a las ya mencionadas necesidades y peligros es preciso entonces que una institución como el habeas data o el amparo protejan de manera constitucional los derechos fundamentales posiblemente afectados y digo constitucional ya que un ámbito legal no cumpliría con la condición necesaria de eficacia para la protección de un derecho considerado como fundamental, como constitucional por que no bastaría una ley para regular tan importante institución que esta llamada a proteger el intrínseco derechos de las personas a la privacidad e intimidad contando con los oportunos elementos e instrumentos constitucionales para ampararlos.

Toda persona: Y es que el habeas data protege tanto a personas naturales como jurídicas; esto es lógico ya que la empresa, las instituciones públicas o privadas también están expuestas tanto o más que el ser humano a que su información “de carácter personal” sea divulgada, estados financieros, información de los accionistas, etcétera.

El caso de las personas naturales posiblemente afectadas realmente no reviste de dificultad pero cuando hablamos de personas jurídicas, parece no encajar el concepto.

Pero si partimos del concepto del argentino Vélez Sársfield de persona jurídica diciendo precisamente que es aquella que no siendo una persona física puede contraer obligaciones y adquirir derechos pero siempre con un estatuto y finalidad jurídica peculiar, a decir del mismo autor siempre existe con un fin jurídico.

Esto nos aclara que tal como puede esta persona jurídica adquirir derechos y contraer obligaciones bien puede entonces esta misma persona reclamar un

derecho proveniente de fuente constitucional llamado a proteger su privacidad e información considerada privada y en muchos casos hasta secreto, pero eso es otro tema de estudio.

Datos: El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define Dato como aquella información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por un ordenador; documento; testimonio; fundamento; o simplemente como el antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo.

“Antecedentes para resolver un problema; conjunto de documentos, testimonios informes, noticias e indicios relacionados con alguna cosa o caso”⁴⁴

Dato personal; es la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

En este concepto no existe problema real respecto de su existencia ya que el dato e información siempre estará presente, el problema surge respecto de en que base de datos se encuentra esa información y de quien las administra.

Y no solo esto sino también el como considerar a un determinado dato e información si es pública o privada y cuando se trata de información de carácter personal y privado.

Por otra parte, el tratadista Enrique Falconí nos enseña que “Es un remedio urgente para que las personas puedan obtener el conocimiento de los datos a ellos referidos y de su finalidad, que conste en el registro o bancos de datos públicos o privados y en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos”⁴⁵

⁴⁴ “Diccionario de Derecho Usual” Cabanellas Guillermo

⁴⁵ El Juicio Especial por la Acción de Habeas Data” García Falconí, José p.54

Se debe notar en esta definición su calificación como “remedio urgente” ya que es una de las características de la acción en estudio, su trámite ha de ser de la manera más sumaria posible como veremos más adelante cuando entremos al estudio de la forma de tramitarlo que cambio de lo establecido en la Constitución de 1998 a la actual Constitución del Ecuador vigente, es decir la del 2008.

“La acción de Hábeas Data es una garantía constitucional que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten de registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación. Esta información debe referirse a cuestiones relacionadas con la intimidad no pudiendo utilizarse por terceros sin derecho a hacerlo.”⁴⁶

Entre varias publicaciones promocionadas por el gobierno de Colombia, existe una llamada “HERRAMIENTAS PARA PROTEGER NUESTROS DERECHOS HUMANOS” y en esta publicación se dice que el Habeas Data “Consiste en el derecho a estar informado sobre los datos que se manejan sobre uno en los organismos del Estado o entidades privadas, y a que estos sean fidedignos. Es un derecho que se ejerce a través de las acciones de tutela, petición e información.”

En la página web de la Defensoría del Pueblo en Venezuela, se da una definición como parte de su campaña de información al público que dice “La acción se define como el derecho que asiste a toda persona (identificada o identificable) a solicitar judicialmente la exhibición de los registros (públicos o privados) en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación”⁴⁷

46 Hábeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la persona. Chanamé Orbe, Raúl p3.

⁴⁷ <http://www.defensoria.gov.ve/lista.asp?sec=160407>

El Doctor Orlando Alcivar Santos dice; “El Habeas Data constituye en suma el cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, la que en los de la primera generación corresponde al Habeas Corpus respecto de la libertad física de la persona”.

Como se ve claramente este concepto no solo abarca la noción de protección de la privacidad e intimidad del ser humano sino también manifiesta que la informática precisamente facilita el hecho de desprotección de tan importantes derechos del hombre y además se hace un símil muy ilustrativo respecto del Habeas Corpus y el Habeas Data en sus respectivas etapas de desarrollo en la historia de los derechos fundamentales, tal como se precisó en el primer capítulo de este Trabajo.

“El Habeas Data es un instrumento, que sirve para controlar la calificación de datos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su posible transmisión”⁴⁸

Pablo Andrés Palazzi, en una reseña de Jurisprudencia Argentina de 1994 a 1997, define al Habeas Data como “...una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer información y a exigir en caso de falsedad o discriminación su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.”⁴⁹

Como vimos anteriormente la legislación en Argentina califica al Habeas Data como una modalidad de Amparo, criterio este no susceptible de ser compartido actualmente ya que como sabemos la acción de Habeas Data es una acción

⁴⁸ “El Juicio Especial por la Acción de Habeas Data” García Falconí, José p55

⁴⁹ RESEÑA DE JURISPRUDENCIA: Habeas Data 1994- 1997 por Pablo Andrés Palazzi.

independiente encaminada a resolver precisamente un nuevo problema que el Amparo Constitucional no estaba llamado a hacerlo.

En definitiva y analizando todas las definiciones citadas y comentadas anteriormente, podemos asegurar que el Habeas Data no es más que una acción que tiende a proteger a las personas contra calificaciones sospechosas incluidas en registros que pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo y que los puntos en que todos los tratadistas concuerdan a saber son los siguientes:

El hábeas data tiene cinco objetivos principales:

- a) que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos;
- b) que se actualicen datos atrasados;
- c) que se rectifiquen los datos inexactos;
- d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros; y,
- e) supresión del requisito de la llamada "información sensible" tal como la referida a la vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales.

El Habeas Data, nos permite entonces controlar la calidad de los datos, acceder a ellos, corregirlos, eliminarlos o simplemente cancelar los datos de carácter personal que estén en bases de datos que hayan sido mal ingresados o talvez modificados intencionalmente, pero siempre conservando la facultad de disponer sobre su posible indebido uso.

Es una garantía, un instrumento procesal, un derecho, que permite una inmediata solución por su carácter de acción que tiende a resolver los posibles abusos producto del desarrollo tecnológico al cual hemos hecho mención, para que toda persona pueda controlar la veracidad y difusión de la información de carácter personal contenidos en bases de datos.

Heriberto Araúz Sánchez en su libro “La Acción de Habeas Data” nos enseña que el Habeas Data “Es el Remedio Legal que le asiste a toda persona para exigir extra judicial o judicialmente la exhibición de registros en los cuales estén inscritos sus datos personales o familiares, para saber sobre su exactitud y dado el caso exigir la rectificación o la supresión de datos no veraces, confidenciales o exigir la actualización de ellos”,⁵⁰

3.3 Habeas Data como Garantía jurisdiccional.

La piedra angular de la defensa de los derechos fundamentales es el control constitucional, sostiene Humberto Nogueira Alcalá en su trabajo sobre la constitución ecuatoriana.

De la misma manera el citado autor hace una distinción entre las garantías jurisdiccionales que pueden ser brindada por los tribunales ordinarios o el constitucional, actualmente denominadas cortes provinciales, nacional y corte constitucional.

Por su especial naturaleza, los derechos fundamentales y en nuestro caso específico el derecho a la privacidad y todos aquellos que giran alrededor de este, requieren de un medio especial, de un mecanismo plenamente efectivo para su defensa, este medio debe ser diferente a los establecidos en el sistema ordinario de protección judicial.⁵¹

Es por estas razones que se han creado acciones específicas, como el Habeas Corpus, Acción de Protección y en nuestro caso el Habeas Data como mecanismo a la protección de los derechos fundamentales, y en el caso de ser concedidas con efectos reparadores.

⁵⁰ “La Acción de Habeas Data” Araúz Sánchez, Heriberto

⁵¹ Nogueira Alcalá, Humberto. “La Constitución ecuatoriana y los derechos económicos, sociales y culturales.

3.4 Objeto y Derecho que Protege el Recurso de Habeas Data.

De la naturaleza jurídica misma del Habeas Data, de su origen histórico, colegimos que la intimidad es esencialmente el derecho o bien jurídico tutelado por la acción que ocupa nuestro estudio; claro esta como en todos los aspectos del derecho y la ciencia, que habrá diversas interpretaciones como cuantos autores traten de definir; por ejemplo algunos autores entre ellos Néstor Sagües, sostiene que lo que se preserva son los principios constitucionales de verdad y justicia, Fernando Maresca por su parte sostiene que “sería sabio adoptar un criterio amplio y abarcador de dichos derechos personalísimos que, a fin de cuentas comparten un denominador común: El reconocimiento de la dignidad humana”⁵²

Sin embargo de esta diversidad de criterios que posiblemente pueda existir, podemos observar que en cada uno de ellos existe la posibilidad de llevarlo a la conclusión definitiva que el bien jurídico tutelado es el derecho a la intimidad definiendo a la intimidad como la capacidad de decidir por uno mismo de qué forma y con quién se pueden compartir la información y datos propios de nuestras vidas; y es que siempre se debe tener la conciencia de que cada persona decidirá como y si quiere transmitir su información o datos personales, salvo que exista una orden judicial de hacerlo.

Así, incluso si una persona concediera el permiso necesario para acceder a su información de carácter íntimo o privado, este acceso no puede sobrepasar los límites del permiso concedido, publicándola por ejemplo; al respecto Enrique M. Falcón nos enseña que “...la tutela del derecho a la intimidad debe ejercitarse frente a cualquier penetración, intención, atisbo u hostigamiento; dicho amparo tiende a resguardar la intangibilidad de la reserva de la vida privada del individuo y su entorno familiar, sustrayéndola del comentario público...”⁵³

⁵² www.argentina.derecho.org/cn/derechoinformatico p.6

⁵³ “Habeas Data” Falcon, Enrique M. p 43

Al respecto debemos advertir que el tratadista se refiere al habeas data como amparo y no como acción ya que se trata de un autor argentino en cuya legislación el habeas data es tratado como un amparo constitucional especial.

El habeas data por su naturaleza jurídica, y por los antecedentes históricos que lo preceden, tiene ciertos objetivos u objetos con los que debe cumplir, y precisamente es en nuestra anterior Ley de Control Constitucional que establecía dichos objetivos.

Art. 35.- El hábeas data tendrá por objeto:

- a) Obtener del poseedor de la información que este la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica,
- b) Obtener el acceso directo a la información;
- c) Obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y,
- d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no la ha divulgado.

La Constitución del Ecuador vigente recoge estos mismos principios en su Art. 92 en el Capítulo de las garantías jurisdiccionales diciendo:

“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.”

Entonces se coincide con los criterios antes expuestos de que el habeas data brinda a las personas el derecho a, conocer de la existencia, acceder, conocer el uso, actualización, rectificación, eliminación o anulación de los datos que sobre ella se tenga en bases de datos de entidades públicas o privadas.

Como se aprecia en nuestra legislación también, el bien jurídico objeto de la protección por parte de la acción de habeas data, es precisamente la privacidad o intimidad de las personas, ya que este en los últimos años, como bien se analizó previamente, a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha sufrido ataques de diversas formas que antes simplemente eran imposibles, como la divulgación de información mediante redes de computación, ya sean estas domésticas, o redes aun mayores en las que circulan datos como la Internet, esto hace 60 años era aún insospechado para el común de las personas, aunque no era imposible, por que como sabemos es en la Segunda Guerra Mundial donde se realizan las primeras transferencias de datos mediante redes electrónicas.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la privacidad como aquel “Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”

Entendemos a la privacidad como el ámbito de la vida de una persona que se desarrolla en un espacio individual, protegido por las leyes básicas de cualquier democracia.

Se incluye dentro del ámbito privado de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, intimidad, salud, comunicaciones electrónicas privadas, etc.

Por su parte Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental define a la palabrada privado como algo “Particular, en contraposición a lo que tiene carácter público, solemne u oficial. Atinente al individuo en las relaciones de derecho privado. Personal. Doméstico. Familiar”⁵⁴

En el texto del doctor José García Falconí, de su libro “Manual de Práctica Civil, Él considera que los derechos o bienes jurídicos que protege el habeas data son:

“El derecho a la intimidad
El derecho a la imagen
El derecho a la información
El derecho al honor
El derecho a la identidad
El derecho a la libre elección sexual”⁵⁵

Si partimos de la idea sugerida por el doctor Falconí concluimos que el derecho esencial protegido es el derecho a la intimidad o privacidad del cual se derivan otros varios derechos conexos.

Dentro de los derechos citados, como bienes jurídicos protegidos por la acción constitucional de Habeas Data, encontramos varios, que constituyen en si el derecho de cada persona a la privacidad y a la protección de su integridad e intimidad personal, pero al decir de algunos autores, podemos encontrarnos en una encrucijada en este punto, ya que otro derecho de los señalados anteriormente como protegidos por el habeas data es precisamente el derecho a al Información,

⁵⁴ Diccionario Jurídico Elemental Cabanellas , Guillermo.

⁵⁵ , Manual de Práctica Civil, José García Falconí p.108

derecho este que actualmente, dado el gran avance tecnológico en materia de computación es reclamado principalmente por los conocidos en el argot de la navegación en Internet como HACKERS, quienes precisamente proclaman el derecho a la libre información, amparándose en los principios constitucionales y universales de que todas las personas tienen derecho al libre acceso a la información, pero es aquí donde nace una gran duda, ¿Este principio habla de todo tipo de Información?.

Otro punto interesante es el hecho de que las personas, están en la capacidad de mediante un proceso mental, discernir que información acerca de si mismo pretende o simplemente quiere dar a conocer, y si este derecho o potestad de cada persona a la privacidad, es violado, se podría solicitar una acción de Habeas Data, y, ¿donde queda el derecho al libre acceso a la información?, derecho este establecido en la propia constitución.

Para rebatir este punto de vista, simplemente se ha de afirmar que el derecho al libre acceso a la información es de carácter público, se refiere a la rendición de cuentas de las autoridades al pueblo y a la ciudadanía en general, pues como sabemos, cualquier persona podrá acceder a esta información, a menos que se trate de las excepciones establecidas como el caso de información relacionada a la seguridad nacional, y de esta misma manera habíamos dicho, cada persona podrá elegir su información personal y privada que desea compartir.

No es lo mismo entonces, la información que pretende proteger la acción de Habeas Data y los datos a los que se refiere la Constitución al hablar de libre acceso a la información, el habeas data como decimos protege el derecho a la privacidad, a la intimidad de la personas y toda la información que a ellas se refiera, como son la orientación sexual, religión, datos financieros, etc.

El habeas data garantiza la vida privada de una persona, el hecho de que nadie viole este derecho difundiendo informaciones, destinadas por cada persona a estar en secreto, es decir que sean manejadas sin su consentimiento.

Los motivos esenciales por los que procede el Habeas Data, se colige, que serán cuando los registros o bases de datos incluyan información inexacta desactualizada o discriminatoria y se aplica con los siguientes objetivos:

- 1) Acceder a la información.
- 2) Conocer su finalidad, a fin de fundamentar con precisión su hipotético agravio.
- 3) Exigir la supresión, cuando consten datos absolutamente privados que puedan lesionar su intimidad.
- 4) Exigir la rectificación, esto es la corrección de la información.
- 5) Exigir la actualización de los datos.
- 6) Exigir la confidencialidad de los datos.

De estos objetivos citados la legislación ecuatoriana los recogía en el Art. 35 de la Ley de Control Constitucional como se había mencionado y actualmente en el Art. 92 de la Constitución del Ecuador, regulado por las disposiciones comunes a las Garantías Jurisdiccionales establecidos a partir del Art. 86 de la citada constitución; varios autores señalan entonces que el Habeas Data busca la cesación o prevención de daños o personas físicas o jurídicas ante un rechazo o negación se sus derechos de libertad informática y autodeterminación informativa, por lo que constituye un instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos básicos en el Estado de Derecho.

A conciencia de tal vez caer en una suerte de redundar citaré lo expuesto por el doctor Ángel Ekmekdjian tratadista argentino mencionado por José García Falconí en su libro “El juicio especial por la acción constitucional de Habeas Data”.

1. Acceder a los registros para controlar los datos propios y del grupo familiar.
2. Actualizar los datos obsoletos o corregir los inexactos.
3. Asegurar la confidencialidad de ciertos datos.
4. Omitir o cancelar datos de la información considerada sensible cuya divulgación podría lesionar gravemente el derecho a la intimidad.”⁵⁶

Se debe tener siempre presente que toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en cualquier forma de registro o base de datos, la finalidad de esa información y a exigir su rectificación y actualización.

El objeto del Habeas Data es proteger a la persona frente al tratamiento sobretodo de carácter electrónico de sus datos y a la vez ofrecer una defensa procesal frente a la discriminación o cualquier otra forma de abuso o violación de los derechos fundamentales producto de la divulgación de información de tipo privado o íntimo motivado por el avance tecnológico para de una forma efectiva proteger los llamados derechos fundamentales de tercera generación entre los cuales está el habeas data como acción idónea y efectiva para que se respete el derecho a la intimidad y a la privacidad posibles objetos de violaciones por el avance de la técnica de acceso y divulgación de información y datos de todo tipo, consagrando la posibilidad de rectificar, actualizar, eliminar o anular datos personales contenidos en cualquier base de datos.

Colegimos por tanto que el habeas data abarca los siguientes derechos.

- 1) Protección al derecho a la intimidad.
- 2) Derecho a conocer su información de carácter personal.
- 3) Derecho a la rectificación de su información.

⁵⁶ El Juicio Especial por la Acción Constitucional de Habeas Data, García Falconí, José p.66

- 4) Derecho a la no discriminación producto de la divulgación de información sea o no errónea de carácter personal.
- 5) Protección de los Derechos Fundamentales:
 - a. El derecho a la Intimidad
 - b. El derecho al honor.
 - c. El derecho a la imagen
 - d. El derecho a la identidad
 - e. El derecho a la libre elección sexual.
 - f. Todos los derechos personalísimos inherentes a la personalidad y a la esencia del hombre.

3.5 Aplicación del Habeas Data. (Cuando Procede)

Para poder iniciar el recurso de Habeas Data, este derecho nace en el momento mismo en que los datos son incorporados al registro o banco de datos, puesto que en nuestra legislación no existe plazo alguno respecto del tiempo para presentarlo, plazo que realmente si existe en otras legislaciones, cuestión esta que veremos más adelante cuando analicemos al Habeas Data en el derecho comparado.

El Habeas data podrá presentarse cuando se dé la existencia lesiva de una información falsa o discriminatoria o exista negativa para adecuarlos o actualizarlos.

El Art. 92 de la Constitución del Ecuador establece que:

“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.”

Tal como se aprecia de la lectura del precedente artículo, se podría concluir que el Habeas Data puede ser tan solo presentado por personas “...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...”; pero que sucede cuando en razón de un interés legítimo de un sujeto o una colectividad se requiere acceder a información ajena en razón de este legítimo interés?

A esta figura de acceso a información ajena por motivo de un interés legítimo de un sujeto o una colectividad, el Dr. José García Falconí lo califica como Habeas Data Impropio ya que de todas maneras se solicita el acceso a información contenida en registros o bases de datos pero con la salvedad de que realmente no existen en ellos datos de carácter personal, sino más bien datos que afectan a la persona que pretende dichos datos este podría ser el caso de un concurso público en el que se requieren los datos del ganador de dicho concurso para comprobar su legítimo triunfo dejando en claro que no ha sido favorecido ilegalmente perjudicando a un tercero afectado en sus derechos.

3.6 El Proceso de Habeas Data.

3.6.1 Derechos de quien solicita la acción de Habeas Data.

Sobre este punto debemos decir que tanto doctrinariamente como así lo ha recogido la actual Constitución del Ecuador, a quién solicita la acción de Habeas Data se le confieren, en caso de ser aceptada la petición, ciertos derechos que hemos visto pero es necesario recordarlos antes de empezar a analizar el procedimiento de la acción de Habeas Data; a saber los derechos concedidos son:

- a) Como es lógico y en primer lugar el acceso a la información para poder conocerla y poder establecer si existen otros derechos.
- b) Derecho a la supresión de la información.
- c) Derecho a la rectificación para convertir información falsa en veraz.
- d) Derechos a la actualización o inclusión de información en el caso de la base de datos estar incompleta.
- e) Derecho a la confidencialidad, esto por el tipo de información del que pueda tratarse.

Reconocemos cada uno de estos derechos en el Art. 92 de la Constitución del Ecuador.

a) Derecho al Acceso: "...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."

b) Actualización, rectificación y eliminación o anulación: "... 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.

c) Confidencialidad: “... 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.”

Estos derechos como decíamos tradicionalmente se han otorgado al solicitante del Habeas Data pero la Constitución del Ecuador, en el mismo artículo 92 inciso final nos dice al referirse precisamente a los derechos que tiene la persona solicitante que “Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.”, entonces vemos que además de los mencionados derechos, al solicitante también se el concede el derecho de acudir ante una instancia diferente en el caso de su petición no haber sido aceptada en el trámite previsto en la Constitución.

2.6.2. Procedimiento.

Una de mis inquietudes más grandes durante la época de estudiante en las aulas de la Universidad, siempre fue conocer real y efectivamente los trámites, y es que mucho se habla de ellos en las aulas pero nunca, al menos en mí caso pude ver una demanda, es por eso que una vez que haya concluido con una breve explicación del nuevo procedimiento establecido en la Constitución del Ecuador del 2008 intentaré establecer un modelo de demanda que contenga todos los puntos que veremos a continuación.

De acuerdo a lo que se establece en el Capítulo tercero de las Garantías jurisdiccionales en las disposiciones comunes aplicables a las Garantías Jurisdiccionales que dice: “Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”

Del texto constitucional, se deduce que toda persona ya sea esta de carácter natural o jurídico, nacional o extranjera, esta en la capacidad, y de ser el caso, en el derecho de solicitar esta acción.

Con la Constitución de 1998 los aspectos de procedimiento estaban regulados en la llamada Ley de Control Constitucional pero como ya se dijo, ahora la propia Constitución regula estos aspectos, estableciendo principios generales que rigen para todas las Garantías Jurisdiccionales y entre ellas la acción de Habeas Data

“Art. 86.

No. 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.

b) Serán hábiles todos los días y horas.

c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad requerida no demuestre lo contrario o no suministre la información requerida; la jueza o juez

resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla; ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

4.- Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

5.- Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.”

Lo que se pretende con la nueva Constitución y estas reformas de procedimiento es darle el trámite de juicio sumario, todas las legislaciones son enfáticas en señalar que el procedimiento aplicable a la acción de Habeas Data sea sumarísimo, “esto se debe a la naturaleza del derecho que se pretende proteger y los perjuicios que se puedan ocasionar si el procedimiento no es rápido”⁵⁷

- Quienes pueden presentar la acción.

Cuando todavía estaba en vigencia la Constitución Política del Ecuador de 1998, era la Ley de Control Constitucional la encargada de establecer los aspectos procesales del Habeas Data y otras instituciones, y al respecto de nuestra materia decía:

⁵⁷ Castiglione, Eduardo “Habeas Data”.

“Art. 34.- Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre sí mismas o sus bienes están en poder de entidades públicas, de personas naturales o jurídicas privadas, así como conocer el uso y finalidad que se les haya dado o se les esté por dar, podrán interponer el recurso de hábeas data para requerir las respuestas y exigir el cumplimiento de las medidas tutelares prescritas en esta Ley, por parte de las personas que posean tales datos o informaciones.”

Principio este recogido de manera más simple en la actual Constitución como ya habíamos señalado en las reglas comunes a todas las Garantías Jurisdiccionales;

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”

Pero en la anteriormente vigente Ley de Control Constitucional, en su artículo 45 decía;

“Art. 45.- Están legitimados para iniciar y continuar los procedimientos previstos en esta sección, no solo, las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a ello, sino también los padres, tutores y curadores en nombre de sus representados.

Al parecer en la actual Constitución en las disposiciones comunes a las que hacemos referencia, al legislador aparentemente “se le olvidó” ahondar en este aspecto, pero si entendemos bien y atendemos a la letra de la Constitución, claramente se dice “Cualquier persona” lo que se entiende desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, ya que como dice Ramiro Ávila

Santamaría “al estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuando hay violaciones y se corrijan las actuaciones atentatorias a los derecho.”⁵⁸

Entonces debemos decir que pueden presentar la acción:

Persona Naturales;

Persona Jurídicas;

Nacionales o Extranjeras.

Padres tutores o curadores en nombre de sus representados;

El representante legal de una persona jurídica; y,

Los herederos de una persona difunta.

Es decir, según todas estas personas enumeradas en la ley, existe una amplia gama de posibilidades para que todas ellas puedan presentar ante la autoridad competente la acción de Habeas Data, y se deja ya de lado el límite establecido en la Constitución de 1998 de que no podrá una tercera persona ajena a las que tienen el interés en el recurso presentarlo por que esta corresponde solo a la parte efectivamente afectada, se establece actualmente que los derechos fundamentales son universales y de interés de toda la comunidad y el Estado y por ese motivo se concede a “Cualquier persona” la prerrogativa de presentar un recurso constitucional cuando un derecho fundamental se vea afectado.

Aunque; y, como réplica a lo anotado, debemos decir que al menos en el caso de la acción de Habeas Data resulta dudoso que una persona que no tenga legítimo interés interponga el recurso por alguien más, la constitución actual nos deja abierta esta puerta ya que no existe un real y efectivo límite al acceso a la acción por parte de un tercero.

⁵⁸ Ávila Santamaría, Ramiro “Las Garantías, herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos” p. 94

Las personas jurídicas también tienen la capacidad de solicitar la acción, pero esto como una forma de protección más bien de carácter económico y financiero por informaciones erróneas que puedan existir al respecto de determinada persona jurídica, ya que como sabemos incluso por la evolución antes citada del habeas data en la historia este fue creado más bien en función de la necesidad de proteger derechos inherentes a los seres humanos como son el derecho a la honra a la libertad de culto y sobre todo a la integridad.

- Quienes pueden ser demandados.

“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.”

De la simple lectura del texto Constitucional deducimos que quienes pueden ser demandados son todas las personas jurídicas o entidades como hace referencia la constitución, públicas y privadas que tengan en su poder información o datos personales del accionante que pretende el conocimiento de dicha información.

Del hecho de que una persona de las mencionadas sea demandada, correlativamente nace la obligación para esta de, no poder negarse a brindar la información, a menos que esta información verse sobre, secretos profesionales, seguridad nacional, documentos declarados como reservados.⁵⁹

Tal como nace esta mencionada obligación para el demandado, nace la obligación para el actor o demandante, de justificar que la persona a quien se pretende brinde la información, sea esta pública o privada, sea quien posee los datos solicitados, y

⁵⁹ García Falconí, José. “El Juicio Especial por la Acción Constitucional de Habeas Data”

lógicamente si estos datos son erróneos o desactualizados también deberá probarse.⁶⁰

- El juez competente.

El juez competente para conocer de los casos de Habeas Data, como lo señala el Art. 86 de la Constitución su numeral segundo;

“2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento”

Esto cambia respecto de la Constitución de 1998 ya que en la anterior Ley de Control Constitucional, se establecía como juez competente el del domicilio del poseedor de la información, tal como lo manifestaba el artículo 37 de la Ley de Control Constitucional.

En definitiva se observará lo dispuesto en el Art. 86 y 87 de la Constitución del Ecuador en lo que se refiere a las disposiciones comunes a las Garantías Jurisdiccionales.

1. La demanda de habeas data se presenta ya sea de manera oral o por escrito y se elimina la necesidad de un abogado que patrocine la acción con el propósito de dar mayor celeridad y por un principio, entendemos, de economía procesal.

2. El Juez avoca conocimiento de la Acción y convoca a una audiencia pública, audiencia esta que en el caso del Habeas Data y por obvias razones considero no debería hacerse de manera pública ya que lo que se trata de proteger en el caso de la acción de habeas data como habíamos visto anteriormente es precisamente la privacidad, intimidad y demás derechos que giran alrededor del ser humano y su privacidad.

⁶⁰ García Falconí, José. “El Juicio Especial por la Acción Constitucional de Habeas Data”

3. Anteriormente se notificaba a la contraparte mediante la oficina de citaciones pero según lo establecido en el actual Art. 86 numeral segundo literal “d”;

“d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.”

Esto quiere decir que cualquier medio es idóneo para la citación, desde una llamada telefónica hasta un e-mail, debemos entender que esta supresión de formalidades a las lleva la actual Constitución son con el afán de proteger de una manera más eficaz la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por este tipo de acciones.

4. El día y hora señalados por el juez se celebra la audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas.

5. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial.

Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

6. Además el Art. 87 también concede la posibilidad de ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Todos estos cambios respecto de la constitución de 1998 establecen que “las garantías son tanto cautelares como de fondo o conocimiento”⁶¹ y con el fin de evitar que pese a lo que establecía respecto de ser un trámite de carácter sumario se vea frenado por prácticas burocráticas llevándolo como había citado a algunos autores a un proceso sumarísimo.

Tal como había indicado al iniciar este tema de mi trabajo de investigación, manifestaba la inmensa curiosidad y vacío que se provoca muchas veces en las aulas al hablar de temas prácticos sin acercar al alumno a la praxis misma de lo estudiado, es por eso que ahora y a partir de lo estudiado, realizaré un modelo de demanda, a pesar de que como nos enseña la Constitución del Ecuador, se lo pueda hacer oralmente, y libre de formalidades; pero todos sabemos que si muchas veces un alumno de la Escuela de Derecho no está capacitado para realizar una demanda de este tipo, mucho peor un ciudadano que probablemente desconozca de los pormenores de las acciones protectoras de los derechos fundamentales, es así que a mí parecer la acción de Habeas Data deberá presentarse de la siguiente manera.

1.- INDICACIÓN DEL JUEZ O JUEZA COMPETENTE.

2.- GENERALES DE LEY

3.- IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA O DEL PARTICULAR DEMANDADO.

4.- INDIVIDUALIZACIÓN DEL BANCO DE DATOS.

5.- FUNDAMENTOS DE HECHO.

6.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

7.- DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑA

8.-PRETENSIÓN, PETICIÓN EXACTA Y DETALLADA.

9.- CUANTÍA.

⁶¹ Ávila Santamaría, Ramiro “Las Garantías, herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos” p. 94

10. TIPO DE TRÁMITE.

11. NOTIFICACION AL DEMANDADO.

12.-NOTIFICACIONES POSTERIORES Y AUTORIZACIONES.

Y es que estos pasos que considero deben seguirse, a pesar de lo establecido en el Art. 86 de la Constitución Ecuador, son una guía, por un simple y fundamental hecho, así como la Constitución intenta presentar los principios de ser;

- “a) Un procedimiento preferente y sumarísimo,
- b) Es un trámite informal,
- c) Economía procesal,
- d) Celeridad; y,
- e) Eficacia”⁶²

El profesional debe a mi modo de ver, también presentar su pretensión y pruebas listas para que el Juez pueda dictar una sentencia o resolución correcta; y, por otra parte también se debe dar a la contraparte nuestros argumentos y pretensiones de manera clara, ya que como deducimos de la lectura del Art. 86 de la Constitución numeral tercero, “...Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información...”, como vemos la carga de la prueba le corresponde al demandado, y nuestra petición en el caso específico del habeas data deberá referirse a los derechos de:

- a) Actualización,
- b) Rectificación,
- c) Acceso,
- d) Eliminación,
- e) Exclusión; y,
- f) Confidencialidad.⁶³

⁶² Sánchez Zuraty, Manuel “Todos los Juicios”

3.7 El Habeas Data en el contexto actual y el Derecho comparado.

Como parte de los objetivos de este trabajo de investigación, me había propuesto entre ellos el de demostrar el lento avance de nuestras instituciones jurídicas respecto de las legislaciones que consideramos pioneras en aspectos como el derecho informático y la protección de datos, es por ello que a continuación, mencionaré muchos de los avances logrados por diversos países y sus legislaciones para así poder concluir el referido lento desarrollo de nuestras instituciones jurídicas respecto de terceras legislaciones, claro está, todo esto comprendiendo que en las naciones de la Comunidad Europea o del Norte de América han dejado ya de preocuparse por temas más básicos y trascendentales que todavía aquejan a los países “en vías de desarrollo” como el nuestro.

Anteriormente en este trabajo, cuando se analiza la historia del Habeas Data, se menciona que Portugal entre los países de Europa y el mundo es pionero en constitucionalizar la protección de datos en 1976, pero como varios países de Europa entre ellos Alemania y Francia, para el año de 1991 habían aprobado ya una LEY DE PROTECCION DE DATOS,

Esta Ley va más allá aún de lo que se establece en sus textos constitucionales, tomando en cuenta aspectos de trascendencia total en este ámbito, ya que muchos de los temas en el caso de la protección de datos pueden resultar ajenos al conocimiento de un Juez ya que se trata en muchos de los casos de temas técnicos – informáticos, entonces estas Leyes recogen definiciones legales, y un régimen preciso al cual deben someterse quienes usen informática.⁶⁴

⁶³ García Falconí, José. “El Juicio Especial por la Acción Constitucional de Habeas Data”

⁶⁴ Araúz Sánchez, Heriberto. “La Acción de Habeas Data” p. 81

Por su parte Gran Bretaña, poseía ya desde el año de 1987 una Ley de Protección de Datos y lo novedoso de esta Ley es que propone la existencia de tres delitos:

1. Trasgresión elemental: Para el acceso sin autorización a los contenidos y procesos de una computadora,
2. Trasgresión grave: En los casos que se busca el acceso a un sistema informático con el propósito de cometer o ayudar a cometer un delito. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años.
3. Trasgresión más grave: Cuando se alteran intencionalmente los programas informáticos. Pena privativa de libertad superior a cinco años.

Como vemos se avanza mucho incluso ya constituyendo una especie de tipos para los diferentes casos de acceso, abuso, alteración, etcétera de información contenida en una base de datos.

Otros como Francia amplían aún más esta protección ya que además de poseer una legislación con su Ley de Protección de Datos, existe instituciones como lo es la COMISION NACIONAL PARA LA INFORMATICA Y LAS LIBERTADES, encargada, de todas las bases de datos existentes en instituciones públicas o privadas, quienes deben comunicar esta de su existencia a esta comisión y además dicha institución puede limitar o cambiar aspectos de la manipulación y funcionamiento de los sistemas informáticos, incluso las instituciones del gobierno y gobierno central están sometidas a este control a excepción del Consejo de Estado y esto por simples motivos de seguridad nacional, excepción esta que consta en la mayoría de las legislaciones en diferentes situaciones.⁶⁵

Por otro lado España con un desarrollo diferente al de sus pares europeos por obvias situaciones, desde el año de 1978 reguló ya el uso de la informática en

⁶⁵ Araúz Sánchez, Heriberto. “La Acción de Habeas Data” p. 86

contra de la protección de los datos, pero de manera insuficiente ya que su constitución simplemente decía:

“Art. 18 numeral 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁶⁶, situación esta que deja en un simple enunciamiento un intento por garantizar tan valioso derecho; pero para el año de 1992 los españoles legislan ya al respecto y se dicta la llamada “Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal”; esta Ley implanta ya las garantías necesarias para prevenir y corregir los casos de violaciones a la privacidad producto del tratamiento de información contenida en bancos de datos informáticos.

España para el año 2000 corrige este error del cual hasta el momento no había advertido, su Ley de 1992 regulaba nada más información contenida en Bancos de Datos informáticos o automatizados, más no la contenida en registro manuales, y este aspecto lo soluciona con la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999 que entró en vigencia el año 2000.

Como se aprecia, Europa maneja un contexto mucho más amplio y diverso en la búsqueda de la protección de datos y de los derechos fundamentales a la privacidad, intimidad, honor, etcétera, tanto así que comunitariamente, los países miembros de la Comunidad Europea de Naciones están sujetos a “La Directiva sobre protección de datos la cual se aplica a “cualquier operación o conjunto de operaciones aplicadas a datos personales, denominadas tratamiento de datos. Estas operaciones incluyen la recopilación de datos personales, su almacenamiento, su transmisión, etc.

La Directiva se aplica a los datos procesados por medios automatizados (por ejemplo, una base de datos en ordenador de clientes) y a los datos que son parte o intentan ser parte de sistemas de archivo a los que se tiene acceso según criterios

⁶⁶ Constitución de España de 1978

específicos. Por ejemplo, los ficheros tradicionales en papel, tales como un fichero de tarjetas con detalles sobre los clientes ordenadas alfabéticamente por nombres.

La Directiva sobre protección de datos no se aplica a los datos tratados en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas (por ejemplo, una agenda personal electrónica o un fichero con datos sobre la familia y los amigos). Tampoco se aplica a ámbitos tales como la seguridad pública, la defensa o el Derecho penal, que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y mantienen un carácter nacional. La legislación nacional suele amparar a las personas físicas en estos ámbitos”⁶⁷

En reflejo a esto y a la organización comunitaria concluimos que es innegable el avance europeo en estos campos y la situación esta de unidad y obligación desde luego de los países miembros a sujetarse a estas normas colocan a las legislaciones latinoamericanas en una situación de retraso como veremos a continuación.

El habeas data ha sido regulado como tal en las legislaciones latinoamericanas a partir de los años 90s y es el caso de países como Colombia que en su constitución de 1991 incorporó la protección de datos con su Art. 15 que dice: “Art. 15 Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”⁶⁸.

⁶⁷ http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/citizens/services/eu-guide/data-protection/index_es.html

⁶⁸ Constitución de Colombia de 1991

En Brasil también a partir de 1998 se incorpora y concede esta acción a todas las personas cuya información este contenida en diferentes registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter privado.

Argentina desde 1994 reconoce al habeas data (amparo) como una acción de protección a los datos de carácter personal, pero a partir de la 2000 promulga ya una Ley de Protección de Datos en la cual incluso se exige la creación de un organismo regulador.

Por su parte Perú también mantiene regulado el habeas data desde 1993 reconociéndolo como una Garantía constitucional en el Art. 200, concediendo a las personas los derechos que en párrafos anteriores describía, como es el caso de los derechos de acceso, rectificación, eliminación, actualización de la información contenida en bases de datos.

Las legislaciones latinas muestran todavía un retraso como se aprecia, ya que apenas se empieza a regular tan importante institución en la década pasada y copiando los principios generales establecidos en legislaciones modelos como las europeas quienes manejan ya estos temas con leyes independientes y mucho más específicas, basadas en los simples Principios constitucionales que son los que aún mantenemos nosotros como nuestra única garantía de protección al derecho a la privacidad y todos aquellos que giran alrededor de éste.

“En cuanto a Latinoamérica y dentro del Derecho Comparado podemos señalar que la vía procesal especializada o Habeas Data introducida por el Brasil y Paraguay no constituye la única garantía de este derecho; ya que hay otras vías, como ocurre en Colombia en donde la **Acción de Tutela o Amparo** cumple dicha función. En otros ordenamientos jurídicos se contemplan diversas instituciones destinadas a garantizar este derecho.”⁶⁹

⁶⁹ Salazar Cano, Edgar “El habeas data en el derecho comparado” p. 130

Además, tanto en el Ecuador como en otros países de América Latina “ha surgido la discusión teórica de considerar a esta institución como una especie de Acción de Amparo o, al contrario, como una Acción independiente. Por otro lado, al respecto, en la Provincia Argentina de Córdoba, en donde al Habeas Data se le considera un “amparo específico” o “una especie de Acción de Amparo” ha motivado que algunos consideren que el tratar de comprender el Habeas Data dentro de la Acción de Amparo desvirtuaría su finalidad porque el proceso de Amparo requiere que existan ilegalidades o arbitrariedades manifiestas, mientras que el Habeas Data tiene una finalidad específica consistente en otorgar a la persona un medio procesal eficaz para proteger la intimidad o evitar que las personas hagan un uso indebido.”⁷⁰

Como vemos existen diferentes tendencias de cómo regular la protección de datos de carácter personal, desde considerarlo una especie de amparo como el citado caso argentino o el mexicano que maneja un amparo mucho más amplio para prácticamente todas las violaciones a los derechos fundamentales y constitucionales, pero a pesar de ello considero que el método más efectivo y directo de protección al derecho a la privacidad en la situación actual es precisamente la acción de habeas data, a pesar de las limitaciones que podría todavía tener respecto de legislaciones más desarrolladas en temas de protección a los derechos fundamentales.

⁷⁰ Salazar Cano, Edgar “El habeas data en el derecho comparado” p. 132

CAPITULO IV. EXAMEN DE CASOS DE HABEAS DATA EN EL ECUADOR Y EN OTRAS LEGISLACIONES.

Una vez concluido el análisis teórico de la acción de Habeas Data, para reforzar lo aprendido, considero es necesario acudir a casos prácticos en los cuales podamos aplicar lo aprendido en cuanto al proceso y tramitación, pero también nuestro criterio en un ejercicio con resoluciones nacionales y una extranjera para realizar la correspondiente comparación y así alcanzar un mayor entendimiento.

Análisis de Resoluciones del Tribunal Constitucional.

Caso número 0095-2004-HD.

“Nro. 0095-2004-HD

"EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso Nro. 0095-2004-HD

ANTECEDENTES: El presente caso ingresa al Tribunal Constitucional el 30 de septiembre de 2004, en virtud de la acción de hábeas data propuesta ante el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, por el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero, en contra del representante legal y Gerente General del Banco del Pichincha Compañía Anónima.

Manifiesta que ha mantenido varias relaciones financieras con el Banco del Pichincha, con el fin de ejecutar y perfeccionar sus diversas actividades económicas, mediante obligaciones originadas en esa institución financiera, las cuales han sido totalmente pagadas.

Que igualmente mantuvo relaciones comerciales con el Grupo Financiero Popular y sus varias instituciones financieras vinculadas, en las que depositó sus recursos en distintas cuentas, obteniendo un crédito con garantías colaterales Stand By que dentro de los activos y pasivos del Banco Popular, fueron subastados a favor del Banco del Pichincha, como consta en el Registro Oficial 65 de 26 de abril de 2000.

Que por su calidad de empresario mantiene relaciones financieras con instituciones bancarias del país y del exterior y que por esas circunstancias tuvo

conocimiento de que su nombre consta reportado en la Central de Riesgos Bancarios de la Superintendencia de Bancos.

Que fundamentado en los artículos 94 de la Constitución Política del Ecuador y 34 y 35 de la Ley del Control Constitucional, interpone acción de hábeas data y solicita la información precisa y exacta de la base de datos del Banco del Pichincha, relacionada con su persona, sobre los siguientes puntos:

1. Informe de la base de datos sobre los movimientos de la cuenta corriente No. 33531625 del Banco del Pichincha, cuyo titular es el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero, durante toda su vigencia.
2. Informe de la base de datos sobre los movimientos de la cuenta corriente No. 2748572 del Banco del Pichincha, cuyo titular es el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero, durante toda su vigencia.
3. Informe de la base de datos al Banco del Pichincha sobre las solicitudes de créditos aprobadas a nombre del doctor Manuel Cordero Borrero.
4. Informe de la base de datos sobre la liquidación de la operación No. 779177 de US \$ 45.000.00, concedida el 20 de mayo de 2003 del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.
5. Informe de la base de datos sobre la liquidación de la operación No. 807166 de US \$ 45.000.00, concedida el 19 de agosto de 2003 del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.
6. Informe de la base de datos sobre la liquidación de la operación No. 835374 de US \$ 22.500.00, concedida el 17 de noviembre de 2003, del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.
7. Informe de la base de datos sobre el asiento contable de la cancelación de la operación No. 835374 del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.
8. Informe de la base de datos sobre la liquidación del sobregiro No. 837913, concedido en fecha 28 de noviembre de 2003, del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.
9. Informe de la base de datos sobre el detalle de todas las garantías reales y personales de cualquier naturaleza constituidas por el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero a favor del Banco del Pichincha.
10. Informe de la base de datos sobre el detalle de las obligaciones para con el Banco del Pichincha en las que el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero sea

deudor o garante por transferencia, cesión o subasta de pasivos o activos efectuados por otra institución financiera.

11. Informe de la base de datos sobre el saldo correspondiente a la operación No. 402895 del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero suscrita a favor del Banco Popular y que fuera parte de la subasta de esta entidad a favor del Banco Pichincha; fechas de pagos parciales de la obligación y determinación de quienes los efectuaron.

12. Informe de la base de datos sobre el saldo correspondiente a la operación No. 402905 del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero suscrita a favor del Banco Popular y que fuera parte de la subasta de esta entidad a favor del Banco del Pichincha; fechas de los pagos parciales a la obligación indicada, determinando quién los efectuó.

13. Informe de la base de datos del contrato de mutuo No. 29639 que suscribió el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero determinando fecha de otorgamiento, fechas de pago y saldo.

14. Informe de la base de datos sobre las provisiones efectuadas por el Banco del Pichincha C. A. a partir del año 1999 por sus obligaciones, es decir, sobre las cuentas del doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.

El Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, mediante providencia de 17 de agosto de 2004, admite la demanda a trámite y señala para el 25 de agosto de 2004, a las 08h00, la realización de la audiencia pública.

En el día y hora indicados se realizó la audiencia pública, a la que compareció el abogado defensor del representante legal del Banco del Pichincha, ofreciendo poder o ratificación, quien manifestó que en la reforma ocurrida en el año 1998, el artículo 94 de la Constitución Política del Estado, dispuso que toda persona tiene derecho a acceder a documentos solicitándolos al funcionario respectivo, es decir, eliminó la competencia de los jueces para conocer el trámite de la acción de hábeas data. Que el señor Manuel Andrés Cordero Borrero, ha recurrido en varias ocasiones a la acción de hábeas data en contra del Banco del Pichincha. Que los estados de cuenta los recibe mes a mes el cuentacorrentista, durante la vigencia de su contrato de cuenta corriente, por lo que es una información que la posee el recurrente y lo mismo sucede con el pedido de movimiento de la cuenta corriente No. 2748572-3. Que el solicitante posee la información referente a la

solicitud de crédito, en razón a que el Banco le pone en conocimiento la aprobación o negación de la solicitud. Que toda la información que detalla el recurrente en su demanda, la tiene en su poder y que alguna información ya la obtuvo, al presentar la acción de hábeas data ante el Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en la causa No. 567-2001-AL. Por lo señalado solicitó se niegue la acción planteada.- El abogado defensor del recurrente, ofreciendo poder o ratificación, se reafirmó en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

El 8 de septiembre de 2004, el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, resolvió negar la acción de hábeas data, en consideración a que no consta de autos que el Banco del Pichincha le hayas negado la información, ya que la institución ha presentado dicha información al Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en cumplimiento de otra acción de hábeas data deducida por el recurrente.

Considerando:

PRIMERO.- El Tribunal Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone el artículo 276 número 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Art. 12 numeral 3 y Art. 62 de la Ley del Control Constitucional.

SEGUNDO.- No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda determinar la nulidad del proceso, por lo que éste es válido, y así se lo declara.

TERCERO.- El Art. 94 de la Constitución señala que "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 conocer el uso que se haga de ellos y su propósito", lo que se reitera, en similar sentido, en el Art. 34 de la Ley del Control Constitucional, cuerpo normativo que, en su Art. 35, determina el objeto de esta garantía constitucional, señalando que procederá para: a) Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica; b) Obtener el acceso directo a la información; c) Obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y, d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no la ha divulgado.

CUARTO.- El peticionario solicita, a través de esta acción constitucional, el acceso a los documentos, bancos de datos e informes que sobre su persona constan en el Banco del Pichincha Compañía Anónima, información que deberá ser entregada en los términos previstos en el Art. 39 de la Ley del Control Constitucional.

QUINTO.- A través de este recurso se garantiza el acceso a la información referida al peticionario o sobre sus bienes y que conste en entidades públicas o privadas. En el caso, la información que requiere el accionante se refiere a su persona, a sus asuntos económicos, y en definitiva a su desenvolvimiento material, por tanto, es de estricto orden personal. Solicita el informe de la base de datos sobre: los movimientos de las cuentas corrientes de las que es titular; la liquidación de operaciones; cancelación de operaciones; liquidación de sobregiros; garantías reales y personales constituidas por el peticionario; obligaciones en las que sea deudor o garante por transferencia, cesión o subasta de pasivos y activos efectuados por otra institución financiera; saldos de operaciones; del contrato de mutuo; y sobre las provisiones efectuadas por el Banco del Pichincha; todas ellas detalladas en los 14 numerales que constan en la demanda.

SEXTO.- En definitiva, del expediente consta que el accionante como usuario de los servicios bancarios del Banco del Pichincha, está en su derecho de acceder al conocimiento de aquella información referida a su persona y bienes. Por tanto, el Banco del Pichincha Compañía Anónima, debe proporcionar al peticionario la información solicitada y permitir su acceso directo, de conformidad con las letras a) y b) del Art. 35 de la Ley del Control Constitucional.

SÉPTIMO.- Por último, la información requerida por el accionante no es de aquella expresamente excluida del hábeas data de conformidad con el Art. 36 de la Ley del Control Constitucional, es decir, no afecta al sigilo profesional, ni la concesión del recurso puede obstruir la acción de la justicia, ni se trata de documentos reservados por razones de seguridad nacional. Como tampoco se trata de un recurso de acceso a la información que exige negativa expresa y por escrito de la autoridad o del particular, para su procedencia. Al efecto, se debe tener presente que los derechos y garantías deben interpretarse del modo que más favorezca a su efectiva vigencia, de conformidad con el inciso segundo del Art.

18 de la Constitución, ni se puede exigir al peticionario el cumplimiento de requisitos o condiciones no establecidos en la Carta Política o en las leyes para el ejercicio de sus derechos, tal como se ordena en la misma disposición constitucional.

Por lo expuesto y en ejercicio de sus atribuciones,

Resuelve:

- 1.- Revocar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, se concede el recurso de hábeas data solicitado por el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero.
- 2.- Devolver el expediente al Juez de origen.
- 3.- Publicar la presente resolución en el Registro Oficial.- Notifíquese".

f.) Dr. Estuardo Gualle Bonilla, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada por el Tribunal Constitucional con cinco votos a favor correspondientes a los doctores Carlos Julio Arosemena Peet, Víctor Hugo Sicouret Olvera, Carlos Soria Zeas, Lenin Rosero Cisneros y Estuardo Gualle Bonilla y tres votos salvados de los doctores Milton Burbano Bohórquez, Rene de la Torre Alcívar y Hernán Rivadeneira Játiva; sin contar con la presencia del doctor Ricardo Izurieta Mora Bowen, en sesión del día jueves diez de febrero de dos mil cinco.- Lo certifico.

f.) Dr. Vicente Dávila García, Secretario General.

VOTO SALVADO DE LOS DOCTORES MILTON
BURBANO BOHÓRQUEZ, RENE DE LA TORRE
ALCÍVAR Y HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA EN
EL CASO SIGNADO CON EL NRO. 0095-04-HD.

Quito, D. M., 10 de febrero de 2005.

Con los antecedentes constantes en la resolución adoptada, nos separamos de la misma por las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- Que, el artículo 94 de la Constitución señala que "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 conocer el uso que se haga de ellos y su propósito", lo que se reitera, en similar sentido, en el artículo 34 de la Ley del Control Constitucional, cuerpo normativo que, en su artículo 35, determina el objeto de esta garantía constitucional, señalando que procederá para: a) Obtener del poseedor de la información que éste

la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica; b) Obtener el acceso directo a la información; y, c) Obtener de la persona que posee la información, que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y, d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no la ha divulgado;

SEGUNDA.- Que, los peticionarios solicitan, a través de esta acción constitucional, se entregue información contenida en la base de datos del Banco del Pichincha respecto de los movimientos de cuentas corrientes, de solicitudes de crédito, de liquidación de operaciones y de sobregiros, de asientos contables de cancelación de operaciones, de saldos de operaciones, de garantías que ha constituido, del detalle de las obligaciones que mantiene con el banco como deudor o garante y de contratos de mutuo que haya celebrado con la institución financiera;

TERCERA.- Que, se hace presente que el peticionario no ha fundamentado que la base de datos del Banco del Pichincha sobre los asuntos solicitados contengan información sensible del accionante o que, a través de ésta información se vulneren sus derechos subjetivos constitucionales, pues no basta el mero señalamiento de que tiene derecho a pedir información para que proceda una acción constitucional de garantía de derechos; negado o desconocido un derecho? Si son garantías de derechos el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, resulta que se las debe interponer para eso: para proteger derechos y no desviar su finalidad;

CUARTA.- Que, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado e interpretado de tal manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algunos de sus preceptos;

QUINTA.- Que, de conformidad con lo señalado en los considerandos precedentes, el hábeas data es un proceso de protección del derecho 'de acceso a la información, fundamentalmente sensible, cuyo contenido puede afectar otros derechos subjetivos constitucionales como la honra, la buena reputación y a la intimidad, por lo que no se encuentra previsto en la Constitución como un mecanismo para remplazar procedimientos previstos por el ordenamiento

jurídico. En efecto, el accionante ni siquiera señala en su petición, qué derechos son afectados en virtud de la información que solicita;

SEXTA.- Que, para la exhibición de documentos como los que solicita el accionante (estados de cuenta, solicitudes de crédito, liquidación de operaciones y de sobregiros, asientos contables, saldos de operaciones, garantías que ha constituido, obligaciones que mantiene como deudor o garante, contratos, etcétera), se encuentran mecanismos expresos previstos en el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 68, número 3, y 836 y siguientes, tanto como acto preparatorio como en forma de juicio. Igualmente, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública, prevé otras vías para acceder a la información de tal naturaleza;

SÉPTIMA.- Que, para mayor abundamiento, además de resultar llamativo que el peticionario no posea la información requerida (sus estados de cuenta, sus solicitudes de crédito, las garantías y contratos que ha constituido y celebrado), asunto que no señala y que, por tanto, resta mérito a esta acción constitucional, ocurre que no se señala en la petición que, en su calidad de interesado, haya acudido ante el Banco y haya solicitado la información, razón por la cual tampoco consta la negativa de la institución financiera de otorgársela. ¿Es razonable interponer una acción constitucional cuando nadie ha

Por lo expuesto, somos del criterio que el Pleno del Tribunal Constitucional debe:

1.- Negar el hábeas data propuesto por el doctor Manuel Andrés Cordero Borrero y confirmar la resolución del Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha.

2.- Devolver el expediente al Juzgado de origen.-

Notifíquese."

f.) Dr. Milton Burbano Bohórquez, Vocal.

f.) Dr. Rene de la Torre Alcívar, Vocal.

f.) Dr. Hernán Rivadeneira Játiva, Vocal.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Quito, 15 de marzo de 2005,

las 16h35.- VISTOS: El escrito presentado por el doctor Galo Chiriboga

Zambrano, abogado defensor del señor Fernando Aurelio Pozo Crespo, Gerente

General del Banco del Pichincha C.A., en el caso No. 0095-04-HD, agregúese al

expediente: La petición de aclaración, cumple en la forma con lo dispuesto en el

artículo 43 del Reglamento Orgánico Funcional del Tribunal Constitucional.- En

lo principal, solicita aclaración en los siguientes términos: "Si la obligación del Banco implica entregar nuevamente la información solicitada por el actor y que fuera entregada en el hábeas data planteado ante el señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en la causa No. 5 67-2001-AL".- Al respecto se considera: 1.- La aclaración procede cuando la resolución es obscura. 2.- La Resolución número 0095-2004-HD es suficientemente clara y precisa al señalar los fundamentos de la aceptación de la causa, resolución que debe ser entendida tanto en sus considerandos como en su parte resolutive.- En consecuencia se rechaza el pedido de aclaración y se ordena el archivo de la causa.- Notifíquese.

f.) Dr. Estuardo Gualle Bonilla, Presidente.

Lo certifico.- Quito, 15 de marzo de 2005, las 16h35.

f.) Dr. Vicente Dávila García, Secretario General.

RAZÓN.- Siento por tal que la providencia que antecede fue aprobada con 7 votos a favor (unanimidad) correspondientes a los doctores Carlos Julio Arosemena Peet, Milton Burbano Bohórquez, Rene de la Torre Alcívar, Hernán Rivadeneira Játiva, Carlos Soria Zeas, Lenin Rosero Cisneros y Estuardo Gualle Bonilla; sin contar con la presencia de los doctores Genaro Eguiguren Valdivieso y Víctor Hugo Sicouret Olvera, en sesión de martes 15 de marzo de 2005.- Lo certifico.

f.) Dr. Vicente Dávila García, Secretario General.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Quito, a 5 de abril de 2005.- f.) El Secretario General.”⁷¹

Análisis:

Como se puede observar de la simple lectura del caso en cuestión, el procedimiento es realizado en forma correcta y de acuerdo a lo que establecía la constitución de 1998, ya que el recurrente, en este caso Manuel Andrés Cordero Borrero, fundamentado en los artículos 94 de la constitución y 34 y 35 de la Ley de Control Constitucional, realiza su solicitud.

⁷¹ Registro Oficial. 13 de ABRIL del 2005 - R. O. No. 564

Luego de establecer la petición concreta del señor Cordero Borrero, y de haber sido calificada la demanda, se lleva a cabo la audiencia pública convocada por el juez en un plazo de 8 días, a la cual acuden las partes, y el Abogado defensor del Banco Pichincha, quien asegura que dada la reforma de 1998 de la constitución, no es competencia de los jueces el conocimiento del trámite de Habeas Data, criterio este, que desde luego no comparto, ya que por el hecho del que el artículo 94 de la constitución confiera a cualquier persona el derecho a acceder a los documentos o bases de datos solicitándolos al funcionario que los posea, no quita el hecho de que sea un juez, y un juez cualquiera de primera instancia del domicilio donde se encuentran los documentos, tal como lo establecía la Ley de Control Constitucional, quien conozca de los casos de Habeas Data.

Además el abogado de Banco Pichincha, establece que los datos solicitados por el señor Cordero Borrero, Él los recibe mes a mes con su estado de cuenta, por tanto quien los posee es Él y no precisamente el Banco.

El juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, niega el Habeas Data al recurrente.

Dada esta negativa, es entonces como lo establece la Ley de Control Constitucional, que será el Tribunal Constitucional el encargado de conocer y resolver estos casos de Habeas Data, solo en los casos en los que el Juez de primera instancia los haya negado.

La petición del recurrente, es correcta, ya que sigue como habíamos dicho lo establecido en el texto Constitucional y en la Ley de Control Constitucional, ya que toda persona tiene derecho a acceder a los documentos que sobre sí misma consten en entidades públicas o privadas, y el Banco Pichincha es una institución privada que posee información acerca del señor Cordero Borrero o sobre sus bienes como lo establece la ley, al tratarse la información bancaria de información de carácter personal, entonces vemos que es susceptible de la acción de Habeas Data al no ser el tipo de información que constituye excepción.

El Tribunal Constitucional, decide conceder el recurso solicitado al recurrente, pero con el voto salvado de tres de sus integrantes, que en sus consideraciones, establecen que la información que posee el Banco Pichincha acerca del recurrente, no es información sensible y no se está vulnerando de forma alguna ninguno de sus derechos; en este punto, por un lado en la Ley de Control Constitucional, no se establece que para la solicitud de la información, se deba estar afectando un derecho del recurrente, o que se trate de información calificada como sensible, pero en la Constitución de 1998, artículo 94 se decía que se podrá solicitar al funcionario respectivo, la rectificación, eliminación o anulación, si los datos fueren erróneos o afectaren los derechos del recurrente.

Pero considero de manera personal que la concesión del Habeas Data es correcta, ya que en el párrafo anterior como lo manifiesto, se trata de eliminación o rectificación de los datos y en el caso analizado, el pretende hacer uso de uno de los derechos establecidos para el caso del Habeas Data, que el derecho simplemente a tener acceso a la información, muy a parte de si esta afecta sus derechos o si es errónea.

Los votos salvados consideran el hecho de que la información además sea o no calificada como sensible, considero de igual manera, que la información que pueda tener una institución financiera acerca de una persona, son datos sensibles por el simple hecho de ser datos que versan sobre la situación económica de una persona.

Caso número 0062-2001-HD.

“CASO No.- 062-2001-HD.

LA IMPROCEDENCIA DEL HABEAS DATA

1.- La solicitud de información que no le corresponde al accionante torna improcedente la acción de Hábeas Data.

RESOLUCION No.-062-2001-HD

Magistrado ponente:

Dr. René de la Torre Alcívar

CASO No.- 062-2001-HD

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TERCERA SALA

ANTECEDENTES:

El Ingeniero en Sistemas Enrique Holmes García, Administrador Temporal y Apoderado especial del Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, a nombre y en representación del Banco Unión BANUNION S.A., comparece ante el Juez de lo Civil de Guayaquil y deduce acción de Hábeas Data en contra de la Superintendencia de Compañías e indica:

Que, BANCO UNION BANUNION S.A. en proceso de saneamiento, es la que propone este recurso. Que, en los archivos, Departamento de Custodia del BANCO UNION BANUNION S.A., y registrado como “activo” hasta la fecha, aparece que su representada es titular, tenedora y propietaria de 170 Títulos de Obligaciones de la Serie “A” emitidas por la Compañía SOLUBLES ECUATORIANOS SOLUBEL S.A., numerados desde el 0151 al 320, con un valor nominal de US\$ 10.000,00 cada uno.

Que, en los archivos y Departamento de Custodia del BANCO UNION BANUNION S.A., también consta la escritura pública de Dación en pago otorgada el 15 de julio de 1999, ante el Notario Trigésimo Octavo del Cantón Guayaquil, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Yaguachi, provincia del Guayas el 11 de agosto de 1999.

Que, en dicha escritura la Compañía UNITRADE S.A., por los derechos de los obligacionistas (personas naturales o jurídicas tenedoras y propietarias emitidas por la Compañía “Solubles Ecuatorianos SOLUBEL S.A.”) recibió en dación en pago una cuota pro-indiviso del 42,64% sobre el inmueble consistente en un lote de terreno de dos hectáreas y treinta y cinco centésimas de hectáreas que fue fraccionado de la Hacienda María Teresa, parroquia Pedro J. Montero, cantón Yaguachi de la provincia del Guayas, junto con las cinco edificaciones que sobre él se han construido; asimismo de los bienes muebles consistentes en equipos industriales y maquinarias que constituyen la planta procesadora de café ubicada en el Kilómetro 28 y medio de la Vía Durán Tambo.

Que, la intervención de la UNITRADE S.A., obedeció a que fungía ser representante de los obligacionistas.

Que, esta escritura no consta registrada en el Banco.

Que, obra en poder de su representada un certificado otorgado por la Superintendencia de Compañías mediante el cual se desprende que con fecha 15 de junio de 1998, se declaró canceladas las inscripciones en el Registro de Mercado de Valores de la Compañía SOLUBLES ECUATORIANOS SOLUBEL S.A., tanto como emisor privado del sector no financiero, como los valores contenidos en las obligaciones y el convenio de representación de los obligacionistas. Por tanto, dice, a partir del 15 de junio de 1998, de acuerdo al documento descrito en este párrafo, se extinguieron los derechos de los obligacionistas de la emisión efectuada por SOLUBLES ECUATORIANOS SOLUBEL S.A.

Que, pide se acepte al trámite este recurso de Hábeas Data en contra de la Superintendencia de Compañías en la persona del señor Intendente de Compañías de Guayaquil a fin de que, para precautelar los intereses de su representada, se le requiera toda la información concerniente con la emisión de obligaciones de la Compañía SOLUBLES ECUATORIANOS S.A., desde su otorgamiento hasta la cancelación. Que, inclusive requiere toda la información concerniente con el sustento o respaldo que permitió emitir las Resoluciones de la Intendencia de Compañías Nos. 96-2-2-1-0001641 del 11 de abril de 1996 y 98-2-2-1-0002168 del 8 de mayo de 1998, las que disponen la disolución, liquidación y cancelación de la Inscripción en el Registro Mercantil de la Compañía Solubles Ecuatorianos SOLUBEL S.A., cuya información se halla en las dependencias de la Superintendencia de Compañías en Guayaquil. Que, la información requerida es necesaria para que su representada establezca por qué razón constan insolutos entre sus activos, las obligaciones emitidas por la Compañía Solubles Ecuatorianos SOLUBEL S.A., cuando dicha emisión ya había sido declarada cancelada por la Superintendencia de Compañías.

Que, no concurrió a la audiencia el Superintendente de Compañías, pero posteriormente el Intendente de Compañías, presenta un manifiesto en el que luego de algunas observaciones tendientes a demostrar los vicios de procedimiento de que adolece el expediente y los errores de hecho y de derecho del actor, solicita se niegue el recurso de Hábeas Data.

Que, el Juez Undécimo de lo Civil de Guayaquil, mediante resolución del 12 de septiembre del 2001, niega el recurso de Hábeas Data presentado por el Ingeniero Enrique Holmes García, en su calidad de Administrador Temporal y Apoderado Especial del abogado Luis Villacís Guillén, en su calidad de Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos y Representante Legal del Banco Unión Banunión S.A., en saneamiento en contra de la Superintendencia de Compañías, por improcedente; y, posteriormente concede el recurso de apelación planteado por el actor indicado.

Con estos antecedentes, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, realiza las siguientes, CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver la presente causa de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 276 de la Constitución Política de la República;

SEGUNDA.- No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez;

TERCERA.- El inciso primero del artículo 94 de la Constitución Política de la República puntualiza que toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si 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;

CUARTA.- Las informaciones que solicita el ingeniero Enrique Holmes García, a nombre y en representación del Banco Unión Banunión S.A., en proceso de saneamiento y quien suscribe por éste es el Administrador Temporal y Apoderado Especial del Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos AGD., tienen que ver con la Compañía Solubles Ecuatorianos SOLUBEL S.A.

QUINTA.- Al no referirse los informes a las entidades que representa sino a la Compañía antes indicada, se torna improcedente la acción de Hábeas Data planteada por el ingeniero Enrique Colmes García en las calidades que comparece.

Por todo lo expuesto, en ejercicio de sus atribuciones, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, RESUELVE:

- 1.- Confirmar, en todas sus partes, la resolución pronunciada por el Juzgado Undécimo de lo Civil de Guayaquil que niega el Hábeas Data presentado por el ingeniero Enrique Colmes García;
- 2.- Dejar a salvo los derechos del actor para proponer las acciones que estime pertinentes;
- 3.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines de Ley; y,
- 4.- Notificar la presente Resolución.-

PUBLÍQUESE.-

Dr. Hernán Rivadeneira Játiva

MAGISTRADO Y PRESIDENTE

TERCERA SALA

Dr. René de la Torre Alcívar

MAGISTRADO

TERCERA SALA

Dr. Oswaldo Cevallos Bueno

MAGISTRADO

TERCERA SALA

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede se aprobó el día veinte y nueve de mayo del dos mil dos.- LO CERTIFICO.-

Dr. Roberto Lovato

SECRETARIO⁷²

Análisis.

En este caso es una persona Jurídica por intermedio de su representante, quien solicita la acción de habeas data. Como sabemos, la constitución de 1998 y también la actual señalan que cualquier persona pueda solicitar acción de habeas data, lo cual abre la posibilidad de que sea también una persona jurídica representada por su administrador, gerente o representante legal quien solicite la acción.

⁷² Registro Oficial. 17 de JULIO del 2002

Se trata de BANUNIO S.A. que se encontraba en pleno proceso de saneamiento, quien es la persona que lo solicita y la Superintendencia de Compañías es la demandada.

El recurrente lo que solicita, es que se de trámite su recurso propuesto y se le brinde la información contenida en la Superintendencia de Compañías acerca de una compañía conocida como Solubles Ecuatorianos S.A.

El juez competente, tuvo conocimiento del caso señalado, tal como indicaba la Ley, señaló la audiencia pública pertinente, a la cual no concurrió el Superintendente de Compañías en Representación de la Superintendencia, pero tal como señalaba la Ley, podría no asistir la parte demandada pero de igual manera se llevará a cabo la audiencia.

El juez a cargo, niega el recurso de Habeas Data, por considerarlo improcedente.

Pero como habíamos visto, la Ley establecía la posibilidad de apelación en los casos en los que se hubiese negado el recurso de Habeas Data por parte del juez de primera instancia, y fue entonces el Tribunal Constitucional el encargado de conocerlo y Resolverlo.

El Tribunal Constitucional, resolvió negar el recurso al recurrente, ya que la información que solicita, no le pertenece y ni siquiera se refiere BANUNION S.A. por tanto es nuevamente calificada de improcedente.

Cabe anotar en este punto que de haber existido información acerca de la institución solicitante en poder de la Superintendencia, se le habría concedido la acción de Habeas Data, pero solamente en lo que al recurrente se refiere, no se le hubiese entregado toda la información sino solo la parte que le corresponda.

Como vemos los puntos esenciales, analizados por jueces y Tribunal Constitucional, son los que contenía la Constitución de la República de 1998 y la Ley de Control Constitucional, cuerpos legales estos que contenían los principios básicos de protección de los derechos establecidos para los ciudadanos y desde

luego del Habeas Data como mecanismo de protección esencialmente del derecho a la privacidad que tienen todas las personas, y todos los derechos que giran alrededor de este mencionado derecho a la privacidad.

Como había anotado cuando elaboré el plan de objetivos de este trabajo de investigación uno de los objetivos es comparar nuestra legislación con legislaciones extranjeras, trabajo este que se realizó en el capítulo anterior, pero realmente la manera más efectiva de comprender dicha comparación es analizando un caso práctico de otra legislación para lo cual recurriremos a uno que además de ayudarnos a comprender el habeas data como tal, nos ayudará a comprender la dificultad que se crea cuando se reclama libertad de prensa por parte del periodismo y se reclama privacidad por parte de una ciudadana que por la fama ¿tiene que sacrificar su privacidad?.

Legislación Inglesa.

Naomi Campbell vs. Daily Mirror

Antecedentes y Análisis Comparado del Proceso.

En Febrero del 2001 se publicaron unas fotografías en el periódico The Daily Mirror, que mostraban a Naomi Campbell (famosa modelo) saliendo de una reunión de Narcóticos Anónimos en Londres.

En marzo del 2002 Campbell demandó al periódico citando violación de confidencialidad, mientras estaba recibiendo tratamiento por drogadicción.

El diario “Mirror” alegó que las fotografías eran de interés público, ya que hasta ese entonces a Campbell no se le conocía ser una persona adicta a las drogas.

La Corte falló a favor de Campbell y se le ordenó al Mirror pagar £3,500 por daños (aunque se piensa que los costos legales rondaban las £500,000). En octubre del 2002 el Mirror ganó una apelación a la Corte, alegando que las fotografías eran del interés público y además el hecho de que la modelo había mentido en el juicio público ya que en su declaración afirmaba nunca haber

ingerido o tomado drogas. Se le ordenó a Campbell pagar los costos legales del Mirror, alrededor de £350,000.⁷³

Es bastante curioso en este punto, como la legislación inglesa, permite se apele el fallo de primera instancia que concedía el Habeas Data, y en segundo lugar por una cuestión diferente a las esenciales a tratarse en el juicio ya que lo relevante en el proceso.

Una mentira en cuanto a si el procesado consumió o no drogas algunas vez hubiese sido irrelevante en un proceso en este país, creemos que más bien en este punto, los jueces ingleses toman esta decisión de aceptar la apelación más por el hecho de la mentira de Campbell en el proceso de primera instancia y no por el hecho de su consumo o no de droga alguna, punto este irrelevante dentro del proceso.

Sin embargo en Mayo del 2004 la Cámara de los Lores o Law Lords volteó la apelación en una votación de 3 a 2, la cuál reinstaló la decisión original de la Corte, y se le volvieron a otorgar las £3,500 y las £350,000 de los costos legales, además de que el diario tenga que pagar a Naomi Campbell la suma de 1.5 millones de euros como indemnización.

Uno de los sustentos del abogado de Campbell, Andrew Caldicott, fue decir alegar ante el tribunal que la gente tiene derecho a mantener la reserva de información esencial para promover el desarrollo personal y fomentar la autoestima.

"Puedo decir con confianza que la ley reconoce y protegerá apropiadamente el derecho a la intimidad personal"⁷⁴,

El dictamen aunque dividido mereció la siguiente opinión por parte de Lord Hope, juez del más alto tribunal de Inglaterra y Gales.

⁷³ <http://www.dailymirror.com>

⁷⁴ www.revistajuridicaonline.com/index.php

"Pese al peso que debe otorgarse a la libertad de expresión que la prensa necesita para ejercer su papel con eficacia, hubo aquí una violación del derecho a la privacidad de la señorita Campbell que es difícil de justificar"⁷⁵.

Según los miembros de la cámara de Lores, los puntos en disputa eran los contenidos en los arts. 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que textualmente dicen:

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones,

⁷⁵ www.cooperativa.cl/p4.../20040506134850.html

restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Como vemos entonces el problema esencial dentro de este proceso, radica en determinar que derecho fundamental prevalece, bien el derecho a la libertad de expresión, o bien el derecho a Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Y además los derechos establecidos en la Ley de Protección de Datos que dice de su primordial objetivo ser la protección en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Para hacer más didáctico el análisis de este caso, haremos un símil entre el proceso mencionado y las leyes ecuatorianas al respecto.

Como establece el Art. 86 numeral 1. de la Constitución del Ecuador al referirse a las Garantías Jurisdiccionales, “1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”, es decir toda persona podrá solicitar la acción de habeas data, para tener acceso a documentos, bancos de datos o informes que sobre si mismas o sus bienes estén en poder de entidades públicas, personas naturales o jurídicas, por tanto la modelo Naomi Campbell estaría en pleno derecho de solicitar la acción ya que existen datos sobre si misma en poder de una persona jurídica (Daily Mirror), lo que se pretenderá con la acción, en este caso es lo establecido en el art. 92 de la Constitución que establece que, el objeto del habeas data, será el obtener del poseedor de la información, que este la entregue al solicitante de la acción, obtener el acceso a la información y conseguir que se rectifique, elimine o simplemente no se divulgue dicha información.

El juez deberá establecer cual es la información que el solicitante no quiere divulgar y ordenar su eliminación, rectificación o no divulgación, excepto en los casos en que se compruebe que dicha información no afecte al honor, buena reputación o intimidad del solicitante.

En este punto, es que el diario ingles Daily Mirror, alegó, la necesidad de publicidad de la información que poseían, ya que al ser Naomi Campbell una persona pública, debían las fotografías de ella saliendo de un centro de rehabilitación para drogadictos ser publicadas por su diario, sin que ello afecte a su derecho a la privacidad e intimidad; y nosotros me pregunto ¿y la reputación, la honra el buen nombre al que se tiene derecho; y, el daño psicológico causado?, pues bien en nuestra legislación, más no ciertamente en la practica, prima precisamente el derecho a la privacidad, establecido por la Constitución como un derecho fundamental e inherente a cada ser humano, pero en el caso de la legislación inglesa, esto cambia y empieza un debate entre que derecho debe primar o estar sobre el otro,

Creo firmemente, que el derecho a informar debe, ser protegido y respetado por todos los miembros de un estado, pero cuando se trata de la intimidad o privacidad de las personas, sean estas famosas o no, este debe ser el derecho preponderante, para esto a través del progreso de los derechos del hombre se han creado instituciones como el habeas data o habeas corpus las cuales están llamadas a la protección de los derechos que han sido consagrados en textos fundamentales como la Constitución de cada estado.

La discusión no simplemente termina ahí, ya que deberemos entrar en una tal vez más difícil y no de estricto derecho, ¿es aceptable que se pierda el derecho a la privacidad por el hecho de ser famoso?; Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental, define a la fama como, “Nombradía, celebridad, por acciones sobresalientes, heroicas, hábiles o eficaces.”, es decir que es el renombre que acompaña a una persona por sobresalir en cualquier aspecto de la vida, ya sea en su profesión o en algún arte, como veníamos diciendo, este renombre, celebridad

o fama, no deberían justificar la pérdida de privacidad de una persona, o mejor dicho aun, se justifica la pérdida de su privacidad, más no el derecho intrínseco de cada persona a esta facultad otorgada por las Leyes, Constitución y principios universales de Derecho.

¿Por que creer que las fotos de Naomi Campbell, afuera de una clínica de rehabilitación y que estaban en poder del Daily Mirror, deban ser de conocimiento público? El hecho de la fama de esta modelo o de cualquier persona no justifica que su privacidad sea invadida.

Legislación Chilena

Vulneración a la vida privada por mostrar diario de vida de su cónyuge en trámite de divorcio

Vulneración a la vida privada por mostrar diario de vida de su cónyuge en trámite de divorcio- 04/01/06

Santiago, cuatro de enero de dos mil seis.

Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos quinto y octavo que se eliminan. Y se tiene en su lugar, y además presente:

1º) Que a fojas 11, se ha deducido por doña Erika Muller Pasmíño, recurso de protección en contra de don Zivko Juan Babaic Bartulovic, constructor civil, quien dentro de un juicio de divorcio que actualmente mantienen y que se encuentra en tramitación, ante el Primer Juzgado Civil de Punta Arenas, presentó una serie de documentos entre los cuales se hallan fotocopias de su diario de vida íntimo, hecho que ha vulnerado las garantías constitucionales consagradas en los números 4 y 5 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República, de respeto a su vida privada y a la inviolabilidad de un documento privado, como es su diario de vida. La recurrente solicita se acoja su acción constitucional y se ordene al recurrido restituirle el original del diario de vida, así como cualquier fotocopia que tuviese en su poder; que deben serle entregadas las copias acompañadas al juicio, instruyendo al tribunal de la causa de no dejar vestigio alguno del contenido de dicho diario y que el recurrido deberá abstenerse de difundir por cualquier forma el contenido del mismo.

2º) Que al informar el recurrido sostiene que el único propósito de la recurrente es privarlo de una prueba legalmente introducida al juicio de divorcio existente entre ambos, utilizando para ello una vía in idónea, como lo es la de deducir esta acción cautelar.

3º) Que toda persona posee como derecho básico fundamental el respeto de un ámbito íntimo, el cual no es posible traspasar por terceros, ya que esta vedada toda ingerencia, sin la autorización de su titular; derecho humano y libertad fundamental que emerge de la dignidad de las personas y en este caso de la cónyuge recurrente, que puede preservar de su marido aspectos que considere constituyen sus vivencias personales y que estima de carácter privado. Esta protección dada por el constituyente en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, que no hace distinciones, impide que otra persona, cualquiera sea su condición contractual o de familia, posea antecedentes que importen transgredir este derecho. En todo caso, a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental de igual forma se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico constitucional.

4º) Que con mayor fundamento la divulgación o difusión de los antecedentes privados, que se encuentran en la esfera de resguardo íntimo de una persona transgrede la garantía antes expresada, como también, por representar en esencia una manifestación que se plasma por escrito en un diario de vida, que se custodia en un domicilio, afecta además, la garantía de la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada.

5º) Que como ya se dijo, la conducta del recurrido es ilegal, excede de sus facultades pues no le corresponde divulgar los pensamientos y vivencias íntimas de la recurrente y, por ende, el recurso de protección intentado deberá ser acogido. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección se revoca la sentencia apelada de tres de diciembre de dos mil cinco, escrita a fojas 54, que rechazó el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 11, y en su lugar se declara que se lo acoge, sólo en cuanto se ordena al recurrido devolver a la recurrente el original de su diario de vida. Acordado contra el voto de los Ministros Sres. Rodríguez A. y Kokisch, quienes estuvieron por confirmar la

sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos, pero sustituyendo en el considerando séptimo la palabra delito por ilícito y teniendo además presente que en concepto de los disidentes, en estos autos no se demostró suficientemente la afirmación de la recurrente en orden a que su cónyuge le habría sustraído contra su voluntad el referido diario de vida, razón suficiente para desestimar el recurso de protección intentado, toda vez que la sola circunstancia de que uno de los cónyuges tenga en su poder un documento privado del otro cónyuge no vulnera la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, atendida la relación de intimidad que genera la familia legalmente constituida.

Regístrese y devuélvase. N° 6491-05.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sres. Enrique Tapia W. Jorge Rodríguez A., Domingo Kokisch M. y Sergio Muñoz G. y Abogado Integrante Sr. René Abeliuk M No firman los Ministros Sres. Tapia y Muñoz no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y haciendo uso de su feriado legal el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.⁷⁶

Análisis.

La Legislación en Chile contempla la acción de habeas data desde 1999 año en el que con la Ley. 19.628 para la protección de la vida privada de las personas, se establece una acción de carácter civil que asimilaremos al habeas data como medio idóneo para la protección del derecho a la privacidad.

Dentro del presente caso, vemos claramente como se violan los principios constitucionales básicos enunciados estos es:

“ARTÍCULO 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

⁷⁶ <http://www.habeasdata.org/chile-diario-intimo-divorcio-privacidad-prueba-ilegal>

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”⁷⁷

Como se observa, estos artículos simplemente enuncian el derecho que debería ser protegido por una garantía efectiva de cumplimiento de dicha protección y es la antes citada Ley 19.628 sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter Personal Publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999 la llamada a proteger este derecho a la privacidad.

En base a esto, el fallo de la Sala de la Corte Suprema de Chile es correcto, ya que de hecho en el presente caso se vulnera el derecho a la privacidad; y, una vez más estamos enfrentando a este derecho a otro, el de aportar un medio de prueba idóneo en un juicio de divorcio en este caso, pero tal como he mantenido y sostengo debe ser, deberá prevalecer siempre el derecho fundamental a la privacidad, a la intimidad por sobre cualquier otro derecho que pueda menoscabar este principio fundamental e intrínseco al ser humano.

⁷⁷ Constitución de Chile 1980.

CONCLUSIONES

- En el amplio mundo del derecho, la parte más rica en calidad, evolución y abundancia de conceptos es el área del Derecho Constitucional; cuando en este trabajo me referí a los derechos fundamentales, alcancé a comprender la magnitud e importancia de establecer cuales son los derecho fundamentales que asisten al ser humano por ser tal; y, cual es la mejor manera o mecanismo constitucional de proteger y garantizar dichos derechos.
- La simple enunciación de un derecho no implica su garantía o protección, para que un derecho este plenamente amparado, debe existir la garantía que haga eficaz el cumplimiento de tal o cual derecho y precisamente para esto existen lo que se ha llamada Garantías Jurisdiccionales.
- Al realizar una descripción conceptual acerca del Habeas Data y la protección de datos concluimos y en concordancia con lo antedicho, que el Habeas Data es una acción, una verdadera garantía al derecho a la privacidad, derecho fundamental intrínseco al ser humano.
- Estudiar el nacimiento y evolución del Habeas Data y Protección de Datos en el mundo y posteriormente en el Ecuador, no lleva como consecuencia a decir que en verdad nuestras legislaciones latinoamericanas todavía están atrás de las consideradas del primer mundo, pero a su vez en esta última década han dado importantes saltos de cambio y avance hacia una nueva forma de legislar.
- He establecido mediante el presente trabajo la relevante importancia y forma de ejercicio del Habeas Data como mecanismo efectivo para proteger el llamado derecho a la privacidad.

- El Habeas Data protege al derecho a la privacidad y no necesariamente a los Datos aunque, y, como dice Eduardo Castiglione “se debe cuidar todo aquello que el hombre genera. Debemos cuidar lo producido intelectual, moral o técnicamente. Los datos y la intimidad relacionan al Homo con el Homo”⁷⁸
- La privacidad no es el único derecho que protege la acción constitucional de Habeas Data, existen muchos otros derecho entre ellos El derecho a la Intimidad, El derecho al honor, El derecho a la imagen, El derecho a la identidad, El derecho a la libre elección sexual; en fin todos los derechos personalísimos que giran a su alrededor y de ahí la importancia de una institución como esta.
- Se ha demostrado el lento desarrollo de nuestras instituciones jurídicas y en este caso específico del habeas data en comparación con legislaciones que se estima, poseen un mayor desarrollo ya que como se apreció en el caso de la Comunidad Europea incluso tienen una legislación específica para tratar la protección de datos y la acción de habeas data.
- Se ha estudiado al derecho a la intimidad y el derecho al libre acceso a la información como aparentes puntos de confusión, concluyendo que realmente el derecho fundamental a la privacidad y todos aquellos derechos que giran a su alrededor priman sobre el derecho al acceso a la información y la libertad de prensa.

⁷⁸ Castiglione, Eduardo. “Habeas Data hacia la concepción de una nueva intimidad” p. 104

REFERENCIAS

Referencias Web:

http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1109

www.libertaddigital.com:83/ilustracion...php/341

www.aloj.us.es/eulalia/.../1907apc.htm

http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/WEB/materiales/filosofia/CLAUSUR.pdf

http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_8.pdf

http://constitución.es/otras_constituciones/europa/txt/constitución_grecia.html

<http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/01/internacional/1117593594.html>

http://constitución.es/otras_constituciones/america/txt/constitución_brasil.html

<http://www.defensoria.gov.ve/lista.asp?sec=160407>

www.argentina.derecho.org/cn/derechoinformatico p.6

http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/citizens/services/eu-guide/data-protection/index_es.html

<http://www.dailymirror.com>

www.revistajuridicaonline.com/index.php

www.cooperativa.cl/p4.../20040506134850.html

BIBLIOGRAFÍA

ARAÚZ Sanchez Heriberto La Acción de Habeas Data

ÁVILA Santamaría, Ramiro “Las Garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.

CABANELLAS, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”

CASTIGLIONE, Eduardo “Habeas Data”

CARTA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CONSTITUCIÓN de Colombia de 1991

CONSTITUCIÓN de España de 1978

CONSTITUCIÓN del Ecuador 1996

CONSTITUCIÓN del Ecuador 1998

CONSTITUCIÓN del Ecuador 2008

CONSTITUCIÓN de la Republica Argentina

DICCIONARIO Latino-Español por Vicente Blanco

DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española

CHANAMÉ Orbe, Raúl. Hábeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la persona.

CHIRIBOGA Zambrano, Galo “La acción de amparo y de hábeas data: garantías de los derechos constitucionales y su nueva realidad jurídica”

FALCON, Enrique M. “Habeas Data”

GARCIA Falconí, José. “El juicio especial por la acción de Habeas Data”

GARCÍA Falconí, José. Derechos Constitucionales a la intimidad, privacidad y la imagen.

GARCÍA Falconí José. Manual de Práctica Civil

GÓMEZ Pavón, Pilar. “La intimidad como objeto de protección Penal”

GUDYNAS Eduardo. Ecología, Economía y Ética del Desarrollo Sostenible.

HERNANDEZ Valle, Ruben, “La tutela de los derechos fundamentales” p. 13

MEJAN, Luís Manuel. “El derecho a la intimidad y a la informática”

PALAZZI Pablo Andrés. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA: Habeas Data 1994-1997

PEREZ Luño, Antonio E. “Derechos Humanos”

PÉREZ Royo Javier. Curso de Derecho Constitucional

PÉREZ Tremps, Pablo “Los Derechos fundamentales”

PRIETO Sánchez, Luís. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”,

PUCCINELLI, Oscar. “El habeas data en Indoamérica”

QUINTERO, Cesar. “Garantías constitucionales en Panamá”

REGISTRO OFICIAL. 13 de ABRIL del 2005 - R. O. No. 564

REGISTRO OFICIAL. 17 de JULIO del 2002

SALAZAR Cano, Edgar “El habeas data en el derecho comparado”

SÁNCHEZ Zuraty, Manuel “Todos los Juicios”

VILLALOBOS, Edgardo “Introducción a la Informática”