



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TÍTULO DE LA TESIS:

**“LA EFICACIA JURÍDICA DE UN FALLO EN EL SISTEMA JUDICIAL
ECUATORIANO A FAVOR DEL DERECHO AL OLVIDO”**

ELABORADO POR:

ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER

Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional

Guayaquil, al 08 de junio de 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Abg. Juan Carlos Hernández Mayer, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

Guayaquil, a los 08 días del mes de junio del año 2021

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Xavier Rodas Garcés

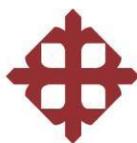
REVISORES:

Dra. Alejandra Cárdenas Reyes

Dra. Verónica Peña Seminario

DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Dr. Miguel Hernández Terán



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER

DECLARO QUE:

La Tesis “*la eficacia jurídica de un fallo en el sistema judicial ecuatoriano a favor del derecho al olvido*” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 08 días del mes de junio año 2021

ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER
EL AUTOR



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

AUTORIZACIÓN

YO, ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: *“la eficacia jurídica de un fallo en el sistema judicial ecuatoriano a favor del derecho al olvido”*, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 08 días del mes de junio año 2021

ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER
EL AUTOR

INFORME URKUND

<https://secure.orkund.com/old/view/101372383-949087-909539#FYwxDgIxDAT/knqF7NhO7PsKokAnQCm45krE31mKKXbX4097n227qghUIHQyoZ/ZQH9DJbhoJwn6yTyfckjn/uaBFv3hbHSawgVCEIRwRiIHhSAXNDNCrQOOUN7VyvYz3Xfj/2R9vkIibVxUvFjT+95/cH>

The screenshot displays the URKUND web application interface. At the top, there is a browser window with several tabs open, including 'INFORME DE URKUND', 'D106269286 - Tesis DERE...', and 'como hacer un print de p...'. The main content area is divided into two sections: 'Documento' and 'Lista de fuentes'.

Documento:

- Documento:** Tesis_DERECHO AL OLVIDO Juan Carlos Hernández Mayer (24 MAYO).doc (D106269286)
- Presentado:** 2021-05-24 16:07 (-05:00)
- Presentado por:** viviana.betty@cu.ucsg.edu.ec
- Recibido:** miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com
- Mensaje:** TESIS CONSTITUCIONAL AB JUAN CARLOS HERNANDEZ 24-MAYO 7MA B. [Mostrar el mensaje completo](#)
4% de estas 44 páginas, se componen de texto presente en 18 fuentes.

Lista de fuentes:

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	Derecho-a-la-imagen-propia-y-su-manifestación-en-internet.doc
	http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22113#:~:text=La%...
	https://riull.uil.es/xmlui/bitstream/handle/915/16422/La%20configuracion%20juridic...
	mishel tesis finalísima (1).docx
	Tesis FIN OFICIAL LISTA-YA.docx

Below the document details, there is a preview of the document content. The left side shows the document's title and author information, while the right side shows the document's text, including the title 'LA EFICACIA JURIDICA DE UN FALLO EN EL SISTEMA JUDICIAL ECUATORIANO A FAVOR DEL DERECHO' and the author 'ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER'.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer ante todo al Creador, porque con los dones he recibido gratuitamente de su voluntad he podido poder convertirme en el profesional que soy.

Mi gratitud también la hago extensiva a mis padres, quienes con su sacrificio de forma extraordinaria y digna de redención, siempre han hecho lo imposible para que mi hermana Daniela y yo alcancemos lo inalcanzable.

Finalmente, quiero agradecer a todos los docentes de esta maestría, quienes mediante la entrega de su valioso tiempo a la cátedra, han hecho posible que mis compañeros y yo hoy ostentemos es honroso título de Magister en Derecho Constitucional.

Guayaquil, 08 de junio de 2021.

ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER

DEDICATORIA

A mi padre, que lucha contra un terrible cáncer y se ha sacrificado hasta el extremo por el bienestar de nosotros.

A mi tutor, profesor, colega y amigo, el Dr. Xavier Rodas Garcés, que en paz descansa y extrañaré por su calidad de ser humano.

A Gabriela, mi compañera de vida, mi mejor amiga, el amor de mi vida, quien no supo abandonarme ni en los peores momentos de mi vida.

Guayaquil, 08 de junio de 2021.

ABG. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	4
CAPÍTULO II.- MARCO TEÓRICO	7
El derecho al honor, la honra y el buen nombre.....	7
¿Qué es el derecho al honor?	7
¿Qué es la dignidad humana?.....	10
El derecho a la honra.....	11
La reputación y buen nombre.....	13
La reputación	13
DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	19
¿Qué son los datos de carácter personal?	19
¿Cómo se clasifican los datos de carácter personal?	21
El derecho a la intimidad y su pérdida a través de plataformas informáticas y la protección de los datos personales.....	25
Las redes sociales y su relación con los datos de carácter personal	30
El derecho al olvido o supresión de datos	33
Concepto del derecho al olvido.....	33
Surgimiento y origen del derecho al olvido	36
Derecho al olvido en otros países. Legislación comparada.....	39
Ejemplos deL derecho al olvido en Asia.....	41
Tratados internacionales suscritos por el Ecuador referentes a los datos personales	42
Revisión de Jurisprudencia. caso emblemático de google spain (españa).....	43
Indemnización pecuniaria	48
¿Qué pasaría en caso de los buscadores no quiera remover la información que se encuentra requerida?...	48
Derecho a la protección de datos personales en España.....	49
CAPÍTULO VI.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	57
Conclusión	57
Recomendaciones	62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64
Trabajos citados	64

RESUMEN

En el Ecuador poco se ha hablado sobre lo que significa el derecho al olvido. Es más, cada vez que se pregunta a cualquier abogado promedio sobre este derecho en el Ecuador, pocos son los que afirman tener conocimiento del mismo y no es para menos, puesto que es un derecho relativamente nuevo. Es nuevo porque tiene pocos años de haber sido reconocido en legislaciones iberoamericanas como España, de ahí que, algunos países han adoptado reconocer al mismo derecho en sus legislaciones y jurisprudencia. El presente trabajo, tiene como finalidad abarcar el contenido sobre el derecho al olvido y la hipótesis de ser reconocido este derecho en el Ecuador.

La presente investigación está compuesta por seis capítulos, los cuales dan una explicación general de lo que implica el derecho al honor, la honra y buen hombre; y su relación con el derecho al olvido. Analizará la doctrina producida por aquellos académicos iberoamericanos que han estudiado este derecho, para finalmente realizar un análisis jurisprudencial para poder concluir cómo se aplicaría el derecho al olvido en caso de que este derecho fuese reconocido en el Ecuador.

Mi recomendación y conclusión de este trabajo proponen una posibilidad en la cual, se toma en consideración todos los aspectos positivos y negativos que pudiese implicar el reconocimiento de este derecho. La conclusión de este trabajo probablemente no llegue a aplicarse en el país, pero que, sin lugar a duda, es una posibilidad de aplicación en mérito y referencia de aquellos países que ya lo han aplicado y reconocido en sus ordenamientos jurídicos.

ABSTRACT

In Ecuador little has been said about what the right to be forgotten means. Moreover, every time any average lawyer is asked about this right in Ecuador, few are those who claim to have knowledge of it and it is not for less, since it is a relatively new right. It is new because it has only been recognized in Ibero-American laws like Spain for a few years, hence some countries have adopted to recognize the same right in their laws and jurisprudence.

The purpose of this work is to cover the content on the right to be forgotten and the hypothesis of being recognized this right in Ecuador.

This research is composed of six chapters, which give a general explanation of what the right to honor, honor and good man implies; and its relationship with the right to be forgotten. It will analyze the doctrine produced by those Ibero-American academics who have studied this right, to finally carry out a jurisprudential analysis to be able to conclude how the right to oblivion would be applied if this right was recognized in Ecuador.

My recommendation and conclusion of this work propose a possibility in which all the positive and negative aspects that the recognition of this right could imply are taken into consideration.

The conclusion of this work probably will not be applied in the country, but that, without a doubt, is a possibility of application on the merit and reference of those countries that have already applied and recognized it in their legal systems.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, tiene por objeto la investigación de un derecho no antes investigado en el Ecuador. Es una investigación pura porque considero que es un aporte investigativo a la ciencia del Derecho ya que no existen antecedentes jurisprudenciales por parte de las más altas cortes dignatarias del país. Este derecho tampoco se encuentra en marcado en la Constitución, ni existe antecedentes de personas que hayan planteado un proceso por vulneración al derecho al olvido en el Ecuador, pese a que en nuestro país el artículo 11 numeral 7 de la Constitución el reconocimiento de todos los derechos garantías establecidas en la Carta Magna y los que se deriven de estos.

No obstante, en otros países, particularmente en los países europeos, este derecho ya tiene fuerza jurisprudencial y normativa. De hecho, en muchos países europeos ya se ha desarrollado doctrina al respecto. Es por ello que esta investigación no pretende dar a conocer el contenido material del derecho al olvido, tampoco pretendo que el lector obtenga información que se encuentra repetida en los múltiples autores europeos o latinoamericanos que hablen al respecto.

El presente trabajo, tiene como finalidad analizar básicamente cómo se aplicaría en el Ecuador este derecho. Cuáles serían sus consecuencias, cuál sería el posible procedimiento a seguir y sobre todo, cuál sería el grado de eficacia de un fallo que ordene la reparación del derecho al olvido. La hipótesis del presente trabajo es si el derecho al olvido favorece la eficacia jurídica de un fallo de derecho al honor de las personas.

La primera fase de este trabajo se realizará mediante la técnica del análisis documental empleando como instrumento una guía de observación que permitirá determinar en qué legislaciones de países iberoamericanos ya existe el derecho al olvido, el universo de esta fase será el las legislaciones de países iberoamericanos y la muestra los documentos que estos poseen sobre este tema.

Los instrumentos de recolección de datos serán diseñados por el suscrito investigador, haciendo una elaboración de los instrumentos de recopilación de datos. Los instrumentos fueron elaborados empleando como estructura las variables de la hipótesis que en el presente estudio ha sido elaborada en los siguientes términos: *El derecho al olvido favorece la eficacia jurídica de un fallo de derecho al honor.*

Para ello, es importante analizar la doctrina brindada por los países que ya cuentan con este derecho incorporado a sus ordenamientos jurídicos. También es importante considerar los presupuestos fácticos que el Ecuador brinda en los últimos años de su historia republicana y finalmente, los antecedentes jurisprudenciales que brindan ciertas cortes en el mundo sobre la vulneración al derecho al olvido.

Con estos puntos se desarrollará el presente trabajo investigativo. Para poder llegar a una conclusión en el eventual caso de que la Corte Constitucional decida resolver el primer caso sobre derecho al olvido o supresión de datos personales, y de esta manera, incorporen el ordenamiento jurídico ecuatoriano el referido derecho y sus implicaciones.

Con la aparición del internet y las muchas redes sociales o plataformas digitales, se ha podido globalizar la información y en pocos minutos dar a conocerla muchas veces sin tener certeza o haberla contrastado previamente, perjudicando de esta manera a la honra y el honor de aquellos a quienes la información equivocada o no contrastada, se habla.

El derecho al olvido es precisamente un derecho derivado o conexo del derecho al honor, a la honra y al buen hombre, es decir, estos tres derechos deben de ser vulnerados cuando se pretende o pretenda demandar el derecho al olvido ante una corte. Pues, lo que se busca por medio de esta acción, es que se elimine, se borre, se pierda, en definitiva, se olvide, información incorrecta, vieja o equivocada, acerca de una persona, que se publicó de forma digital en un medio, plataforma o red social.

En países europeos donde ya se ha demandado el derecho al olvido, las cortes han ordenado que plataformas digitales eliminen de los buscadores o de sus portales digitales la información que antes se publicó y que lesionó la honra de una determinada persona, porque se confirmó que dicha información era incorrecta o su publicación fue mal intencionada. El problema en nuestro país radica en cómo coaccionar a una plataforma digital que muchas veces no tiene su domicilio dentro del territorio nacional. Entonces ¿cómo un fallo de una corte nacional en el Ecuador puede obligar a que una empresa en el extranjero cumpla con esa sentencia? ¿Cuál es el alcance que tendría un fallo ordenando el derecho al olvido en el Ecuador?

No cabe duda, que en el Ecuador hay muchos casos que pueden ser demandados o demandarse la reparación por el derecho al olvido. Existen muchos antecedentes de personas que teniendo sentencia favorable, medios digitales y la prensa en general han dado a conocer información que vulnera el derecho a la honra. El presente estudio o trabajo, abarcará la doctrina, casos prácticos en el Ecuador que pudiesen ser demandados por derecho al olvido, y los antecedentes de otros países donde ya se ha incorporado este derecho.

Términos clave utilizados:

Derecho al honor, derecho al olvido, restitución del buen nombre, supresión de datos personales, derecho informático.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.

El presente trabajo es una investigación pura porque constituye un aporte a la ciencia del derecho de forma cualitativa por la inexistencia de jurisprudencia en el Ecuador sobre este tema, la cual será aplicada a escala macro social, para determinar qué tan eficaz es un fallo por parte de una corte, tribunal o juez constitucional, ordenando que el derecho al olvido se aplique a un determinado caso.

Objeto de Estudio:

Desarrollar una investigación sobre el derecho al olvido y sus consecuencias jurídicas, que permita conocer cómo podría ser su aplicación en el Ecuador.

Campo de acción:

Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Planteamiento del Problema:

Verificar si la vulneración del derecho al honor en el Ecuador, puede ser reparado mediante el derecho al olvido, cuando la información de la persona se encuentra en la red.

En el mundo digital globalizado que vivimos hoy en día, la mayor parte de la información sobre cualquier persona o asunto la obtenemos de la web. Muchas veces existe información falsa, no contrastada, e incluso información equivocada sobre las personas, lesionando gravemente la honra o incluso la presunción de inocencia de una persona en una sociedad que cada día avanza más y más en asuntos informáticos. ¿Qué tan eficaz es un fallo por parte de una corte, tribunal o juez constitucional, ordenando que el derecho al olvido se aplique a un determinado caso? Aunque sabemos que este derecho puede estar implícitamente reconocido en otros derechos ¿Es posible aplicarlo en el Ecuador considerando que aún no ha sido reconocido como derecho y que no existen precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional ecuatoriana? Este es un derecho que se

ha desarrollado con el transcurso del tiempo, porque de tal manera que la sociedad evoluciona, el derecho evoluciona, de tal suerte que este derecho no existía hace unos 20 o 15 años o por lo menos no contemplábamos la posibilidad de que existiera y hoy en día, muchos países en el mundo lo han aplicado en sus cortes de justicia.

El planteamiento del problema contiene los siguientes elementos:

Preguntas de Investigación:

- ¿Es posible que se reconozca el derecho al olvido en Ecuador?
- ¿Existe algún antecedente en el Ecuador referente al derecho al olvido?
- ¿Podría ser eficaz un fallo de derecho al olvido en el Ecuador?

Objetivos de la investigación:

Objetivo General:

Determinar si podría ser eficaz un fallo que reconozca el derecho al olvido en el Ecuador, desarrollando una investigación cualitativa sobre el derecho al olvido y sus consecuencias que permita conocer cómo podría ser su aplicación en el Ecuador.

Objetivos Específicos:

- Analizar si existe la posibilidad de aplicar el derecho al olvido en diversos asuntos o determinar si este derecho sólo puede ser aplicable para ciertos casos en particular.
- Analizar qué tan eficaz resulta un fallo sobre el derecho al olvido en el Ecuador
- Determinar los países iberoamericanos que ya tienen el derecho al olvido reconocido en sus legislaciones. Técnica Análisis documental.
- Identificar el pensamiento de los juristas sobre el derecho.
- Determinar la importancia de incorporar el reconocimiento de este derecho en el Ecuador.

Justificación del Estudio.

Motivado por un litigio en mi carrera profesional, en el cual, mi defendido no fue declarado culpable y no recibió sentencia condenatoria por el supuesto delito cometido, se hizo justicia en el aspecto procesal, pero trajo como consecuencias que su imagen personal se vio agraviada y lesionada en la web por un ataque mediático. Respecto al juicio a penal pude encontrar solución jurídica y mi defendido hoy goza de libertad, pero no encontré resultados positivos sobre cómo corregir la imagen equivocada que refleja la web sobre mi defendido, toda vez que, este no fue hallado culpable.

Sin una respuesta directa para solucionar el problema de la honra de mi defendido, comencé a investigar sobre el derecho al olvido, el cual, no tiene precedentes en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, la doctrina es muy poca al respecto, pero ha sido aplicada en otros países del mundo con resultados un poco favorables, que en definitiva, alivian a la persona que sufre la vulneración del derecho al honor y al buen nombre. Como en el Ecuador no tenemos antecedentes normativos o jurisprudenciales sobre este derecho, justifico en esto mi investigación, que, junto con mi antecedente en mi carrera profesional, busco encontrar una solución eficaz para que este derecho pueda ser invocado en nuestro país.

La tesis analizará cómo se aplicaría en el Ecuador este derecho. Cuáles serían sus consecuencias, cuál sería el posible procedimiento a seguir y sobre todo, si sería eficaz un fallo que ordene la reparación del derecho al olvido por la inminente vulneración al derecho al honor a través de medios digitales.

Hipótesis.

La hipótesis del presente trabajo es si en el Ecuador el derecho al olvido pueda posiblemente favorecer a reparar el derecho al honor de las personas.

CAPÍTULO II.- MARCO TEÓRICO

Este capítulo comprende un análisis sobre el germen del derecho al olvido. Comprende de qué derecho nace previamente el derecho al olvido, sus implicaciones y en qué legislaciones iberoamericanas se ha aplicado de forma satisfactoria. Asimismo, este capítulo analiza todos los derechos conexos que serían reparados con el reconocimiento del derecho al olvido.

EL DERECHO AL HONOR, LA HONRA Y EL BUEN NOMBRE.

¿Qué es el derecho al honor?

Para conocer lo que es el derecho a la honra, es preciso saber primero lo que son los derechos humanos. De acuerdo a lo que afirma el profesor Pedro Nikken (1994), profesor de la facultad de ciencias jurídicas y políticas de la Universidad central de Venezuela, el concepto de derechos humanos corresponde a la afirmación de la dignidad humana frente al Estado. Derechos humanos que no son concesiones del Estado hacia las personas, no depende tampoco de su nacionalidad, raza o cultura, sino que son universales y son inherentes a todos y cada uno de los seres humanos.

Habiendo entendido esto, se debe de sobreentender que el derecho al honor es un derecho humano, un derecho inherente a todo ser humano. Para el profesor Marc Carrillo (1996), catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, los derechos personales han sido considerados bajo la protección incluso del derecho civil y en lo que respecta al derecho al honor, siempre se ha defendido a cabalidad su condición derecho personalísimo. De ahí que hoy en día, un agravio que atente contra la dignidad u honor de una persona, podría demandarse por una acción civil o penal según corresponda.

Por su parte, Muñoz Conde (1996), tratadista de Derecho Penal, sostuvo que el honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico-penal. Esto se debe a que se lo relativiza, pues, cuando existe un agravio al derecho al honor depende mucho de la sensibilidad de la persona, de su grado de formación de los sujetos procesales, sus relaciones interpersonales y las circunstancias en donde se desarrolló el hecho.

Alguien que concuerda con Muñoz Conde es el profesor Herrera Tejedor (1994), el cual también sostuvo que existe una clara dificultad en dar una definición estricta del bien jurídico del honor de una persona. Esto se puede deber a que este concepto es muy concurrido por diversos tipos de circunstancias, estas pueden ser circunstancias de carácter personal, sociales o temporales. Todo esto hace que se relativice el derecho al honor y no se pueda dar una definición concreta y específica.

Para Antonio Quintano Ripollés, jurista español destacado como Magistrado y Tratadista de Derecho Penal, el concepto jurídico del honor es como “el valor individual de estimación que la sociedad acuerda a todo hombre, tutelándolo contra los ataques en la medida que la propia sociedad estima como relevante”. Es decir, ante todo, para este autor es inminentemente una garantía del Estado que tutela en la medida del daño, al considerarla que es como “valor individual acuerda a todo hombre” y “en la medida de que la sociedad estima” prácticamente la estaría relativizando su concepto y sometiendo a las circunstancias que concurren o antecedentes de hecho.

En la jurisprudencia ecuatoriana, la Sentencia No. 1373-16-EP/20 (2020) la Corte Constitucional del Ecuador, cita el siguiente concepto respecto al derecho al honor: “(...) el honor es un bien inmaterial predominantemente cultural, que se colige a la percepción de dignidad humana, a la reputación y buen nombre que la persona adquiere por su conducta o procedimiento en la sociedad en que se desenvuelve”.

En consecuencia, hemos podido evidenciar que el concepto de derecho al honor es un concepto inminentemente doctrinal, pero que este concepto puede cambiar según la concurrencia de circunstancias volviéndolo un tanto relativo y cambiante. De tal manera que, no es lo mismo que se vulnere el derecho al honor de un funcionario del Estado o personaje público, que el de una persona que no ostenta esta dignidad y no abarca una fama o popularidad por el cargo u oficio que tiene.

Si bien es cierto, todos gozamos de los mismos derechos en igualdad de condiciones, pero en el ejemplo antes mencionado, no se estaría considerando que hay desigualdad o que el ejemplo es discriminatorio, dado que es evidente que el daño sería mucho mayor si este derecho se vulnera a una persona que ostenta un cargo de tal envergadura y quizás no sea un daño tan fuerte si se trata de una persona que no lo ostenta. Puede ser que el daño este perpetrado ante los ojos de la sociedad y que los demás lo consideren como tal, pero es posible que la persona que recibe el agravio no tenga tanta sensibilidad como para considerar que su honor deba ser reparado por medio del aparato judicial.

Éstos dos ejemplos son los tipos de circunstancias del sinnúmero que pueden existir y que pueden converger al momento de la vulneración de este derecho y es por esto que, las definiciones antes mencionadas sostienen comúnmente que la vulneración de este derecho se debe mucho a las circunstancias donde incluso una de estas puede ser un límite, como lo es el de la libertad de expresión, en el cual hablaré más adelante en este trabajo investigativo, de tal manera que entendiendo lo que implica el derecho al honor, podemos entrar a concluir su concepto o definición.

Existen varias corrientes que pueden definir al derecho al honor. Por un lado la doctrina debate posiciones distintas, tales como la posición fáctica del honor, y por otro lado una posición normativa, para que finalmente exista una posición mixta que abarca a las dos anteriores, conocida como posición fáctica normativa (Gómez, 2010).

La posición fáctica, abarca un doble sentido, por un lado el objetivo basado en la representación que la sociedad le hace a un sujeto, y por otro lado el subjetivo, que es la concepción que cada persona tiene de sí mismo en lo que considera a su honor.

Finalmente la posición mixta, es decir, la fáctica normativa, mezcla la concepción de las dos anteriores, y que en palabras de José Gómez Garrido (2010) en su libro derecho al honor y persona jurídica, no llega a ser clara esta concepción, porque los distintos autores argumentan distintas posiciones de esta.

Pero dejando muy de lado la concepción doctrinaria sobre el derecho al honor y su clasificación, podemos concluir que el derecho al honor hoy en día no es más que el derecho que tiene una persona a una reputación, que en este caso es el buen nombre que tiene cada uno. En consecuencia, cuando la constitución reconoce al derecho al honor como un derecho, está

reconociendo que toda persona tiene derecho a que sus semejantes le reconozcan como la persona se merece, sin sufrir interferencias o improperios indeseados, siendo este entonces, un derecho esencial para poderse relacionarse en la sociedad (Gómez, 2010).

El derecho al honor es una manifestación del principio de igualdad. Lo ha sido históricamente cuando la sociedad se encontraba dividida por cuestiones sociales, económicas o de cualquier índole, pues, es en lo que nos parecemos todas las personas sin distinción alguna. Es decir, el honor es el mínimo reconocimiento que tiene y ha tenido cada persona a lo largo de la historia y hoy en día, es un derecho que es irreductible.

Es de ahí donde podemos pensar que parten los derechos fundamentales pues, esa dignidad, ese honor, o esa honra, propio de toda persona, es tan fundamental que no puede ser arrebatado ni siquiera por el poder público. De esta manera es como entendemos que el honor de toda persona, tiene una importancia trascendental en los ordenamientos jurídicos de los países y es así que hoy en día, con el nuevo constitucionalismo, la dignidad es la base para todos los derechos. Partiendo del análisis de los diversos tratadistas antes señalados, me permito hacer una diferenciación entre dignidad, honra, honor y buen hombre.

¿Qué es la dignidad humana?

En palabras de Kant, la dignidad es aquella que toda persona merece que se le reconozca, a fin de que se respete y se tutele ontológicamente a una persona, y en consecuencia, toda persona debe tener el derecho a esta dignidad. Es decir, que se respete su calidad de ser humano comenzando por reconocer su propia existencia, su individualidad, y su autonomía (Gutmann, 2019).

La palabra dignidad se origina de latín dignus que significa que se merece, lo cual implica una posición de prestigio frente a las demás cosa (kant, 1785). Para Kant, las cosas son aquellas que por su naturaleza no son racionales, y en consecuencia, no tienen más valor que el relativo de simples medios y cuya existencia no depende de nuestra voluntad sino de la naturaleza; por su parte, en cambio, las personas son seres racionales, ya que por su naturaleza misma pueden crear sus propios fines, lo que significa que, algo no debe utilizarse como medio, y en consecuencia, restringiría la libertad de cada persona.

Si se observa a la dignidad humana como el principio del cual se originan o derivan el resto de derechos humanos, se puede concluir que, esto implicaría una satisfacción de las necesidades o exigencias mínimas para la vida de cada persona y que ello conlleva que esta dignidad sea reconocida por ser inherente a todos los seres humanos (Stellino, 1994).

Para Robert Alexy (2008), la dignidad humana debe de contener un concepto unitario. Alexy calificó a la dignidad humana como aquella que implica que ninguna persona puede ser tratada como un objeto, y que el solo hecho de definirla como un grupo o conjunto por la concurrencia de alguna condición o exclusión, siempre quedarán discrepancias sobre el mismo. Por lo tanto, para definir a la dignidad humana según Alexy, se debe únicamente utilizar fórmulas generales.

Otros autores como Anton Vives han sostenido lo siguiente sobre la dignidad humana: "La dignidad de la persona constituye la esencia misma del honor y determina su contenido. Si bien la dignidad es única e igual para todos, las diferentes posiciones y situaciones de los individuos computan que el respeto a esa dignidad y los ataques a la misma requieran una determinación circunstancial"(Vives. P.74)

Podemos concluir que, la dignidad humana tiene tanto valor como un derecho fundamental, tanto es así que nuestra propia Constitución del Ecuador redactada en la Asamblea Constituyente del año 2008, decidió hacer respetar la dignidad humana de todas las personas y colectividades en todos los aspectos. En tal sentido, la dignidad humana se convierte en un valor trascendental para el desarrollo de todos los pueblos, y en consecuencia, se encuentra implícito a todos los derechos reconocidos en la Carta Magna y por ello se le dio rango de jerarquía constitucional, más allá de que la convención americana derechos humanos ya lo considera como un derecho fundamental en el artículo 11.1 de dicho cuerpo legal (2008).

EL DERECHO A LA HONRA

Partiendo del análisis ya realizado, el derecho a la honra es un derecho que está muy ligado al derecho al honor y a la dignidad humana, todos estos últimos podríamos decir que se encuentran

entrelazados unos con otros. La convención americana de derechos humanos (1969) en el artículo 11 da su definición al respecto:

Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. La protección de este derecho está garantizada en todas las Constituciones de los Estados partes y en los convenios internacionales pero con diferentes matices, pero hay que reconocer que es un derecho que a pesar es un derecho irrenunciable e imprescriptible, ha estado en permanente conflicto con los medios de comunicación.

No cabe duda que, el derecho al honor y la honra lleva implícitamente como valor trascendental la dignidad humana. Una dignidad que como se mencionó anteriormente, no puede ser arrebatada ni siquiera por el poder público, pues, la poseemos todos los seres humanos sin excepción, ya que como se mencionó anteriormente, la dignidad humana es ese reconocimiento mínimo que tienen todas las personas, y ese reconocimiento o dignidad debe ser respetado también implícitamente en su reputación y buen hombre.

Pero de acuerdo a su significado, podemos identificar si el honor y la honra son el mismo concepto o no. Tomando un diccionario jurídico elemental se pudo encontrar el siguiente concepto de honra: “Vocablo de diversas acepciones, entre ellas: estima y respeto de la dignidad propia. Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito. Pudor, honestidad y recato de las mujeres. Con independencia del valor social que esas virtudes pueden tener, ofrecen otro de índole jurídico, por cuanto la ley reconoce a todas las personas el derecho de defenderlas y de impedir a otros que la ataquen” (Cabanellas, 1979. P.186)

Si se toma el concepto inicial que brinda Guillermo Cabanellas, se puede entender que la honra es esa “estima y respeto de la dignidad propia de cada persona”, pero al mismo tiempo, vemos que engloba el concepto de “buena opinión y fama adquirida”, la cual, la cual podría considerarse como honor. Por su parte, tal como se revisó anteriormente, el honor en cambio es esa reputación o reconocimiento mínimo que tiene cada persona por su calidad y dignidad de ser

humano. Reputación que en muchos casos es una cualidad o calidad moral que impulsa a una persona determinada a actuar de acuerdo a su deber o sus convicciones. (Carrillo, 1996)

Cabanellas de Torres (1979. P.186) refiere lo siguiente respecto a la honra: "...de ahí que los ataques a la honra constituyen dos tipos de delito: uno relacionado con las agresiones al honor que son la injuria, calumnia y difamación; y otra con las agresiones a la honestidad que son el estupro, raptó, violación y corrupción...". Si Cabanellas refiere que el respecto a la honra implica no agredir el honor de una persona ya sea con una injuria, calumnia o difamación, podemos concluir que a pesar de que el honor y la honra son conceptos similares, no son exactamente lo mismo.

En consecuencia, si el honor es esa reputación de la que goza toda persona por su calidad y dignidad de ser humano, la honra es ese respeto que todos debemos tener hacia cada persona por el hecho de que cada uno goza de su dignidad de ser humano, que se traduce como el honor. Es decir, el derecho a la honra, es el respecto al honor de cada persona. De ahí que la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) consagra en su artículo 11 el respeto a la honra, y asimismo, nuestra Constitución lo ratifica en el artículo 66 numeral 18 mencionándolo como derecho al honor, porque si toda persona tiene derecho al honor, estamos hablando que toda persona tiene derecho a la honra.

LA REPUTACIÓN Y BUEN NOMBRE

La reputación

La reputación vendría hacer lo que los semejantes tienen una idea acerca de uno mismo. En otras palabras, si una persona considera que otra es buena o mala, inteligente o poco inteligente, guapa o fea, no hace otra cosa sino que, reconocer unas características de la otra persona, es decir, un juicio de valor (Carrillo, 1996).

Pero en lo que atañe a este estudio e investigación, la reputación de una persona está íntimamente ligado al derecho de honor y buen nombre reconocidos en la Constitución del Ecuador (2008) y en muchas constituciones a nivel de América, Europa y resto del mundo. Lo que en el fondo significa que, se reconozca que los demás tengan una imagen de uno mismo que uno cree

que se merece, sin sufrir ningún tipo de daño, agravio, juzgamiento o juicio de valor indeseado; ya que esto es un derecho esencial para poder desarrollarse en sociedad con los demás.

Lo que sí llama la atención, es que la Constitución (2008) reconozca el derecho al honor y el buen nombre de cada persona pero, no reconozca el derecho a la buena reputación de cada persona. Es decir, la Constitución no garantiza que a una persona la deban de tratar de cierta manera, obligando a los demás a reconocer en la persona algo que probablemente es inexistente, lo que reconoce la Constitución en el derecho al honor es que se respete a la persona por lo que esta considera que es y por lo que no es, de tal suerte que, no se haga juicios de valores equivocados sobre esta.

Pero este derecho tampoco garantiza que sólo se sepan las cosas positivas de una persona, algo así como una falacia o falsedad, como lo es en el caso de las personas que se encuentran privadas de la libertad por haber sido declaradas culpables en un proceso penal y cuya sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada, ya que nuestro Estado también garantiza que se reconozca la identidad de aquellas personas que han cometido un tipo penal contra el Estado o cualquiera de sus ciudadanos. En consecuencia, lo que sí busca el derecho al honor es que no se empeore aquella reputación que injustificadamente se dice de una persona.

Esto de empeorar, significa que a una persona se le atribuyen cualidades negativas, ya sea porque esta cometió un delito o porque tiene tal o cual característica negativa que hacen que de alguna manera descienda la consideración o respeto que sus semejantes tienen sobre esta. Así por ejemplo, si se habla negativamente de una persona por parte de un colectivo o grupo de personas, la reputación de la primera se verá disminuida aunque incluso esta información sea falsa.

Por otro lado, si muchas personas comienzan hablar positivamente de una tercera, no se estaría vulnerando el derecho al honor por ningún concepto, más por el contrario, el respeto y consideración a esta última, crecerá o será mayor. Estas clases de atributos, sean estos positivos o negativos, hacen que una persona pueda verse afectada en su derecho al honor. En cualquiera de los dos aspectos o circunstancias, la reputación de una persona es la que se encuentra en entredicho o en consideración.

Esta clase de problemas se ve muy frecuente hoy en día con las redes sociales o plataformas digitales, donde podemos encontrar un sin número de información de personas – sea positiva o negativa – y que aparentemente no podemos borrarla fácilmente de la web. Al hablar de la web, la

vulneración del derecho al honor o buen nombre toma otra connotación, pues, se ve inmersa en cuestiones de carácter digital, y en consecuencia es inevitable mencionar que estaríamos hablando prácticamente de datos de carácter personal del vulnerado.

Pero hoy en día, las redes sociales y los datos de carácter personal se ven relacionados con el derecho a la libertad de expresión. Como lo mencioné anteriormente en este trabajo investigativo, el derecho al honor tiene su limitante y es el derecho a la libertad de expresión y viceversa, siendo un verdadero problema el primer caso. Esta libertad de expresión, hoy en día es muy utilizada en las redes sociales. Al ser las redes sociales una plataforma digital, constituyen un mecanismo que utilizado por los medios de comunicación y las personas en general a nivel mundial. Este conflicto de derechos supone un análisis para identificar y ponderar qué derecho debe aplicarse en un determinado caso de vulneración del derecho al honor.

La relación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor

Como lo había mencionado anteriormente, el honor es un derecho fundamental propio de la dignidad de humana de cada persona que no puede ser arrebatado por ninguna persona y menos por el Estado. En la mayoría de los casos, este honor es lo que hace que impulsen a los seres humanos a conseguir un tipo de conducta que permita su propia estimación, lo cual engendra a su vez el derecho a la honra, que es ese respeto al derecho al honor. Pero ¿qué sucede cuando este derecho choca con el derecho de expresarse libremente que tienen todos los demás?

Existe una relación directa entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, por lo cual, surgen un sinnúmero de conflictos o problemas alrededor de la relación de estos dos derechos. Actualmente, distintos instrumentos internacionales acopian y regulan el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la honra.

En nuestra Constitución (2008) el derecho a la libertad de expresión está contemplado en el artículo 66 numeral 6, el cual, garantiza a todos los ciudadanos libertad de expresar cualquier idea o pensamiento que surja de su fuero interno y expresarlo en todas sus formas o manifestaciones. De igual forma, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), contempla este derecho en su artículo 13, numerales 1 y 2, y es de destacar que el numeral 2 del referido artículo hace referencia a la protección de la honra y buen nombre de cada persona.

Al hablar de libertad de expresar de acuerdo al artículo 66 numeral 6, lo que pensamos y poderlo expresar en todas las formas o manifestaciones, se puede considerar que existen dos puntos importantes a analizar. El primero podría ser que se puede expresar libremente y sin límites cualquier pensamiento, sean estos pensamientos positivos o negativos y; el segundo podría ser que no existen límites para expresar este pensamiento y que podemos utilizar cualquier medio para hacerlo.

Las Cortes Internacionales de Derechos Humanos en general, han reglado que el derecho a la libertad de expresión tiene ciertas limitaciones, recalcando que los discursos que se encuentran totalmente prohibidos son aquellos que en general contienen aspectos negativos tales como: odio por discriminación, apología del delito o la violencia, pornografía infantil, entre otros.

Pero el límite que surge en cuanto al derecho al honor, es que no puede ser utilizado indiscriminadamente para destruirlo o destruir la reputación de cualquier persona. Si bien es cierto, uno tiene entera libertad para expresar lo que uno piensa sobre una persona, un lugar, una circunstancia o cualquier cosa en general, esto no significa que, so pretexto de utilizar el derecho a la libertad de expresión, se puede destruir la honra, el honor y buen nombre de otra persona. Para esto, existe el campo del derecho civil y penal, los cuales dependiendo del daño pueden sancionar punitiva o pecuniariamente al infractor.

El problema del derecho a la libertad de expresión respecto al derecho al honor, se puede decir que se comienza a convertir en un problema con la existencia de las redes sociales. Hoy nuestra sociedad cuenta con redes sociales en las que el principal motivo para utilizarlas es la libertad de expresión y pensamiento. Redes sociales donde las personas expresan lo que piensan y donde toda comunicación que se desarrolla en ella, implica la existencia de un mensaje, un contenido que es transmitido a los demás y que en definitiva es el objeto del derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, la libertad de expresión es un derecho muy utilizado por los medios de comunicación, el cual se asocia con el derecho a la libre búsqueda, acceso, producción y publicación de la información.

Los medios de comunicación también utilizan redes sociales para informar a la sociedad, los cuales incluso se encuentran respaldados por organismos como la UNESCO (UNESCO, 2019) que es el organismo de las Naciones Unidas en el que su objetivo principal es promover “la libre circulación de ideas por medio de la palabra y de la imagen”, de tal manera que fomenta la creación de medios de comunicación libres, independientes y pluralistas difundidos a través de cualquier plataforma o formato, lo que implica la utilización de medios digitales, entre estos, las redes sociales.

La relación conflictiva entre ejercicio de la libertad de expresión, es decir, lo que publican los medios de comunicación y lo que se considera lesión al honor de las personas no tiene un límite fijo predeterminado. Como se ha mencionado anteriormente en este trabajo, todo dependerá de cada caso y persona.

Al respecto, la sentencia No. 1373-16-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador (2020), establece ciertas consideraciones al respecto: “El derecho a la libertad de opinión y de expresión es una derivación del derecho fundamental de todo ser humano a la libertad personal, se puede decir que este derecho protege a los ciudadanos en dos vías, tanto a quien se expresa como a quien recibe la expresión en cualquier medio”; “(...) el honor es un bien inmaterial predominantemente cultural, que se colige a la percepción de dignidad humana, a la reputación y buen nombre que la persona adquiere por su conducta o procedimiento en la sociedad en que se desenvuelve”.

“La Sala cita lo que la jurisprudencia interamericana ha definido como libertad de expresión, y enfatiza que la Corte ha señalado que este derecho: es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción (...) y que en el debate sobre asuntos de interés público, se protege tanto la emisión de expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos, a los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un sector cualquiera de la población”

“El derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicia el debate democrático”. Claramente se puede apreciar que la Corte Constitucional del Ecuador (2020) utiliza criterios para garantizar ambos derechos, tanto la libertad de expresión, así como el derecho al honor y a la honra.

Uno de los argumentos por los cuales se apoya la Corte es precisamente que sin libertad de expresión y de información no se puede establecer un debate para contrarrestar la corrupción por parte de funcionarios del Estado. No se puede, so pretexto de respetar el derecho al honor, no denunciar actos de corrupción o irregularidades por parte de funcionarios del Estado en el desempeño de sus funciones. Distinto sería que se pretenda disminuir la honra de una persona sin ningún motivo y sin haber cometido alguna irregularidad en el cargo que desempeñan, en este caso, hay una vulneración del derecho al honor y da lugar a activar el aparato judicial.

Obligaciones del Estado ecuatoriano frente al derecho al honor, honra y buen nombre

El Ecuador cumple con garantizar los derechos de la constitución y los tratados internacionales a través de garantías constitucionales. Recordemos que su deber más alto es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Para esto existen muchos mecanismos de índole judicial que permiten el resarcimiento y reparación de un daño causado por la vulneración de un derecho. Asimismo, existen mecanismos que pueden prevenir la vulneración del derecho.

Estos mecanismos que son conocidos como garantías jurisdiccionales, permiten que los derechos sean justiciables. Estas garantías las podemos encontrar a partir del artículo 76 de nuestra Constitución comenzando por el famoso derecho al debido proceso. El debido proceso y este debido proceso incluyen las demás y siguientes garantías básicas.

Por su parte, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, mediante sentencia N.º 077-12-SEP-CC, respecto del principio en mención señala: "En el sentido formal, el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado sino de conformidad al procedimiento previamente establecido, a fin de cumplir con el principio de "nadie será sancionado sin que exista observación al trámite propio de cada proceso". Esto supone que desde el punto de vista formal, el debido proceso es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por la autoridad competente en la oportunidad y lugar debidos, con las formalidades legales, conjugándose en él los principios de legalidad y de juez natural, limitados en el tiempo, en el espacio y el modo".

Actualmente, mediante las garantías jurisdiccionales cualquier persona que sienta que se le ha vulnerado un derecho, puede acudir a estos mecanismos a fin de que se le repare el derecho o se prevenga que se cometa la vulneración. De tal manera que el derecho al honor, así como el derecho a la libertad de expresión, pueden ser invocados en cualquier momento en que existe una transgresión a los mismos.

En el caso del derecho al honor, se puede ir mucho más allá del campo constitucional. Como lo mencioné anteriormente, puede interponerse acciones en la vía civil, así como acciones en la vía penal. Todo dependerá del tipo de agravio recibido, el cual, puede traer como consecuencia una sanción punitiva o pecuniaria a su autor.

En cualquiera de estos casos, el Estado está en la obligación de velar por la protección de los derechos, esto implica garantizar su cumplimiento y los medios para que se garanticen. Según sea el caso, estos derechos de alguna manera pueden protegerse hoy en día, pero el problema ocurre cuando no existe estas garantías cuando se trata de un derecho que todavía no ha sido reconocido, el cual necesita de la interpretación y orientación del propio Estado a través de sus organismos competentes para poder garantizar su protección. Es decir, los Estados están obligados a adoptar medidas de carácter político, económico, social y cultural necesarias para evitar que se den violaciones de derechos humanos. Entre estas medidas de prevención se encuentran leyes, políticas públicas, acciones de capacitación, formación y difusión, así como, de ser el caso establecer que conductas generan violaciones de derechos humanos, y establecer la correspondiente sanción.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

¿Qué son los datos de carácter personal?

Es fundamental primero establecer qué se puede considerar como información personal. Para el presente análisis se puede iniciar sosteniendo que los datos personales es toda información, que pudiese directa o indirectamente, identificar o asociar a la persona física a que se refiere dicho dato personal, vinculando un registro de información y volviendo el mismo una referencia directa con dicha persona y que al gozar de independencia de su procesamiento, aquellos datos sean suficientemente vinculantes, como para poder revelar aspectos de una determinada persona (Palazzi, 2002).

En Europa, el Reglamento General de Protección de Datos (2018) es el reglamento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este reglamento entró en vigor el 25 de mayo de 2016, pero su aplicación fue a partir del 25 de mayo de 2018, dos años durante los cuales las empresas, las organizaciones, los organismos y las instituciones se fueron adaptando para su cumplimiento. Es una normativa a nivel de la Unión Europea, por lo que cualquier empresa de la unión, o aquellas empresas que tengan negocios en la Unión Europea, que manejen información personal de cualquier tipo, deben necesariamente acogerse a la misma.

Partiendo de este análisis normativo comparado, se puede entender que, los datos personales son toda información que se refiere a cualquier dato o información de la persona, que es o puede ser identificado por medio de informaciones como: el nombre, la dirección, la fecha de nacimiento, la nacionalidad, sexo, antepasados, estado civil, situación económica, situación financiera, profesión, religión, costumbres y familia, etc.

No obstante, en el Ecuador la ley claramente distingue lo que puede ser un dato de carácter personal y lo clasifica legalmente como confidencial, siendo un claro ejemplo lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (2010) que en su artículo 6 establece: “Art. 6: Accesibilidad y confidencialidad. - Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales”.

De lo antes mencionado se puede concluir que, los datos personales en el Ecuador son confidenciales, es decir, toda información a la que hace referencia el este artículo 6, pone en evidencia que dicha información es personalísima, confidencial y nadie puede proporcionarla, salvo que su titular desee hacerlo público. Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, deben manejar con mucho cuidado la información de terceros. Así, por ejemplo, en el sigilo bancario, la información de los cuentahabientes es estrictamente confidencial en todo aspecto. Pero el grado de confidencialidad de estos datos personales, determinan la medida del daño o menoscabo que pueden provocar a su titular.

¿Cómo se clasifican los datos de carácter personal?

Para el profesor Lenin Hurtado Angulo (2010), en su libro “Manual de Derecho Informático”, los datos de carácter personal se clasifican de acuerdo al nivel de confidencialidad de estos. Es decir, de acuerdo al grado de afectación a la intimidad por la divulgación de los mismos. Desde este punto de vista, resulta un poco subjetivo determinar taxativamente una clasificación sobre los datos personales y el grado o clasificación de estos.

Es así que los datos personales, que se encuentran en registros públicos, tienen la característica de ser personales pero públicos a la vez por el acceso en los que estos se encuentran, entre los cuales podemos encontrar, los nombres, estado civil, profesión, ocupación, etcétera, de cada persona. Son personales, y por ello su titular goza del derecho de protección de los mismos, pero a la vez son público, convirtiéndolos de fácil acceso para cualquier persona.

Ahora bien, el acceso a la información pública supone un derecho, pero este derecho debe tener su equilibrio o regulación, que es el derecho de protección a los datos personales y a la privacidad, porque si bien es cierto debe existir un derecho de acceso a la información también debe regularse un derecho a la privacidad y a la protección de datos personales. La persona puede exigir que no sean divulgados, pero tampoco puede impedir que un tercero realice una búsqueda de los mismos y acceda a ellos en registros públicos, tales como el Registro Civil, La Superintendencia de Compañías, el Registro Mercantil, etc. (Hurtado, 2010).

Pero al mismo tiempo, existen datos personales que pueden llegar a ser privados enteramente, es decir, aquellos que tienen un nivel muchísimo más alto de confidencialidad, tales como la información de su patrimonio, el origen de sus ingresos económicos, la identidad de los miembros de su núcleo familiar, su orientación sexual, los cuales pueden considerarse como datos sensibles, que concuerda con lo que establece Artículo 66 numeral 11 de la Constitución del Ecuador (2008) en que nadie puede ser obligado a revelar sus convicciones relacionadas con su fe religiosa, pensamiento político u orientación sexual.

De esta manera, podemos determinar que existen datos personales que son públicos y que las personas no pueden impedir el acceso a que otros los revisen, pero asimismo, también existen datos personales que podemos catalogar como sensibles, los cuales sí tiene una mayor protección desde el punto de vista del acceso a la información.

El Estado ecuatoriano garantiza la protección de ciertos datos de carácter personal que implican la categoría de información “sensible”, que muchas veces está contenida en fallos judiciales por procesos como los procedimientos penales en los cuales existe abuso sexual a menores de edad o cualquier delito relacionado a este tipo penal (Hurtado, 2010).

Los procesos o juicios y sobre todo las decisiones judiciales, contienen información sobre antecedentes de hechos relacionados al delito cometido a una persona o su agresor. Son antecedentes que podrían influir en la difamación del honor de la víctima o de su victimario, sabiendo que este último pese a cometer un delito, tiene derecho a rehabilitarse y ser reinsertado en la sociedad. De esta manera el Estado garantiza que no se vulneren otros derechos como el derecho al buen nombre o el derecho al olvido, este último, algo que tocaremos posteriormente en este trabajo académico (Hurtado, 2010).

Desde la doctrina de los derechos humanos, se puede observar que los Estados tienen obligaciones para que las personas puedan ejercer el derecho su derecho a la honra y buen nombre. Teniendo claro que es responsabilidad del Estado el proteger y tutelar el derecho de protección de datos personales, debe estudiarse el alcance y el criterio de los assembleístas constituyentes al momento de redactar y establecer el reconocimiento del derecho, al cual el artículo 66 numeral 19 de nuestra Constitución Política (2008), menciona en su numeral 19: **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 19.- El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

Al constituir un derecho de protección a los datos de carácter personal, se debe iniciar considerando que la Constitución (2008) brinda la capacidad de que los ciudadanos podamos tener acceso a nuestra información y de igual forma decidir sobre la disponibilidad de la misma en relación a su nivel de información y datos que incluya, garantizando que indistinto del nivel de información que decida la persona proporcionar, tiene el derecho de poder exigir la protección de la misma (Hurtado, 2010).

Su entrega, recolección, archivo, gestión, procesamiento, distribución o difusión queda protegida por la ley, siendo el caso de que de ser la misma objeto de análisis o estar inmersa en base de datos, la misma goce de la protección de que no pueda difundirse sin una autorización expresa de su titular, siendo este derecho el reconocimiento implícito de muchos derechos de igual jerarquía (Hurtado, 2010).

Dentro de esta capacidad del ciudadano de decidir sobre su procesamiento, distribución o difusión de su información de carácter personal, podemos considerar que, por los avances de la tecnología y la informática, nuestra información puede ser susceptible de ser difundida aun incluso sin el conocimiento o voluntad expresa del titular de dicha información, para lo cual es importante que la normativa emitida por el estado contemple medios eficaces y sostenibles de poder regular y proteger dicha información, permitiendo que la misma de forma responsable y cumpliendo las garantías constitucionales, pueda ser un aporte a la sociedad en la medida de que pueda ser objeto de análisis metodológico y científico en estudios de desarrollo o indicadores sociales, este claro enfoque puede materializarse con la promulgación de leyes como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2015), que en su título tercero sobre “derechos y obligaciones” establece en el artículo 22 numeral 4: *Art. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios. Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: 4. A la privacidad y protección de sus datos personales, por parte del prestador con el que contrate servicios, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.*

Pero en la misma norma se promulga obligaciones a los ciudadanos que decidan utilizar los servicios de telecomunicaciones, obligándolos a tener que proporcionar sus datos personales para llevar un control y registro de los mismos en las bases de datos de las entidades públicas o privadas que administren y brinden servicios destinados a usar el espectro radioeléctrico, que es un recurso natural y un sector estratégico para el estado. *Art. 23.- Obligaciones de los abonados, clientes y usuarios. Los abonados, clientes y usuarios de los servicios de telecomunicaciones, están obligados a lo siguiente: 4. Cumplir con las obligaciones de empadronamiento o registro de identidad, tales como proporcionar sus datos personales de identificación asociados a la línea o número telefónico, de conformidad con las regulaciones que se dicten al respecto.*

Así mismo, la obligación para los prestadores de servicios, de proteger dicha información: *Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.*

Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: 14. Adoptar las medidas necesarias para la protección de los datos personales de sus usuarios y abonados, de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas.

Queda claro que en el Ecuador los datos de carácter personal tienen una protección que sobrepasa el rango constitucional. Que quienes quieran proporcionarlos, necesariamente deben solicitar la autorización expresa de su titular y que además, el tipo de confidencialidad va de acuerdo al grado de posible afectación en caso de ser divulgada. Pero ¿qué sucede cuando la información a pesar de tener una protección de carácter supraconstitucional donde se garantiza su confidencialidad, es proporcionada sin autorización de su titular? Es ahí donde entra en juego otro derecho, el derecho a la intimidad personal, derecho del cual todos gozamos. No obstante de esto, no existe una norma que se encuentre de forma taxativa en la reconocida Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y que refiera la protección de datos personales.

Al respecto, en el año 2012 el Comité Jurídico Interamericano, ha presentado una propuesta de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales para los países de América. El motivo de este conjunto normativo es instar a los Estados que son miembros de la OEA a que adopten todas las medidas y creación de leyes que protejan la privacidad, la reputación y la dignidad de sus ciudadanos a fin de que se garantice el derecho a la privacidad.

Actualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del comité jurídico interamericano ha establecido un proyecto de ley para todos los Estados partes, conocida como “Ley Modelo de Protección de Datos Personales”, a fin de que los Estados partes que no cuentan con un marco normativo al respecto, puedan tomar como modelo todos los puntos que contemplan esta ley, ya que es necesario establecer un conjunto de principios y derechos en los que en los estados partes puedan adoptar y desarrollar de forma general en sus ordenamientos jurídicos las reglas referentes a la protección de datos y que estas normas adoptadas por los Estados sean uniformes y coherentes en toda la región, teniendo en cuenta las directrices de la Unión Europea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), etc.

El objetivo de este proyecto de ley o guía legislativa es que los Estados partes se exhiban en los principios de privacidad y protección de datos personales adoptados en 2012 por el comité, proporcionando un contexto más amplio y una orientación en la elaboración de leyes nacionales en cada país.

Actualmente esta guía legislativa o ley no ha sido promulgada, pero a pesar de esto, ya existen algunos países de América, como es el caso del Ecuador, que cuentan una ley que brinda protección a los datos personales con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial Suplemento 439 del 18-feb.-201 y está por ser publicada en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, la cual, en fecha 21 de mayo de 2021 ha sido sancionada por el Presidente Lic. Lenín Moreno Garcés y remitido sin objeciones a la Asamblea Nacional para su publicación.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU PÉRDIDA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS INFORMÁTICAS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Existen circunstancias propias de la cotidianidad y de las sociedades con altos niveles de irrespeto de la privacidad que pueden propiciar un develamiento de información de datos personales que el titular de los mismos no esté de acuerdo con su difusión, esto puede desencadenar un desequilibrio en la capacidad de proteger el prestigio de la persona afectada (Palazzi, 2002).

Uno de los grandes problemas de hoy en día es que la tecnología permite la posibilidad de procesar grandes volúmenes de datos personales a grandes velocidades, lo cual, constituye un peligro al que están sometidos los datos personales y frente al cual, el Derecho o el aparato judicial deben reaccionar de inmediato, ya sea de forma preventiva o sancionatoria, ante la vulneración de un derecho a la intimidad personal (Hurtado, 2010).

La incorporación de herramientas tecnológicas o informáticas para el procesamiento de datos personales, tienen origen en la imperativa necesidad de su protección (Hurtado, 2010). En definitiva, lo que se busca proteger es el derecho a la intimidad personal que se encuentra plasmada en datos personales y si se llega a vulnerar dicho derecho por su divulgación o mal uso, según el caso, surgiría la garantía del derecho al olvido, derecho que desarrollaremos más adelante.

Por ello, el profesor Lenín Hurtado (2010) cita a Miguel Dávila, el cual, este último lo define de la siguiente forma: “Entendemos por protección de datos, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros en forma no autorizada de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal social o profesional en los límites de su intimidad”

Considerando pues, que la protección de datos personales se tome en cuenta en base a la noción de intimidad y teniendo presente que no se puede clasificar taxativamente los datos personales, se concibe la “teoría de las esferas” para definir el concepto de intimidad en los datos personales. Básicamente se trata de una estructura, la cual se forma a través de círculos, donde cada uno contiene información personal con diferentes grados de confidencialidad e intimidad y mientras más vamos hacia adentro, mayor es el grado de intimidad o confidencialidad hasta llegar a la información sensible en el núcleo de la estructura. Mientras yo no me meto en el núcleo de la estructura, menos estaré invadiendo la intimidad personal de esa persona.

El Estado por su parte, como resultado de una posible vulneración a este derecho, planteó una garantía jurisdiccional conocida como Habeas Data, la cual permite accionar del aparato judicial a aquella a la persona que le vulneren un derecho preferente a sus datos personales a información personal.

“Sección quinta. 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”.

Obviamente, la acción de Habeas Data no permite un amplio desarrollo en esta área (derecho a la intimidad) pues, la misma no es de uso general para cualquier tipo de circunstancia o abuso de la información personal del vulnerado. Es por ello que el Estado debe garantizar ampliamente toda clase de vulneración de derechos referente al uso, manejo y divulgación de información sensible o datos personales, es decir, que el Estado debe proporcionar las debidas garantías de confidencialidad de datos personales, independientemente de acciones judiciales reparatorias que estos puedan ejercer en caso de una posible vulneración, lo cual, implicaría que toda institución pública o privada que tenga información personal, este obligada a cumplir estas garantías de confidencialidad de dichos datos personales, de tal manera que, toda información sensible o datos personales, sean adecuadamente utilizados para que su publicación o divulgación no vulnere derechos a sus titulares.

De igual forma, la Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) dispone el objeto de la acción de Habeas Data, la cual tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Así mismo establece que:

“...El titular de los datos podrá solicitar al responsable del archivo o banco de datos, el acceso sin costo a la información antes referida, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. No podrá solicitarse la eliminación de datos personales que por disposición de la ley deban mantenerse en archivos públicos.

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

Las presentes disposiciones son aplicables a los casos de rectificación a que están obligados los medios de comunicación, de conformidad con la Constitución.

El concepto de reparación integral incluirá todas las obligaciones materiales e inmateriales que el juez determine para hacer efectiva dicha reparación”.

El Estado ecuatoriano hoy en día, garantiza de alguna manera que la información que se encuentra en registros de datos públicos o privados no circule o se divulgue abiertamente. De tal manera que esa divulgación no pueda lesionar el derecho a la intimidad de la persona. De esta forma se creó en Ecuador la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en marzo de 2010. Asimismo, nuestra Carta Magna contempla un grupo de garantías constitucionales que le permite garantizar la dignidad del ser humano, cuando consideramos que los datos personales pudiesen llegar a ser objeto de un uso inadecuado, de un almacenamiento no autorizado que pretenda su difusión sin autorización, que pudiese ser objeto de alteraciones llegando a limitarse al titular su constatación de dichos datos, se puede en estos caso interponer una garantía jurisdiccional como es la acción de habeas data.

La referida ley, da un alcance de lo que implica la confidencialidad del carácter personal y sus implicaciones:

“**Art. 6.- Accesibilidad y confidencialidad.-** Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la constitución e instrumentos internacionales. (Lo subrayado es del suscrito).

El acceso a estos datos sólo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial. (Lo subrayado es del suscrito).

También son confidenciales los datos cuya reserva haya sido declarada por la autoridad competente, los que estén amparados bajo sigilo bancario o bursátil, y los que pudieren afectar la seguridad interna o externa del Estado.

La autoridad o funcionario que por la naturaleza de sus funciones custodie datos de carácter personal, deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para proteger y garantizar la reserva de la información que reposa en sus archivos.

Para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas el solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará de la misma y consignar sus datos básicos de

identidad, tales como: nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el/la titular de la información pueda ejercer”.

El ejemplo más claro que hoy en día tenemos en el Ecuador, es el ejemplo de la empresa DataBook, la cual, operaba proporcionando información de terceras personas a personas jurídicas o naturales a cambio de una retribución económica o pecuniaria, vulnerando de esta manera el derecho a la intimidad, pues, se suministró información personal de hasta tercer y cuarto grado de consanguinidad o referentes con direcciones domiciliarias, números telefónicos, correos electrónicos, número de cédula, información del lugar de trabajo etc.

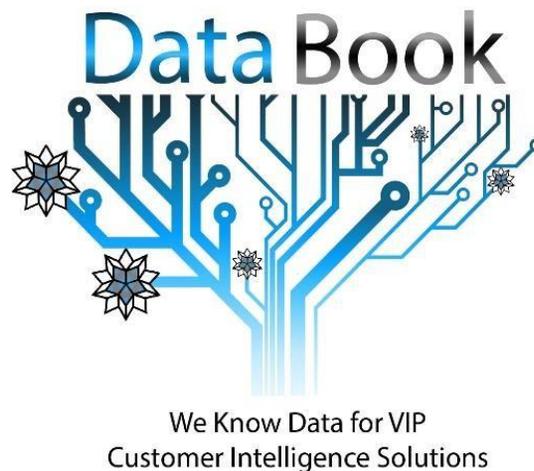


Ilustración 1 Logotipo de la empresa Databook que operaba en Ecuador.

Mediante una decisión judicial, esta empresa dejó de operar en el país, pues, se constató que a pesar de que el trabajo no contenía ningún tipo de ilicitud por ser una relación comercial, sí vulneraba el derecho a la intimidad de todas las personas que costaban en su registro o base de datos, pues, sin su autorización se suministraba la información a terceros solicitantes.



Ilustración 2. Allanamiento de la Fiscalía de Ecuador con ayuda de la Policía Nacional a las instalaciones de DataBook en Ecuador. Tomada del portal web de Diario El Universo. 27 de septiembre de 2019.

Sin embargo, a pesar de que el Estado tiene como misión prever todas las posibles vulneraciones de derechos, es casi imposible cuando se trata de redes sociales a internet.

Muchos son los problemas que han generado las redes sociales cuando se trata de hacer viral una noticia, ya que esta puede ser verdadera, incompleta o falsa. Lo cierto es que, en el Ecuador no existe una regulación a las redes sociales como tal, dado que son completamente nuevas en nuestra sociedad, pero han influenciado demasiado en diversos temas y si se pueden convertir en verdaderas armas de desprestigio o destrucción del derecho al honor y buen nombre si es que a futuro no se las puede regular, pues, en el caso de Databook sí fue posible activar el aparato judicial en contra de esta empresa, pero en el caso de la redes sociales, ¿es posible su regulación, control y prevención?

Las redes sociales y su relación con los datos de carácter personal

Podemos definir a las redes sociales, como una plataforma informática, en la cual, las personas suministran información personal y comparten con un número determinado o

indeterminado de terceras personas (Hurtado, 2010). Siempre y cuando esté dentro del contexto (qué red social se utiliza) y el deseo del titular de la referida cuenta de compartirlo o exponerlo.

La temática de estas redes sociales o plataformas informáticas depende mucho del interés de los usuarios, es así que, existen redes sociales para compartir información en general, como también para compartir pensamientos o simplemente compartir fotografías o, en el caso de la red social LinkedIn, compartir información únicamente referente a la actividad profesional de su usuario (Hurtado, 2010).

Hoy en día no cabe duda de que las redes sociales constituyen un medio de información que permite crear influencia sobre los demás en cualquier aspecto o tema determinado que puede ser político, social, religioso o deportivo, etc.

En mi opinión, mientras las redes sociales pueden ser utilizadas para cosas positivas como publicidad de productos, anuncios académicos y proyectos sociales, lo peligroso de las redes sociales es que no tienen una regulación sobre el contenido que se va a compartir y esto pone en riesgo muchas cosas, sobre todo el prestigio o derecho al honor de las personas cuando se publica algo negativo de ellas, sin considerar, la velocidad con la que se puede llegar a compartir la información a nivel mundial.

El 18 de enero de 2020, en la famosa noche a amarilla, fiesta en la cual el equipo de fútbol Barcelona Sporting Club celebra la presentación de su equipo para el comienzo de temporada, tuvo la particularidad (ajena a lo deportivo) del show presentado por el club, de que una persona en la tribuna del estadio fue alcanzada por la cámara que transmitía el partido, la cual, se proyectaba por televisión por cable a nivel nacional e internacional. En la cual, se observó a un aficionado soltar a su pareja inmediatamente que fue proyectado por la pantalla grande del estadio. Esto generó una expectativa en la afición y el público general de que el referido aficionado no se encontraba en ese momento con su pareja oficial, si no con una pareja ajena.



Ilustración 2 Fotografía de una de las tribunas del estadio Monumental de Barcelona Sporting Club el 18 de enero de 2020. Fotografía obtenida del portal web del medio de comunicación Radioaktiva.

Rápidamente se activaron las redes sociales y se viralizó completamente la escena del aficionado en la tribuna y lo que más llama la atención, es ver que la escena recorrió casi el mundo entero, de tal manera que usuarios reconocidos en Twitter e Instagram (redes sociales) no siendo ecuatorianos y no teniendo la necesidad de dar importancia ese video, los replicaron, lo mencionaron y comentaron. Este caso se volvió tan notorio que fue objeto de múltiples difusiones en medios de comunicación a nivel mundial, en los cuales se llegó incluso a afirmar que se pudo evidenciar una infidelidad por parte del protagonista de dicha filmación.

Previo a esta difusión, quedo en evidencia que a través de redes sociales la información de carácter personal de dicho ciudadano llegó a difundirse al nivel de conocerse su nombre, dirección domiciliaria, lugar de trabajo, nombre de sus amigos o familiares, etc. Cabe mencionar que el acceso a esta tipo de información muchas veces conlleva una aprobación de su titular, la cual faculta a las aplicaciones de redes sociales a poder brindar acceso a este tipo de información que puede considerarse personal.

Este comentario, no responde a calificar de alguna manera el acto del aficionado en la tribuna, sino a constatar lo peligrosa que son las redes sociales por la velocidad que pueden viralizar una determinada información y que la misma puede crear opinión pública sobre un determinado tema. Por este motivo, la información que se encuentra proporcionada en redes

sociales por parte de los usuarios puede lesionar sus propios derechos o llegar a lesionar los derechos de terceros.

Para el profesor Lenin Hurtado Angulo (2010) el carácter de viralizar la información personal en las redes sociales se explica mediante el principio conocido como los 6 grados de separación, que sostiene que el número de enlaces crece exponencialmente con el número de enlaces de la cadena, de manera que, cualquier individuo se conectará a cualquier persona por medio de una cadena de no más de 6 niveles o grados, es decir, se puede conectar a un número de personas en el primer nivel, luego cada una de esas personas hará lo mismo con sus contactos y así por el estilo, hasta llegar al sexto nivel, lo que en teoría lo pondría en contacto con cualquier persona sin importar la ubicación de este.

Esta teoría fue expedida en 1930 en un libro llamado *The Chain* escrito por Fryges Karinthy. Esta teoría básicamente consiste en que se necesitan sólo seis personas para expandir la información y que está conectada con otras personas en la tierra mediante una cadena no mayor a seis conocidos.

La idea se respalda en que existe un principio de crecimiento exponencial que afirma que un número de conocidos crece de forma violenta por el número de participantes en una cadena y que solamente con un número de seis participantes es más que suficiente para cubrir la totalidad de la población de la tierra. En esto aún no se ha pronunciado nuestra legislación ecuatoriana, encontrándonos con un vacío que necesita ser regulado de alguna manera, pues, al viralizarse un tipo de información, lo difícil es que esto se sale de control, impartiendo a todos los posibles usuarios la información suministrada. Es difícil controlar este tipo de divulgación, pero no es menos cierto que tampoco es posible dar con la persona responsable de la divulgación.

EL DERECHO AL OLVIDO O SUPRESIÓN DE DATOS

Concepto del derecho al olvido.-

En el coloquio de los ecuatorianos poco se ha hablado de lo que significa o define como el derecho al olvido. El derecho al olvido es un concepto completamente nuevo si se trata de identificar a este derecho como un derecho fundamental.

Luego de que se explicado en líneas anteriores sobre lo que es el derecho al honor, a la honra y al buen hombre, es preciso hablar de lo que significa el derecho al olvido. Porque el derecho al olvido es un derecho derivado de los antes mencionados, es decir, para poder invocar el derecho al olvido es preciso primero hablar de los dos primeros.

El derecho al olvido podría decirse que es la facultad de eliminar información que posee una persona a quien le han lesionado la honra, la reputación o el buen nombre, a través de medios digitales; los cuales consisten en la supresión de datos donde se señala una información equivocada, no contrastada y quizás malintencionada en contra de una persona. Es decir, le han lesionado el derecho al honor a una persona a través de un medio digital, en consecuencia, el ofendido tiene el derecho a que la sociedad olvide este contenido electrónico y que se repare el daño causado por la lesión o agravio que recibió su honra, pues la información no es la correcta o fue colocada malintencionadamente a través de medios digitales (Saura, Palos-Sánchez, & Debasa, 2018).

Diversos pueden ser los motivos por los cuales se puede invocar el derecho al olvido. Uno de estos motivos puede ser por el transcurso del tiempo, la información sobre una persona, aunque fuese negativa, ya no tenga relevancia o importancia para la sociedad, ya que se trata de hechos pasados que probablemente han sido superados por su titular y que no afectan a terceros. También está el caso de una persona que teniendo abierta una investigación penal, sufre el agravio por parte de terceras personas en medios digitales, prensa gráfica, etc. pero que, esta no ha tenido todavía sentencia condenatoria y al mismo tiempo, ha sido señalada por una sociedad que formó un prejuicio por una información equivocada, falsa y no contrastada. Llegando el momento en que esta persona, reciba una sentencia absolutoria o por sobreseimiento que libera de cualquier culpa al investigado. Pero a pesar de esto, su honor, reputación y buen nombre, han sido vulnerados como derecho y toda esa información sigue existiendo en plataformas digitales a pesar de la sentencia absolutoria (Mate, 2016).

También existe el caso de aquella persona que habiendo sido culpable en un proceso penal, ha cumplido su pena en el 100% y luego de esto, ha retornado a la sociedad en libertad, intentando rehacer su vida, pero que no lo puede hacer porque siempre será juzgado por sus antecedentes penales. Es posible que la persona haya cambiado sus conductas típicas y antijurídicas, pero por

tener colgada información sobre él en plataformas digitales sobre su pasado penal, este no puede ser reinsertado completamente a la sociedad, por sus antecedentes penales.

De esta manera, se puede citar muchos casos en los cuales se vulnera el derecho al honor, la honra y el buen hombre y por supuesto el derecho a la intimidad por información que se encuentra colgada en la web. Lo importante es considerar que, el derecho al olvido surge precisamente como un derecho derivado, para reformar o reestructurar esa violación al derecho a la honra y el honor, tratando de devolver de alguna manera el estado anterior de las cosas, algo que como sabemos es bastante difícil al tratarse de datos personales en la web y hechos pasados de esta persona involucrados con la sociedad (Mate, 2016).

Lamentablemente, a la presente fecha, es decir, año 2020, el Ecuador no cuenta con jurisprudencia ni doctrina que trate este derecho al respecto. Pero no podemos decir lo mismo de la jurisprudencia de otros países, el cual en muchos países ya se ha desarrollado jurisprudencia y posterior a ella, su doctrina.

En palabras sencillas, este derecho surge luego de la vulneración del derecho al honor, buen nombre y la protección de datos personales, ya sea por su mal manejo, por su divulgación indiscriminada o simplemente porque la información que se suministró a la sociedad fue una información falsa o tergiversada que lesionó estos derechos de su titular y su divulgación implicó un daño mayor.

El derecho fundamental al olvido, es un nuevo derecho que surge como resultado del negativo desarrollo de la tecnología. Así, el derecho al olvido se encuentra orientado a impedir y contrarrestar los perjuicios que genera la poca protección de garantías, como la dañina información personal publicada en la que el agraviado analiza de manera profunda sus diversos alcances (Rodríguez Chávez, Pozzolo, Torres Manrique , Aréa Leáo, & De Lazari, 2018).

Básicamente, el derecho fundamental al olvido, es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como: derecho a la protección de datos de carácter personal. Empero se debe tener en cuenta que el segundo derecho nombrado (a diferencia del derecho al olvido), se encuentra referido a información que no se encuentre registrada en la red, mientras que el derecho al olvido es por la información publicada en la red, su finalidad es la eliminación total de la información de todos los posibles accesos de

búsqueda que puedan existir en internet (Rodríguez Chávez, Pozzolo, Torres Manrique , Aréa Leáo, & De Lazari, 2018).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también conocido como: Tribunal de Luxemburgo (debido a la ubicación de su sede). Al respecto se aprecia: “El derecho al olvido es fundamentalmente un reconocimiento del derecho, antes que una creación jurisprudencial" es decir, la eliminación de enlaces de determinados resultados de búsqueda en internet que contienen información sensible de una persona (Martínez, 2015).

Surgimiento y origen del derecho al olvido

El derecho al olvido nace con una sentencia de la máxima corte de España. El caso básicamente se trató de una persona que presenta una acción legal en contra del Diario La Vanguardia, Google España y Google INC ante la agencia española de protección de datos personales (JUSTICIA, 2014).

Los fundamentos de hecho básicamente radicaron en que en el año 1998, esta persona accionante fue condenada en una sentencia fruto de un proceso en el cual se embargaron sus bienes inmuebles por el Estado a través del Instituto de Seguridad Social por valores correspondientes a una deuda con la referida institución. Es decir, si se traslada a la realidad de los ecuatorianos, lo que pasó Vendría a ser como un juicio coactivo en el cual, se le interpuso medidas cautelares sobre los bienes de esta persona, pero con la diferencia de qué el procedimiento en España es diferente (Castellano, 2015).

La novedad para esta persona fue que en el año 2010, luego de haberse indagado asimismo en internet en los motores de búsqueda de Google, encontró como resultado una serie de artículos y de links en los cuales se podía visualizar como contenido, la información de hechos en los que se estipulaban los embargos realizados a sus bienes por parte de la Seguridad Social en el año 98 (Álvarez M. , 2015). El diario La Vanguardia, diario digital que se encargaba de mencionar diversas noticias a nivel nacional e internacional, había publicado la información de los embargos de esta persona a manera de noticia (Castellano, 2015).

Lo que llamaba la atención del accionante es que dicha información ya no tenía relevancia o importancia para la sociedad, pues el proceso que habían seguido en su contra ya estaba culminado. Era evidente que la información proyectada por este portal no era de importancia nacional, ni tampoco tenía porque publicarse algo del pasado que ya estaba cumplido. Lo único que causaba esta información era un daño o agravio a la honra y el honor de la accionante.

El accionante, en aquella época procesado, no tardó en presentar una reclamación de la cual trajo como resultado una sentencia favorable para éste, en la cual evidentemente, la parte accionada apeló, como era de esperarse (JUSTICIA, 2014). El caso era completamente innovador. Cuatro años más tarde, el caso trascendió hasta llegar al tribunal de justicia de la Unión Europea. El referido tribunal internacional emitió un fallo sobre este caso, resolviéndolo así mismo como el tribunal español a favor de la accionante, en aquella época procesado.

Este tribunal sostenía que hubo un evidente agravio y daño en contra de la honra y el buen hombre de la accionante. Es decir, se había vulnerado o disminuido un derecho inherente y fundamental a esta persona, y este derecho vulnerado dio a su vez la posibilidad de invocar otro derecho, el cual conocemos como derecho al olvido, Pero, es importante destacar que, el referido tribunal nunca utilizó la expresión “derecho al olvido o supresión de datos”, este término, no nace de una expresión jurídica emitida por un tribunal, nació en realidad de la empresa a la cual se condenó ordenando la reparación, esta es Google (Quintas, 2014).

Fue la compañía Google la que estipuló la que instaura como título el término “derecho al olvido en la web”, luego de haber sido parte procesal en dicho juicio y de esta manera es que el mundo jurídico conoció un nuevo derecho que es derivado de la vulneración de otros derechos que ya los conocemos, por haberlos mencionado (Álvarez M. , 2015).

La sentencia fue dada y con ello, ordenó a Google INC a suprimir todos los datos o información personal que, constaban con cualquier frase, nombre o palabras que refiera sobre el antecedente de esta persona a través de sus motores de búsqueda (JUSTICIA, 2014). En la sentencia se puede encontrar que se le dio la razón al demandante y el tribunal ordena que los links de la plataforma Google sean suprimidos, pero no se pronunció respecto a las noticias del diario la vanguardia, porque se considera o consideraba que no se puede activar el aparato judicial arbitrariamente con el pretexto de exigir derechos, sino que hay que ponderarlos con el derecho a la libertad de expresión, libertad de información. Entonces es importante que, para considerar el

derecho al olvido hay que tener presente las circunstancias por las cuales se quiere que esos links se eliminen o se supriman.

Éste fue el primer caso que marcó el inicio de un derecho, el que conocemos como derecho al olvido o supresión de datos personales. Desde ahí en adelante, muchos países han invocado este derecho, muchas son las personas que han accionado el aparato judicial de sus países respectivos, teniendo como antecedente este caso contra Google INC en España, para demandar la eliminación o supresión de datos personales de información que se encuentra en la web y que sus demandantes consideran que no es importante, ni trascendente para la sociedad, y sobre todo que agraven su derecho al honor y buen nombre como personas.

Google como un elemento o una plataforma que contiene información de diversos tipos y formas digitales, tenía que borrar todos los motores de búsqueda o links a petición del demandante, porque los links como tal no contienen información; pero en el caso en el que interviene el diario La Vanguardia, que ya había publicado definitivamente y correctamente las informaciones sobre el demandante en la fecha en la que es, y por lo antigua que es la información, no atentaban contra el honor porque era información con contenido verídico y no falso (Tourinho, 2014).

Entonces se puede tener claramente que, el derecho al olvido no se fundamenta en borrar la historia, pues cuando el contenido es verídico y real, no se puede suprimir dicha información. Lo que sí se puede suprimir son los motores de búsqueda o links que llevan a buscar dicha información, que de primer momento aparece la imagen de la persona, como si ese antecedente fuese permanente en el tiempo, dañando de esta manera el derecho al honor de esta persona (Álvarez M. , 2015).

En definitiva, el derecho al olvido no implica que la información que está en la web sea borrada, sino que no sea encontrada fácilmente. No implica que desaparezca el contenido de la información que ya está en la web, pues esta información no puede ser borrada, lo que se puede hacer es que esta información no sea encontrada fácilmente, lo cual hace que dicha información quede en el olvido. Puede ser información verídica sobre una determinada persona y aunque fuese negativa, es importante considerar que dicha información se está borrando porque es parte del pasado, la cual ya no forma parte trascendental para la sociedad su conocimiento.

Derecho al olvido en otros países. Legislación comparada

Dentro de este acápite, mostraré un recuento de países iberoamericanos frente al reconocimiento del derecho al olvido en sus legislaciones al 2020. De los países revisados, unos han reconocido el referido derecho, otros no lo han querido reconocer, otros no han tenido la oportunidad de estudiarlo para pretender iniciar un posible proyecto de ley.

En Colombia no lo tienen definido aún. En Colombia existe el caso de una persona que cumplió la sentencia condenatoria y que por medio de una acción de tutela solicitó que se suprima la información. Colombia, pese a ser un país que se encuentra a la vanguardia dentro del reconocimiento de derechos y jurisprudencia constitucional, no tiene definido aún el reconocimiento del derecho al olvido. Pues al igual que en el Ecuador, en Colombia no existe todavía un marco legal que regule este derecho. La corte constitucional colombiana al reconocer que se suprima la información de los datos sobre el pasado judicial de una persona que cumplió su pena, no reconoció el derecho al olvido categóricamente, aunque sí implícitamente. Sin embargo, esto hizo que se abra el debate y el asunto sigue en discusión por académicos, juristas y jueces de tutela como se los denomina a los jueces constitucionales (Sánchez, 2020).

En Perú la cosa es distinta, porque el derecho al olvido fue reconocido a partir de la publicación de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, por medio de la Dirección de Protección de Datos Personales del Perú, la cual ha reconocido el ejercicio del derecho al olvido y ha ordenado la desindexación de contenido de motores de búsqueda. En Perú el reconocimiento del derecho al olvido es una realidad (Franco & Alejandro, 2019).

En Chile por ejemplo, en la causa rol N° 4.317-2019, en que la Corte, si bien reconoce que el derecho al olvido no se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico chileno, pues concedió la aplicación al derecho de cancelación, contenido en el artículo 6° de la Ley N° 19.628. O en el fallo en causa rol N° 22.243-2015, en que reconoció expresamente la colisión entre “el derecho al olvido del pasado judicial” y el derecho a la información, considerando que para el caso en particular prevalecía el primero (Gaguirres, 2020).

En cuanto a la similitud con el caso colombiano, en Chile dentro de una pandemia que azotó el año 2020, el 10 de junio la Corte Suprema de Chile rechazó la acción en la que se denunciaba la vulneración del derecho al olvido al mantener información en sitios web relativas a un delito cometido por una persona hace más de 10 años, pero la Corte sostuvo que no era posible suprimirla porque los motores de búsqueda de internet sólo cumplen su función de indexar la información, no siendo responsables por los datos creados o publicados por los usuarios y además porque una de las características de los sitios web denominados blog es precisamente que permiten mantener el anonimato del autor de una entrada, lo cual no permitió que el derecho sea reconocido y la acción constitucional fue rechazada (Gaguirres, 2020).

En México todavía no existe un marco jurídico o ley que implemente el derecho al olvido en dicho país. No obstante, en enero de 2015 ya se intentó una acción constitucional en la cual se solicitaba la supresión de datos en internet de un empresario que había cometido actos ilícitos o ilegales y su relación con personas públicas las cuales, aparentemente estaban involucradas. Un año después en el 2016, el tribunal máximo constitucional en México niega la acción. Desde el 2019 se está impulsando el proyecto de ley para protección de datos personales en México, el cual conllevaría la implementación del derecho al olvido (Tudón, 2020).

En Uruguay, al igual que en México, el gobierno ha iniciado un proyecto de ley en la cual se busca implementar el derecho al olvido. Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido. Sin embargo, a pesar de que todavía no se ha implementado en Uruguay este derecho, el debate ya se encuentra abierto, pues, la mayoría de juristas uruguayos considera que este derecho es muy contradictorio y que la sentencia de Google Spain fue una mala interpretación por parte del Tribunal de la Unión Europea pues, este derecho colisiona con el derecho de la libertad de expresión. Este es precisamente el motivo contradictorio en Uruguay, el cual no permite que todavía se haya implementado pues, organismos de derechos humanos en este país se oponen rotundamente a su reconocimiento (Pisanu, 2020).

En Panamá también se encuentra un anteproyecto que está generando mucho debate entre legisladores y juristas. Asimismo, consideran que la implementación del derecho al olvido traería como consecuencia la censura a la libertad de expresión y además, se considera que cualquier

persona con antecedentes penales o conducta reprochable pudiese solicitar suprimir información pública en medios digitales porque considera que le afecta a su honra o a su honor. Es por esto que los juristas panameños consideran que no se puede vulnerar el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la memoria que tienen todos los ciudadanos (Morales, 2016).

EJEMPLOS DEL DERECHO AL OLVIDO EN ASIA

Un ejemplo de derecho al olvido se suscitó en Hong Kong. En Hong Kong: David Webb propietario de un sitio web que posee información sobre gestión empresarial en Hong Kong, creó un archivo de sentencias judiciales que está disponible al público y que puede consultarse ingresando el nombre de una persona. En 2010 y 2012, en un caso que involucraba a un matrimonio, el Poder Judicial eliminó los nombres de ambos, y la Comisión de Privacidad de Hong Kong ordenó que Webb eliminara los nombres de esas personas de los documentos judiciales que estaban archivados en el sitio web (Rodríguez Chávez, Pozzolo, Torres Manrique , Aréa Leáo, & De Lazari, 2018).

Otro caso ocurrió en Japón. En 2014 el tribunal ordenó a Yahoo Japan Inc. que eliminara los enlaces de su sitio web. Siguiendo los lineamientos del caso, Yahoo Japan Inc. anunció públicamente que implementaría criterios propios para aplicar el derecho los casos. Los tribunales de primera instancia de Japón pueden dictar disposiciones provisionales con respecto a solicitudes para eliminar información personal. En 2014, el tribunal de cámara instancia de Tokio hizo declarar con lugar 711 casos de acciones judiciales para eliminar información privada disponible en Internet (Rodríguez Chávez, Pozzolo, Torres Manrique , Aréa Leáo, & De Lazari, 2018).

En consecuencia, en la mayoría de los países iberoamericanos todavía no se ha implementado el derecho al olvido hasta el año 2020, la razón, porque este derecho colisiona con el derecho de la libertad de expresión. Mientras en estos países no lleguen a una conclusión de cómo aplicar el derecho al olvido su reconocimiento todavía no será posible y en consecuencia, El derecho al honor y a la honra no podrá ser Reparado mediante el reconocimiento del derecho al olvido.

Tratados internacionales suscritos por el Ecuador referentes a los datos personales.

Ecuador ha suscrito y ratificado una serie de tratados internacionales que garantizan el derecho de proteger los datos personales, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes, entre otros:

- a) Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, que en su Art. 18.1 dice, que toda persona tiene derecho a su vida privada;
- b) La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que se la conoce como Pacto de San José de Costa Rica, que en el Art. 25 se reconoce, que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y práctico, que lo ampare contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley; y, entre ellos el de la vida privada;
- c) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Interamericana en la ciudad de Bogotá Colombia, en 1948;
- d) La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobados por la Organización de las Naciones Unidas, que en su Art. 12 garantiza este derecho;
- e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que en su Art. 17 garantiza el derecho antes mencionado;
- f) La Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales; Art. 8.1. Convenio No. 108;
- g) Tratado de la Unión Europea de 07 de febrero de 1992, en su Art. 72 trata sobre este derecho;
- h) El Parlamento Europeo ha dictado varias Resoluciones en el año de 1989, especialmente en los Arts. 6 y 18;
- i) La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE, también trata sobre el derecho a la intimidad, en la Recomendación del 23 de noviembre de 1980.

En buen romance, la suscripción de los referidos tratados internacionales por el Ecuador, garantizaría que los datos personales de los Ecuatorianos, deben ser protegidos conforme a estos lineamientos internacionales, lo cual, permitiría a cualquier agraviado activar el aparato judicial invocando cualquiera de estos.

No obstante de lo antes mencionado y las normas o tratados internacionales suscritos, el derecho al olvido no es considerado como un derecho fundamental por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No lo considera derecho porque este derecho choca con el derecho de la libertad de expresión, un derecho que la corte interamericana defiende con mucha ferocidad para que no exista censura en los países. Por eso, estos tratados internacionales pueden ser invocados para cualquier caso en los que se refiere a datos personales pero de índole confidencial y mientras estos no colisionen con otro derecho que si está categorizado como derecho fundamental el cual, es el caso de la libertad de expresión.

El día en que la Corte Constitucional reconozca el derecho al olvido en caso de hacerlo, deberá realizar un verdadero análisis y una verdadera conclusión para el tratamiento de este derecho y que no sea utilizado arbitrariamente, ni tampoco se sobreponga a otros derechos como el de libertad de expresión.

REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA. CASO EMBLEMÁTICO DE GOOGLE SPAIN (ESPAÑA)

El caso se trató de un embargo realizado en el año 1998 que se publicó en un periódico de España por obligación legal. Publicación que, no se hizo por ejercicio de libertad de expresión. La agencia de protección de datos en España requirió a Google que se retire la información como resultado de búsqueda la información del embargo, y lo hizo a pesar de que se había desestimado previamente un requerimiento o reclamo en contra del Diario La Vanguardia para que eliminara de su sitio web (López, 2015).

Uno de los puntos que se trató es, si debía aplicar el caso por la cuestión territorial, es decir, competencia por territorio. España al ser un país que forma parte de la Unión Europea, corrió con la suerte de que el Tribunal de la Unión Europea pudiese atender su caso en base al artículo 4.1 literales a y c.

Es llamativo porque el Tribunal Supremo español, en su Sentencia 2245/2013, de 4 de marzo de 2013, consideró que la falta de «conocimiento efectivo» (supuesto exonerador de la responsabilidad del buscador bajo la Ley 34/2002) de la ilicitud de la información hacía decaer la

responsabilidad del buscador (Google también) respecto de una alegada intromisión ilegítima, en este caso, al derecho al honor. Es decir, Google no debía ser responsable según esta sentencia (López, 2015).

Hay que considerar que, países como España, antes del reconocimiento del derecho al olvido, ya contaban con un cuerpo legal o ley que establecía que, los datos de terceros deben de ser protegidos y que no se puede vulnerar el derecho a la honra de nadie en la web. Es decir, en España, cuando la audiencia nacional planteó acciones judiciales sobre el derecho al olvido, ya existía discusión sobre el reconocimiento de este derecho y normas que de alguna manera regulaban el derecho al olvido (Álvarez M. , 2015). De hecho, la agencia española de protección de datos sostenía que, el derecho al olvido era la aplicación del derecho de cancelación y oposición sobre datos personales en la web.

Esta norma vino incluso a tener un reglamento en el año 2014, cuando se publica en España el reglamento de protección de datos, donde se contempla el derecho a la supresión, es decir, el derecho al olvido (Álvarez M. , 2015). Lo cierto es, que previo a que España sea el pionero en un fallo del derecho al olvido, el referido país iberoamericano ya contaba con una normativa que le permitía de alguna manera dar criterio a jueces para resolver un eventual caso solicitando la reparación al derecho al honor por medio del derecho al olvido.

Pero este caso de derecho al olvido trascendió hasta el tribunal de La Unión Europea. En el referido tribunal, existe la figura del abogado general, el cual, opera proponiendo soluciones legales a los problemas en los que se ven inmersos los países miembros de la Unión Europea, no representan a ningún cliente ni Estado ante el tribunal, no son jueces, pero extrañamente forman parte del tribunal, aunque no participan de la deliberación de cada caso, es decir, no interfieren en la decisión final en un fallo. La función principal de estos abogados generales, consiste en examinar los alegatos tanto orales como escritos presentados ante el tribunal, y emitir una opinión para encontrar una solución jurídica, la cual, no es vinculante para los jueces, ni para las partes, y debe ser de carácter imparcial.

En este caso, el abogado general designado consideraba que los motores de búsqueda en la web no están regulados en la normativa que ofrece la Unión Europea y, en particular, en España, al no prestar un servicio como contrapartida de una remuneración por parte de los usuarios de internet. Es decir, que para el abogado general, era necesario que, exista un servicio a cambio de

una remuneración por parte de los usuarios de internet, para que puedan ser finalmente regulados. Porque de lo contrario según este criterio, no podían ser regulados (Platero, 2016). En mi opinión personal, esto es desatinado.

Esto puso al tribunal de la Unión Europea que concluya que la norma de protección de datos debe ser aplicada cuando una empresa que provee el motor de búsqueda en un Estado miembro, con la finalidad de mover, promover y vender espacios publicitarios en su motor de búsqueda, debe tener una oficina o filial que ejerza la actividad hacia los habitantes del referido Estado. Una visión bastante mercantilista considerando que, en el caso de Google, esta compañía si tiene sede en los países miembros de la Unión Europea (Platero, 2016).

Pero ¿qué ocurriría si se traslada este caso a países sudamericanos como es el caso de Ecuador? Es ahí donde surge la interrogante sobre cómo resolver un posible caso en el que se demande la reparación del derecho al honor por medio del derecho al olvido, pues, en el caso de Suramérica y particularmente en el Ecuador, Google no tiene oficinas o filiales. Pero recientemente en el Ecuador, en el Registro Oficial No.459 del 26 de mayo de 2021 se ha emitido la normativa o cuerpo legal que contempla la regulación de los datos personales en internet a nivel nacional conocida como la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

Otro aspecto importante que consideró el abogado general en el caso de Google Spain, es que, considero que los motores de búsqueda serían los responsables de los tratamientos de datos personales de las personas que se encuentran en una página web indexada, siempre y cuando estos motores de búsqueda no respeten los códigos de exclusión en esa página web y que no contemplen una solicitud de actualización de la memoria oculta de dicha página web sobre la información. Un aspecto interesante pues hoy en día se sabe que, ninguna de las páginas web, contemplan la posibilidad de solicitudes para actualizar las páginas web en caso de contener información de terceros (Vilasau, 2014).

Para tomar la decisión en este caso, los jueces se apartaron del criterio del abogado general del tribunal, pero, consideraron que para aplicar y resolver el derecho al olvido a favor de la accionante, era necesario que exista una filial o una oficina de Google en España (Vilasau, 2014). Es importante considerar que las oficinas principales de Google INC, están establecidas en Estados Unidos, es decir, la matriz de esta compañía se encuentra en Norteamérica, pero tenía una oficina en España, el cual es país miembro de la Unión Europea.

Los jueces consideraron que para resolver el caso eran necesario dos cosas: primero que Google cuente con un establecimiento o filial en España, donde se realiza el tratamiento de los datos personales en la Web. Segundo que Google utilice medios de tratamiento en España, país miembro de la UE. El tribunal justificó la existencia de un establecimiento en España por medio de que Google Spain tiene actividades ligadas a la promoción y venta de espacios publicitarios que son entendidos como elementos indispensables para la rentabilidad de los motores de búsqueda que gestiona Google INC.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal estableció que este concepto tiene impacto en muchos grupos multinacionales que cuentan con filiales y oficinas en España y que a su vez, desarrollan actividades accesorias, como de la actividad de la entidad principal y dónde más se produce en difusiones es en estas entidades que se encuentran en un país miembro como lo es España, cuya actividad está ligada al criterio descrito por el tribunal.

El tribunal reconoce y confirma el derecho al olvido, el tribunal considera que el motor de búsqueda es el que da facilidad a cualquier usuario internet a obtener una visión estructurada de la información de cualquier persona que luego, podría afectar potencialmente una cantidad de aspectos en su vida privada por afectar su buen nombre. Por este motivo, el tribunal de la unión europea solicita que se analice, cada solicitud de un afectado, pues, hay que diferenciar el interés de los usuarios de internet versus los derechos fundamentales de la vida privada y de protección de datos personales de la persona afectada. Es decir, hay que analizar qué prevalece más en ambos derechos, pues el primero, pretende que los usuarios gozan del derecho de tener acceso a la información, mientras los segundos, tienen el derecho de que gocen de un buen nombre y honra y que la información no les vulnere dichos derechos (Muñoz J. , 2014).

Una crítica que tuvo la sentencia de Google Spain, es que aparentemente se menciona que para invocar el derecho al olvido es necesario que el afectado tenga una vida pública, muy conocida por los demás, es decir, que para invocar el derecho al olvido es necesario que los demás sepan “quién soy yo” y que, por ende, la información que está en internet evidentemente me va a afectar. Pero esto no es tan cierto, porque si existe una ponderación de intereses al haber establecido claramente que debe analizarse la naturaleza de la información que está en internet y que es controvertida a la vez, su antigüedad y el carácter de sensibilidad que ésta tiene para la vida del

afectado o agraviado, así también, como el interés público en disponer de la información o contenido (Muñoz J. , 2014).

En otras palabras, no se necesita tener una vida pública para poder invocar que se reconozca el derecho al olvido cuando ha existido vulneración al derecho al honor en internet. Es decir, no se ha establecido una suerte de presunción Iuris Tantum de prevalencia del derecho a la protección de datos, porque si esto fuese así, cualquiera pudiese demandar o invocar el derecho al honor y que se reconozca el derecho al olvido de cualquier contenido que existe en internet, pero la sentencia claramente dice, que hay que analizar cada caso en particular para considerar si es procedente.

Es evidente que, no todos los casos de derecho al olvido se enfrentan al derecho de libertad de expresión respecto del derecho a la protección de datos, pero claramente es un supuesto importante a considerar cuando se examina el derecho al olvido en el mundo digital. Porque la mayoría de casos van a oponerse justificando este derecho, lo cual aparentemente, eximiría de responsabilidad a la fuente de información en internet.

En todo caso, es importante considerar que para cada caso en particular existe la necesidad de hacer la ponderación entre la libertad de expresión de información respecto de los derechos de intimidad, honor y buen nombre y protección de datos personales en el internet.

Consecuencias de la sentencia.

La primera reacción fue la de Google, la cual de forma inmediata puso a disposición de los usuarios de internet un formulario que permite solicitar que se elimine los resultados de búsqueda amparados al derecho al olvido. Una vez que Google implementó esta solicitud a sus usuarios, inmediatamente las cifras de solicitudes fueron exorbitantes, llegando así en el año 2014 a superar el medio millón de solicitudes antes de concluir el año.

Microsoft no se quedó atrás, porque creó un comité de expertos que pueden asesorar en la gestión del derecho al olvido y sobre todo, a que no exista una sobresaturación de solicitudes para poder ejercer este derecho (Platero, 2016).

Por otro lado, la BBC se manifestó en octubre de 2014 que, considero hacer una publicación donde consten todos los artículos que habían sido eliminados de los resultados de búsqueda de

Google Search como consecuencia de solicitudes por derecho al olvido. La BBC informaba que lo hacía con el fin de poner en conocimiento al público la facilidad y existencia de localización en la fuente.

INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA

¿Qué pasaría en caso de los buscadores no quiera remover la información que se encuentra requerida?

Considero que podría plantearse como sanción la posibilidad de una indemnización pecuniaria en caso no querer obedecer el mandato de una sentencia ordenando la reparación del derecho al honor por medio del derecho al olvido por parte de un tribunal. Es decir, como reparación debe ordenarse que la información sea suprimida y en caso de desobedecer lo ordenado, establecer una sanción pecuniaria y extender solidariamente esta sanción a los representantes legales de los medios. Esta es sólo una posibilidad, podría existir otro tipo de sanción, pero en todo caso, la sanción pecuniaria es una buena salida para prevenir que los medios de comunicación o medios digitales desobedezcan la orden de un juzgador de suprimir los datos en la web.

Precisamente en países como España, han existido demandas por falta de cumplimiento por parte de los buscadores. Es necesario recordar primero que en el caso de España, este país cuenta con una agencia reguladora de protección de datos, algo así como una superintendencia de control, la cual, sirve de sede administrativa para poder presentar cualquier tipo de queja o acción previa a acciones judiciales.

En este caso, existe la posibilidad de que el accionado haga caso omiso del requerimiento de la agencia de protección de datos, pero al no obedecer el requerimiento, un juez en España podría ordenar no solamente la reparación del derecho honor por medio del derecho al olvido, sino que también puede ordenar al mismo tiempo que, se indemnice a la persona agraviada por parte de la compañía buscadora, puesto que, se entiende que desde el momento en que la compañía recibió el requerimiento de eliminar o retirar la información o datos impidiendo que en un futuro lo pueda localizar más personas, la compañía buscadora tuvo pleno conocimiento del hecho ilícito y en consecuencia, al hacer caso omiso al requerimiento, se estaría lesionado derechos ya no por parte de la persona que colgó la información, sino por la compañía que sostiene la información en sus motores de búsqueda.

Derecho a la protección de datos personales en España

A raíz de la sentencia expedida en España en 2014, la cual reconoció el derecho al olvido, se ha establecido normativa que puede servir de ejemplo para el resto de países que deseen reconocer el derecho al olvido en sus legislaciones.

En España (1978), la protección de datos personales se encuentra en el artículo 18 de su carta magna: “Art 18.- 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

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.”

Un aspecto que encontré muy interesante de éste artículo de la constitución española es que en el año de 1978 precozmente ya el legislador preveía como el término de informática, la cual no se había desarrollado tanto como la magnitud que comprende y abarca hoy en día dicho término, podría vulnerar o crear situaciones que potencien la vulneración de éste derecho utilizando estos datos con fines lucrativos por medio de seleccionar potenciales clientes. Da la potestad a la ley para limitar el uso, todo en un marco garantista de derechos, cabe mencionar. Por lo tanto, España se convierte junto con Portugal en los pioneros por lo menos en Europa y el derecho occidental en lo que se refiere a los derechos de protección de datos personales se refiere (JUSTICIA, 2014) (Martínez, 2015).

CAPITULO III.- MARCO METODOLÓGICO

Tipo de investigación

Finalidad:

De acuerdo con su finalidad es una investigación de tipo puro, en la medida que su aporte está dirigido a ampliar el conocimiento jurídico en la temática del derecho al olvido.

Con la guía de observación se realizará el análisis de algunos casos de derecho al olvido que se encuentran en la jurisprudencia de los países Colombia, Perú, México, Uruguay, Panamá, Japón, España y fueron presentados dentro de la fundamentación teórica de este estudio.

Método:

De acuerdo con el método es el método cualitativo.

Nivel de profundidad:

El nivel de profundidad es descriptivo porque van a ser analizadas distintas variables que y características que están presentes en la temática.

Temporalidad:

La temporalidad va a ser un estudio transversal y porque este trabajo investigado se va a analizar los datos sobre el tema en un solo momento en el tiempo.

Escala:

De acuerdo con su escala se trata una escala macrosocial, dado que esta problemática jurídica atañe a toda la población del país.

Técnicas e instrumento:

La técnica va a ser utilizada es la de análisis documental y el instrumento va a ser una guía de observación. Para concretar los objetivos de investigación, el investigador va a aplicar la técnica análisis documental, para revisar las distintas variables y dimensiones presentes en el derecho al olvido y jurisprudencias de diversos países y para poder realizar este análisis metódico, sistemático, controlado y reflexivo como lo solicita el método científico, va a utilizar un instrumento diseñado por el investigador que será una guía de observación. Esta guía va a va ser construida por el investigador y va a estar estructurada entorno a las variables de la hipótesis del trabajo que fue denunciada en los siguientes términos:

“El derecho al olvido posiblemente favorece a un fallo del derecho al honor de las personas”

Definición conceptual de las variables.

Variable independiente:

El derecho al olvido:

El derecho al olvido podría decirse que es la facultad de eliminar información que posee una persona a quien le han lesionado la honra, la reputación o el buen nombre, a través de medios digitales; los cuales consisten en la supresión de datos donde se señala una información equivocada, no contrastada y quizás malintencionada en contra de una persona.

Variable dependiente:

La eficacia jurídica de un fallo del derecho al olvido repara el derecho al honor de las personas:

La eficacia de una sentencia que reconoce el derecho al olvido, restable el honor de una persona a quien injusta o equivocadamente colgaron la información en la web.

Definición operacional de la hipótesis- construcción del instrumento de recolección y análisis de datos. – guía de observación

	Casos por países	Características y Dimensiones	Criterios de Análisis		Observaciones
			Sí cumple	No Cumple	
Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	COLOMBIA	Supresión de información de datos incorrectos.	X		La corte constitucional colombiana reconoció que se suprima la información de los datos sobre el pasado judicial de una persona que cumplió su pena.
		Restitución del honor y buen nombre.	X		Sí se restituyó el derecho al honor del accionante, por el grado de satisfacción del fallo.
		Actos que no afecten a terceros.		X	No afectó derechos de terceros la decisión de la Corte Constitucional colombiana.
		Existencia de marco legal.		X	Colombia, pese a ser un país que se encuentra a la vanguardia dentro del reconocimiento de derechos y jurisprudencia constitucional, no tiene definido aún el reconocimiento del derecho al olvido. Pues al igual que en el Ecuador, en Colombia no existe todavía un marco legal que regule este derecho.
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida		X	No se reconoció el derecho al olvido categóricamente, aunque sí implícitamente. Esto hizo que se abra el debate y el asunto sigue en discusión por catedráticos, juristas y jueces

Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	PERÚ				constitucionales en Colombia
		Supresión de información de datos incorrectos.	X		Perú ha reconocido el ejercicio del derecho al olvido y ha ordenado la desindexación de contenido de motores de búsqueda. En Perú el reconocimiento del derecho al olvido es una realidad
		Restitución del honor y buen nombre.	X		Por medio de este marco normativo se puede restituir el derecho al honor de quienes se sientan afectados.
		Actos que no afecten a terceros.		X	No existen casos de afectación a terceros.
		Existencia de marco legal.	X		Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, por medio de Dirección de Protección de Datos Personales del Perú.
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida	X		En Perú la cosa es distinta, porque el derecho al olvido fue reconocido a partir de La a partir de la publicación de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, por medio de Dirección de Protección de Datos Personales del Perú.
Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	CHILE	Supresión de información de datos incorrectos.	X		Sí hubo supresión de datos.
		Restitución del honor y buen nombre.		X	No se restituyó completamente el honor de la persona, dado que existe colisión entre “el derecho al olvido del pasado judicial” y el derecho a la información.
					Afectó derechos de terceros, pues concedió la aplicación al derecho de cancelación, contenido

Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO		Actos que no afecten a terceros.	X		en el artículo 6° de la Ley N° 19.628. O en el fallo en causa rol N° 22.243-2015, en que reconoció expresamente la colisión entre “el derecho al olvido del pasado judicial” y el derecho a la información.	
		Existencia de marco legal.		X	No se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico chileno.	
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida	X		En Chile, en la causa rol N° 4.317-2019, en que la Corte, se reconoció el derecho al olvido.	
	MEXICO	Supresión de información de datos incorrectos.			X	No existen antecedentes a la presente fecha.
		Restitución del honor y buen nombre.			X	No existen antecedentes a la presente fecha.
		Actos que no afecten a terceros.			X	No existen antecedentes a la presente fecha.
		Existencia de marco legal.			X	En México todavía no existe un marco jurídico o ley que implemente el derecho al olvido en dicho país. Desde el 2019 se está impulsando el proyecto de ley para protección de datos personales en México, el cual conllevaría la implementación del derecho al olvido
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida			X	No se ha reconocido el derecho al olvido en México a la presente fecha. Se ha planteado un caso en el año 2015, pero tuvo resultado negativo.
						Este país tampoco no tiene antecedentes

Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	URUGUAY	Supresión de información de datos incorrectos.		X	jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
		Restitución del honor y buen nombre.		X	Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
		Actos que no afecten a terceros.		X	Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
		Existencia de marco legal.		X	No existe. El gobierno ha iniciado un proyecto de ley en la cual se busca implementar el derecho al olvido. El debate ya se encuentra abierto.
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida		X	No se ha reconocido. Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	PANAMÁ	Supresión de información de datos incorrectos.		X	Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
		Restitución del honor y buen nombre.		X	Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
		Actos que no afecten a terceros.		X	Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.
		Existencia de marco legal.		X	No existe. El gobierno ha iniciado un proyecto de ley en la cual se busca implementar el derecho al olvido. El debate ya se encuentra abierto.
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida		X	No se ha reconocido. Este país tampoco no tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el derecho al olvido.

Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	JAPÓN (CASO AGREGADO)	Supresión de información de datos incorrectos.	X		Sí se suprimió los datos. En 2014 el tribunal ordenó a Yahoo Japan Inc. que eliminara los enlaces de su sitio web. En 2014, el tribunal de cámara instancia de Tokio hizo declarar con lugar 711 casos de acciones judiciales para eliminar información privada disponible en Internet.
		Restitución del honor y buen nombre.	X		Sí, desde 2014 los tribunales de primera instancia de Japón pueden dictar disposiciones provisionales con respecto a solicitudes para eliminar información personal.
		Actos que no afecten a terceros.	X		No existen antecedentes de afectación de derecho a terceros.
		Existencia de marco legal.	X		Sí y además de esto, Yahoo Japan Inc. anunció públicamente que implementaría criterios propios para aplicar el derecho los casos.
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida	X		A partir de 2014 se ha reconocido este derecho en varias ocasiones.
		Variable independiente: EL DERECHO AL OLVIDO	ESPAÑA Caso emblemático Google Spain	Supresión de información de datos incorrectos.	X
Restitución del honor y buen nombre.	X				Se restituyó el honor del accionante por el grado de satisfacción con el fallo.
Actos que no afecten a terceros.				X	Existió un conflicto con Google Spain por afectación al derecho de la libertad de expresión y de información. No obstante, el tribunal resolvió que no

				existió vulneración de derechos.
		Existencia de marco legal.	X	A raíz del fallo emitido, existe marco legal que regula el derecho al respecto.
		Se reconoció el derecho al olvido con la sentencia expedida	X	Se reconoció el derecho al olvido y con ello, abrió la puerta para que otras legislaciones en el mundo puedan utilizar este caso como ejemplo.

CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIÓN.-

¿Es posible que el derecho al olvido se reconozca como derecho en el Ecuador?

De lo analizado en toda mi investigación, considero que es totalmente posible que el derecho al olvido se ha reconocido en el Ecuador. Para que esto sea posible, considero que es necesario la aplicación de estas tres recomendaciones, el reconocimiento por parte de la Corte Constitucional como un derecho, la creación de una agencia reguladora de control de protección de datos y la creación de un marco jurídico que establezca los lineamientos, procedimientos y estructura de la agencia reguladora de control de datos personales, las sanciones que implicaría la mala protección de datos personales y finalmente, que se establezca las maneras de garantizar el derecho al olvido y otros derechos relativos a los datos personales.

¿Cuántas personas reclamarían la vulneración del derecho al olvido?

Es difícil establecer cuántas personas reclamarían la vulneración o el reconocimiento del derecho al olvido, dado que a la presente fecha, no existen antecedentes judiciales en el Ecuador. Sólo en Europa, en lo que va desde que este derecho fue reconocido hasta la presente fecha, ha existido casi un millón de solicitudes que requieren la reparación o que requieren que la información sea suprimida de los motores de búsqueda. En el caso de nuestro país Ecuador,

presumo que los medios de comunicación nacionales que tienen intervención en medios digitales, de alguna manera sienten preocupación por el reconocimiento de este derecho pues, no cabe duda que muchas personas en el Ecuador, teniendo o no la razón, pretenderán activar el aparato judicial para intentar acciones en la vía constitucional a fin de que se le repare integralmente la vulneración del derecho al honor y a la honra por medio del reconocimiento del derecho al olvido.

¿Qué tan eficaz sería un fallo de derecho al olvido en el Ecuador?

Es evidente que en el Ecuador el derecho al olvido todavía no es una realidad. A pesar de esto, es importante que nos planteemos cuál sería el camino adecuado para poder darle sentido al reconocimiento de este derecho y que el camino tomado tenga la eficacia que se demanda. No hay reconocimiento por parte de la Corte Constitucional, no tenemos una norma o cuerpo legal que garantice el reconocimiento de este derecho, ni tampoco tenemos un procedimiento interno dentro de los canales o medios informáticos de Ecuador que garanticen el derecho al olvido a pesar de no estar reconocido legalmente.

¿Cuál sería el camino adecuado para que surta eficacia una acción judicial en caso de que la Corte Constitucional reconozca al derecho al olvido en uno de sus fallos?

Para contestar esa pregunta, primero debemos entender que es preciso que exista la vulneración a un derecho constitucional que, en este caso, sabemos perfectamente que debe ser vulnerado el derecho a la honra y buen nombre de una persona, como lo analizamos con anterioridad.

Una vez que hemos identificado que se ha vulnerado el derecho a la honra de una persona, debemos identificar claramente si se trata de una calumnia, de que la información es verás, de que la información no afecta y vulnera derechos a terceros, y finalmente, constatar que la información ya no tiene relevancia para la sociedad.

Sabemos perfectamente que, si se trata de una injuria calumniosa, existen las vías judiciales dentro del campo penal que permitirían llevar a cabo una solución para el afectado. En este caso, no podemos alegar o reclamar un derecho al olvido, porque recordemos que si no se ha vulnerado un derecho, si no sea topado el núcleo duro, y sobre todo, si se trata de un asunto que puede ser

resuelto en la vía judicial, la acción constitucional como tal, ya no puede ser invocada por tratarse de asuntos de mera legalidad.

Sólo podría darse el caso que, una persona que se encuentra en medio de una investigación penal, la cual sabemos que su información o contenido es de carácter reservado o privado y un medio de comunicación y digital publica información sobre esta investigación penal aunque todavía no se le ha dictado sentencia al sospechoso, podría darse el caso en que el sospechoso salga sobreseído, sea declarado inocente o no se le pueda dictar sentencia porque el presunto delito cometido está prescrito.

En este caso es posible, según mi criterio, invocar una acción constitucional exigiendo el derecho al olvido de la información que fue publicada, la cual es real y verás, porque esta información colgada en la web, ya no obedece a la verdad procesal y la información está menoscabando la honra de la persona. Esto es indistinto de cualquier acción por daño moral o por injurias calumniosas que en la vía civil o penal se pueda seguir en contra de la persona que publicó la información en un medio digital. Cabe recalcar que, las circunstancias fácticas son las que dependerán en cada caso si es aplicable o no exigir el derecho al olvido por medio de una acción constitucional. No todos los casos serán iguales y en consecuencia, la sana crítica y la valoración por parte de los jueces constitucionales determinará si es aplicable o no una acción constitucional.

Es importante considerar además, que la información debe de ser veraz, porque de no ser veraz, estaríamos tratando precisamente un caso de injurias o calumnias. Mientras que si tratamos un asunto que es verás, ya no existe la figura de victimario por cometimiento de delito civil o penal, lo que hay que entrar a analizar es si es posible o no obligar mediante un fallo que se desaparezca la información de la web de información verídica pero que no vulnera el derecho a la honra de terceros y que no tiene relevancia para la sociedad.

Mientras la información no afecte o vulnere derechos de terceros y sobre todo, no tenga relevancia para la sociedad pero está vulnerando el derecho de su titular, podemos pensar que se puede intentar plantear una acción constitucional exigiendo la reparación del derecho a la honra y buen hombre mediante el derecho al olvido.

El derecho al olvido que, como sabemos, y analizamos anteriormente, es ese derecho a que se olvide la información que le hace daño al titular por el solo hecho de estar colgada en el internet. Se sabe por expertos en sistemas informáticos que la información no podrá ser borrada

completamente. Lo que es posible es que la información sea tan difícil de encontrar que termine olvidándose lo que publicado en contra de esa persona. Para olvidar la información en la web, es importante tener en claro que los buscadores como Google, Bing, Yahoo, Explorer, entre otros, deben trabajar en sus motores de búsqueda y deben contar con una plataforma que permita suprimir u olvidar la información.

El problema en Ecuador es que estos buscadores no tienen sede en nuestro país, no hay forma de obligar por medio de un fallo constitucional a que estos buscadores eliminen, desaparezcan o hagan difícil de encontrar la información que se obliga a olvidar en una sentencia constitucional. Desde ese punto de vista, la eficacia de un fallo en el que se reconoce el derecho al olvido, no existiría. Es precisamente ahí donde se centra la conclusión de esta investigación, cómo lograr que un fallo constitucional sea eficaz en el Ecuador si se reconoce el derecho al olvido. ¿Cómo se obliga dentro del Ecuador a que la información que se encuentra en la web se olvidada?

No olvidemos que si se trata de un medio de comunicación que se encuentra dentro del país, el medio de comunicación puede alegar que la información se publicó ejerciendo el derecho a la libertad de expresión, en cuyo caso, existiría un conflicto de derechos en donde el juzgador debe hacer un profundo análisis del caso para no caer en una posible censura hacia los medios de comunicación, los cuales gozan del derecho de libertad de expresión como lo gozan todas las personas.

Recordemos que el antecedente del primer caso de reconocimiento del derecho al olvido, se dio en España y que llegó hasta el Tribunal de La Unión Europea. Este fallo sirve como referencia pues, precisamente, se resolvió sobre el conflicto de estos dos derechos. Por un lado el derecho a la libertad de expresión y por otro lado, el derecho al olvido. Si todos los requisitos y presupuestos se adecúan a un caso en el cual se puede demandar mediante la vía constitucional el reconocimiento del derecho al olvido, la acción a plantear es mediante la acción de protección por antonomasia, por ser esta una acción que abarca la vulneración de cualquier derecho, y al no estar todavía reconocido en el Ecuador este derecho, y no conocer con precisión cuál es el camino adecuado para tomarlo, si podemos afirmar con certeza que el reconocimiento del derecho al olvido puede ser demandado mediante la acción de protección o acción de amparo en otros países.

Existe la posibilidad de que también se pueda invocar la acción de habeas data, pero esto requerirá de un análisis profundo por parte de la corte constitucional, considerando que no todos

los casos en los que se solicite el reconocimiento del derecho al olvido serán iguales. La vinculación que podría existir respecto de esta acción, es que precisamente habla sobre el derecho que tiene la persona sobre sus datos personales, y si sus datos personales reposan en un medio digital, el titular podría intentar disponer de estos mediante un fallo constitucional. Pero insisto, es necesario el pronunciamiento directo por parte de la Corte Constitucional para poder utilizar este medio o esta acción al momento de exigir el reconocimiento de este derecho.

Regresando un poco a lo que te comentaba sobre los medios de comunicación que tienen sede en nuestro país, un fallo de la corte constitucional, podría obligar a un medio de comunicación en nuestro país a que retire o desaparezca la información. Eso sí que podría hacer la corte constitucional sobre cualquier medio digital o de comunicación concede en nuestro país. Ya dependerá de que el referido medio de comunicación o medio digital, soliciten a los buscadores como Google, Bing, Explorer, entre otros, que retiren u olviden la información que ellos mismos publicaron, a fin de que la información ya no pueda ser encontrada con facilidad en los referidos motores de búsqueda.

Aparentemente, podría existir una solución cuando la información ha sido publicada por un medio nacional. Pero ¿qué sucedería si la publicación ha sido realizada por un medio o sitio web internacional? Es precisamente donde tendríamos que encontrar la solución eficaz, para que la información pueda ser olvidada o desaparezca de los motores de búsqueda en la web.

Éste sería uno de los problemas que podría entorpecer la eficacia de un fallo que reconozca el derecho al olvido. Es decir, cuando se trate de un medio digital internacional y que haya hecho la publicación de la información, difícilmente pudiese obligarse a este medio digital a retirar la información o a que se lo obligue a que presente una solicitud de olvido en los motores de búsqueda como Google, Bing, entre otros a favor del agraviado.

Y es que, probablemente ni siquiera pudiese demandárselo dentro del territorio nacional, pues, al no tener su sede en el Ecuador, los jueces no serían competentes para resolver esta acción constitucional. Salvo que, el medio digital internacional tenga en el Ecuador una oficina o sucursal en la cual, este medio digital realice operaciones de alguna manera en el Ecuador, convirtiéndose en algo similar a lo que resolvió el Tribunal de la Unión Europea en el caso de Google Spain.

RECOMENDACIONES. -

Para que el derecho al olvido sea una realidad en el Ecuador, es importante que la Corte Constitucional ecuatoriana lo reconozca como un derecho. Para que esto suceda, es importante que exista un antecedente judicial, alguien que intente una acción de protección o una acción de habeas data donde se solicite el reconocimiento de este derecho. En el Ecuador todavía esto no ha sucedido, pero hasta el día en que suceda, es importante tener el camino trazado para que la eficacia de este fallo sea una realidad y tenga validez. Que se convierta en un fallo que conlleve un antecedente de sanción de tal manera que, esta sentencia se convierta en norma imperativa y disuasiva para todos aquellos que intenten lesionar la honra de una persona sin causar una injuria o calumnia.

Es importante crear una agencia reguladora de control como existe en España con La Agencia Española de Protección de Datos AEPD o La Dirección de Protección de Datos Personales del Perú. De tal manera que, con la creación de esta agencia en el Ecuador, se pueda aplicar medidas correctivas tales como multas, sanciones, obligaciones a reparar integralmente el daño a los afectados, suspender temporal o definitivamente la actividad del medio digital que hizo la publicación, entre otras.

No obstante de las acciones coercitivas que se pueden implementar para reparar integralmente la honra de una persona a través de esta agencia, haciendo una analogía procesalmente hablando, esta agencia podría hacer las veces de sede administrativa previo a lo judicial, como lo es en el derecho administrativo. Lo cual sabemos que, no es necesario acudir o agotar primero la sede administrativa, es posible utilizarla en primer lugar, pero no necesariamente obligatorio. De tal suerte que, si una persona intenta una acción constitucional primero para que se le reconozca el derecho al olvido y se repare íntegramente el derecho a su honra, esta agencia reguladora de control pueda acoger la decisión tomada por el juez constitucional y simplemente encargarse de que el contenido del fallo sea cumplido íntegramente, de tal manera que, la eficacia de un fallo del derecho al olvido sea integral.

Pero para la creación de una agencia reguladora de control de datos personales en el Ecuador, primero hace falta que se cree el marco normativo que permita crear la agencia reguladora. Que esta ley identifique su estructura y plantee los lineamientos y procedimientos que

debe de seguir para garantizar el cumplimiento de sus objetivos dentro del marco de sus competencias.

Sólo con una agencia reguladora de protección de datos se podría establecer o garantizar la eficacia al momento de reconocer el derecho al olvido en un fallo constitucional y como se regulan los datos personales a través de esta agencia, abarcaría un sin número de tratamientos o procedimientos relativos a los datos personales, datos que incluso no necesariamente pueden estar en la web sino también, en empresas que administran datos personales como lo es la famosa empresa Data Book en Ecuador.

Pero en lo que con respecta a esta investigación, lo cual corresponde a la información o datos personales que se encuentran en la Web lesionando el derecho a la honra y honor de una persona, considero que por medio de la creación de esta agencia, se pudiese evitar que a muchas personas se le vulnere el derecho al honor.

En conclusión, habiendo explicado todo lo antes mencionado, a mi parecer es importante todo este andamiaje mencionado para que un fallo del derecho al olvido en el Ecuador tenga eficacia. Eficacia que en palabras de Norberto Bobbio en su libro Teoría General de Derecho, significa que se cumpla (Bobbio, 2012), pues de nada nos valdría que este derecho se reconozca en el Ecuador pero se convierta en letra muerta por no tener los medios para garantizar su cumplimiento, su eficacia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez, M. (2015). *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma en la era digital*. Madrid: Reus.
- Álvarez, M. (2015). *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma en la privacidad de la era digital*. Madrid: Reus.
- Bobbio, N. (2012). *Teoría General del Derecho*. Bogotá - Colombia : Temis.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Santafé de Bogotá: Heliasta.
- Carrillo, M. (1996). *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Derecho privado y Constitución, (10), 91-116*. Barcelona.
- Carrillo, M. (1996). Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. *Derecho privado y Constitución, (10), 91-116*.
- Castellano, S. (2015). *EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN ESPAÑA Y EN LA UE*. España: Wolters Kluwer, S.A.
- Ferrajoli, L. (2014). *Garatismo* . México: Trotta.
- Franco, D., & Alejandro , Q. (2019). *La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*. Obtenido de La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22113#:~:text=La%20Direcci%C3%B3n%20de%20Protecci%C3%B3n%20de,contenido%20de%20motores%20de%20b%C3%BAsqueda>.
- Gaguirres. (17 de junio de 2020). *La Corte Suprema de Chile niega la existencia del denominado 'derecho al olvido*. Obtenido de La Corte Suprema de Chile niega la existencia del denominado 'derecho al olvido: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/corte-suprema-chile-niega-existencia-denominado-derecho-olvido
- Gómez, J. (2010). Derecho al Honor y Persona Jurídico-Privada. . *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR.* , 205-225.
- Gutmann, T. (2019). Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana (Carlos Emel

- Rendón, Trad.). *Estudios de Filosofía* , 59, 233-254.
- Herrero, F. (1994). *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. La Coruña: Colex.
- Hurtado. (2010). *Manual de Derecho Informático*. Guayaquil.
- JUSTICIA, S. D. (13 de mayo de 2014). *Info Curia Jurisprudencia*. Obtenido de Info Curia Jurisprudencia:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>
- kant, I. (1785). *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*. Königsberg: ARCIS.
- López, B. (2015). La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español al tenor de la doctrina del TJUE. *Revista de Derecho Político* 93, 143-175.
- Martínez Otero, J. (2015). El derecho al olvido en el internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE GOOGLE y la AEPD y Mario Costeja. *Revista de Derecho Político*, págs. 103-142.
- Mate, C. (2016). ¿Qué es el Derecho al olvido? *Revista de Derecho Civil* 3, 187-222.
- Morales, E. (26 de julio de 2016). *Derecho al olvido: 'censura y presión'*. Obtenido de Derecho al olvido: 'censura y presión': https://www.prensa.com/politica/Derecho-olvido-censura-presion_0_4537046389.html
- Muñoz, F. (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia : Tirant lo Blanch.
- Muñoz, J. (enero de 2014). El llamado «derecho al olvido» y la responsabilidad de los buscadores: comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo 2014. *Diario la Ley*.
- Nikken, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. IIDH (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, I, . Obtenido de http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_AVA/Curso_AVA_8-02/Entorno_de_Conocimiento_8-02/Bibliografia_Unidad_2/Concepto_de_Derechos_Humanos.pdf
- Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. *IIDH (ed.), Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, I*, 15-37.
- Palazzi. (2002). *La transmisión internacional de datos personales*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Pisanu, G. (31 de enero de 2020). *Derecho al Olvido en anteproyecto de ley en Uruguay*. Obtenido de Derecho al Olvido en anteproyecto de ley en Uruguay: <https://www.accessnow.org/derecho-al-olvido-en-anteproyecto-de-ley-en-uruguay/#:~:text=Asimismo%2C%20toda%20persona%20tiene%20derecho,redes%20sociales%20y%20servicios%20equivalentes.%E2%80%9D>

- Platero, A. (2016). El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores búsqueda. *Revista Opinión Jurídica* , 243-260.
- Quintas, N. (Diciembre de 2014). *La publicidad como origen de la derrota a Google en el derecho al olvido*. Obtenido de La publicidad como origen de la derrota a Google en el derecho al olvido.: <file:///C:/Users/Juan%20Carlos/Downloads/Dialnet-LaPublicidadComoOrigenDeLaDerrotaAGoogleEnElDerech-5053605.pdf>
- Rodríguez Chávez, R., Pozzolo, S., Torres Manrique , J., Aréa Leáo, T., & De Lazari, R. (2018). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Lima: Ediciones Nueva Jurídica.
- Sánchez, A. (11 de febrero de 2020). *Derecho al olvido, una regulación que aún está a la espera de resolverse*. Obtenido de Derecho al olvido, una regulación que aún está a la espera de resolverse: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-derecho-al-olvido-es-una-de-las-regulaciones-que-aun-estan-a-la-espera-de-resolverse-2962818#:~:text=Seg%C3%BAn%20%C3%89dgar%20Iv%C3%A1n%20Le%C3%B3n%20Robayo,informaci%C3%B3n%20que%20vulnera%20derechos%20de>
- Saura, R., Palos-Sánchez, P., & Debasa, F. (2018). El problema de la reputación online y motores de búsqueda: Derecho al olvido. *Cuadernos de Derecho Actual*, 221-229.
- Stellino. (1994). *Derechos humanos universales en la teoría y en la práctica*. México, D.F: Ediciones Gernika.
- Touriño, A. (2014). *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Los libros de Catarata.
- Tudón, M. (07 de febrero de 2020). *El "derecho al olvido" y lo que se pretende borrar*. Obtenido de El "derecho al olvido" y lo que se pretende borrar: <https://www.animalpolitico.com/altoparlante/el-derecho-al-olvido-y-lo-que-se-pretende-borrar/>
- UNESCO. (2019). *UNESCO*. Obtenido de UNESCO: <https://es.unesco.org/themes/favorecer-libertad-expresion>
- Vilasau, M. (2014). El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014). *Revista de internet, Derecho y Política*, 16-32.
- Vives, A. (1993). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: 3ra Editorial. .

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Juan Carlos Hernández Mayer, con C.C: # 0924706872 autor/a del trabajo de titulación: “*la eficacia jurídica de un fallo en el sistema judicial ecuatoriano a favor del derecho al olvido*” Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Constitucional** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 08 de junio del 2021.

Nombre: JUAN CARLOS HERNÁNDEZ MAYER

C.C: 0924706872



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	<i>“La eficacia jurídica de un fallo en el sistema judicial ecuatoriano a favor del derecho al olvido”</i>		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Abg. Juan Carlos Hernández Mayer		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dra. María Verónica Peña Dra. Alejandra Cárdenas		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	08 de Junio del 2021	No. DE PÁGINAS:	66
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho al honor, derecho al olvido, restitución del buen nombre, supresión de datos personales, derecho informático.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>En el Ecuador poco se ha hablado sobre lo que significa el derecho al olvido. Es más, cada vez que se pregunta a cualquier abogado promedio sobre este derecho en el Ecuador, pocos son los que afirman tener conocimiento del mismo y no es para menos, puesto que es un derecho relativamente nuevo. Es nuevo porque tiene pocos años de haber sido reconocido en legislaciones iberoamericanas como España, de ahí que, algunos países han adoptado reconocer al mismo derecho en sus legislaciones y jurisprudencia. El presente trabajo, tiene como finalidad abarcar el contenido sobre el derecho al olvido y la hipótesis de ser reconocido este derecho en el Ecuador.</p> <p>La presente investigación está compuesta por seis capítulos, los cuales dan una explicación general de lo que implica el derecho al honor, la honra y buen hombre; y su relación con el derecho al olvido. Analizará la doctrina producida por aquellos académicos iberoamericanos que han estudiado este derecho, para finalmente realizar un análisis jurisprudencial para poder concluir cómo se aplicaría el derecho al olvido en caso de que este derecho fuese reconocido en el Ecuador.</p> <p style="text-align: center;"><input type="checkbox"/></p> <p>Mi recomendación y conclusión de este trabajo proponen una posibilidad en la cual, se toma en consideración todos los aspectos positivos y negativos que pudiese implicar el reconocimiento de este derecho. La conclusión de este trabajo probablemente no llegue a aplicarse en el país, pero que, sin lugar a duda, es una posibilidad de aplicación en mérito y referencia de aquellos países que ya lo han aplicado y reconocido en sus ordenamientos jurídicos.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/>	SI	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0994066367		E-mail: hernandez_mayer@hotmail.com jchernandezmayer@gmail.com

CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Hernández Terán Miguel Antonio
	Teléfono: 0985219697
	E-mail: mhtjuridico@gmail.com
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	