



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA: La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales.

AUTOR:

Carrillo Abad, Doménico Victoriano

Ensayo académico previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

TUTOR:

González Alarcón, Hugo Manuel

Guayaquil, Ecuador

24 de febrero de 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **el Sr. Doménico Victoriano Carrillo Abad** como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

González Alarcón, Hugo Manuel

DIRECTORA DE LA CARRERA

Briones Velastegui, Marena

Guayaquil, a los 24 días del mes de febrero del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Carrillo Abad, Doménico Victoriano**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación denominado **“La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales”** previo a la obtención del Título **de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 24 días del mes de febrero del año 2016

EL AUTOR



Carrillo Abad, Doménico Victoriano



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrillo Abad, Doménico Victoriano**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación denominado **“La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 24 días del mes de febrero del año 2016

EL AUTOR:

Carrillo Abad, Doménico Victoriano

Agradezco a los profesores que marcan la diferencia en las aulas universitarias, y la Facultad por inculcarme el amor a la academia.

ÍNDICE

I. Introducción: Ecuador, estado constitucional.....	p. 01
II. Los derechos implícitos y su reconocimiento dentro del sistema constitucional ecuatoriano.....	p. 03
La constante expansión de los derechos humanos.....	p. 03
Los derechos nuevos, implícitos o emergentes.	p. 05
Las clausulas generales de validez y el art. 11 de la constitución.....	p. 06
III. Los nuevos derechos en la era digital y el olvido como ejemplo de los derechos fundamentales implícitos.....	p. 09
Una nueva generación de derechos: los derechos derivados de las nuevas tecnologías y la información	p. 09
Los retos derivados de la existencia de internet, y el olvido digital.....	p. 11
Concepto de derecho al olvido en el ámbito informático.....	p. 13
Criterios para defender el derecho al olvido.....	p. 14
¿Frente a quienes se ejerce el olvido? Las páginas web, las redes sociales y los motores de búsqueda.....	p. 15
IV. La acción de protección como medio para alegar derechos implícitos, como el olvido, en un procedimiento constitucional.....	p. 18
V. Conclusión.....	p. 20
VI. Bibliografía.....	p. 22

ABSTRACTO: Mediante el presente ensayo se buscará explicar los aspectos más relevantes respecto del reconocimiento por parte de nuestro sistema constitucional de los denominados derechos implícitos o emergentes. Para efecto del estudio se explorará las características garantistas y progresivas que definen a nuestra Constitución, y en virtud de las cuales se puede extender el rango de alcance de sus garantías jurisdiccionales a derechos fundamentales que no estén especificados en su texto, además que se explicará, a manera ejemplificativa, las nuevas categorías de derechos que se han propuesto en la doctrina y, concretamente, nos enfocaremos en el derecho al olvido digital y su tutelaje a través de la acción de protección. Con dichos planteamientos se logrará una visión integral del tema y permitirá un mejor entendimiento de la versatilidad que tiene la aplicación de los derechos humanos a través de las constituciones modernas, las cuales hoy en día buscan una aplicación expansiva de los derechos de las personas.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo, Garantismo, Principios constitucionales, Progresividad, Dignidad, Clausulas generales de validez, Derechos implícitos, Derechos derivados de la tecnología y la información, Redes sociales, Internet, Derecho al olvido, Garantías jurisdiccionales, Acción de protección.

I. INTRODUCCIÓN: ECUADOR, ESTADO CONSTITUCIONAL.

Para iniciar el estudio objeto del presente trabajo, es necesario partir de ciertos planteamientos que permitirán una mejor comprensión de los temas que trataremos, y es en ese sentido que debe ser bien entendido el rol que la Constitución tiene dentro de nuestro sistema normativo.

Así tenemos que recordar que Ecuador, al igual que muchas otras naciones de la región, ha tenido una experiencia constitucional un tanto abrupta que se evidencia en la cantidad de textos fundamentales que el país ha tenido a lo largo de su, relativa, corta historia. A pesar de la inestabilidad que dicho fenómeno histórico ha podido representar en cuanto a la seguridad jurídica y la operatividad del sistema jurídico como un todo, también ha acarreado una ventaja: la posibilidad de que nuestro sistema constitucional, conforme se ha ido modificando o reemplazando, se mantenga a la delantera en lo que respecta a derechos humanos y constitucionalismo. Aquella afirmación se ha mostrado especialmente cierta a partir de la aprobación de la Constitución de 2008, que en su momento llegó a ser celebrada por su amplísimo catálogo de derechos y garantías fundamentales, muchos de los cuales son reconocidos a ese nivel solo por nuestra nación, y de igual manera, por la implementación de mecanismos procedimentales específicos y eficaces para hacer valer las disposiciones de su cuerpo normativo.

Nuestra ley fundamental es de carácter marcadamente garantista, puesto que otorga una especial preponderancia al reconocimiento e interpretación extensiva de los derechos en favor del individuo humano y, por otro lado, ofrece medios directos y veloces para lograr el amparo de los derechos que reconoce ante cualquier tipo de vulneración de la que puedan ser objeto mediante sus garantías jurisdiccionales; al hablar del garantismo en la constitución, compartimos el criterio del maestro Luigi Ferrajoli, al considerar que “es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la

implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”¹. Tal dimensión se puede evidenciar en nuestro texto constitucional desde su primer artículo, en el cual define al Ecuador como un *estado constitucional de derechos y justicia*, a diferencia de la carta magna que le precedió la cual establecía a la nación como un *estado de derecho*, lo cual significó un completo cambio de modelo, por cuanto se pone como centro de nuestro ordenamiento jurídico a los derechos humanos y su protección mediante mecanismos eficaces.

Por tales antecedentes, que dan a entender el espíritu de nuestra normativa constitucional, es que el legislador constituyente decidió no solo limitar la protección de los derechos al catálogo que enumeró expresamente en la Constitución, sino que además estableció vías que pueden ser utilizadas para la defensa de derechos no especificados por la carta magna, pero que aun así pueden ser considerados como fundamentales.

De tal forma es que ingresamos al objeto concreto de esta obra, el estudio de los *nuevos* derechos fundamentales, también conocidos como implícitos o emergentes, que por lo recientes que son aún no se encuentran positivizados, pero son considerados por la doctrina y jurisprudencia mundial al nivel de fundamentales. Precisamente, para prevenir la indefensión de tales derechos, la Constitución de la república no solo se detiene en los derechos que expresamente describe su texto sino que, además, abre la posibilidad al reconocimiento de los derechos fundamentales emergentes.

¹ Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), p. 115

II. LOS DERECHOS IMPLÍCITOS Y SU RECONOCIMIENTO DENTRO DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.

LA CONSTANTE EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Previamente se hizo énfasis en el rol garantista de derechos de las constituciones, puesto que su pilar básico son los derechos humanos, es decir, aquellos derechos esenciales de todo ser humano, vinculados intrínsecamente con su bienestar individual, ya que en ellos se pone en juego “las condiciones esenciales de la vida individual y comunitaria”². En ese sentido, los derechos humanos son una señal de los tiempos debido a que su consagración parte de intensas luchas sociales; por eso cada derecho reconocido como fundamental es reflejo de la sociedad que lo propugno. Siendo así, es acertado afirmar que los derechos van evolucionando, y por eso hasta el día de hoy se van descubriendo nuevas categorías, tanto así que la doctrina es unánime cuando identifica *generaciones de derechos humanos* al clasificarlos conforme su aparición histórica. Esto se debe, en palabras de Corchete, a que los derechos “no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer”³. Es allí donde las constituciones encuentran su sentido de ser, puesto que se manifiestan como la consagración que cada nación de los derechos humanos, y mediante la cual adapta estos derechos a las realidades culturales y procesales de su entorno específico.

De igual manera, debemos de tener presente que el constitucionalismo en sus vertientes modernas defiende un entendimiento expansivo y flexible de los derechos fundamentales, permitiendo posibilidades para la protección de aquellos derechos que escaparon a la redacción del legislador constituyente, puesto que “la historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva

² Corchete Martín, M. J. (2007). Los nuevos derechos. *Teoría y realidad constitucional*, (20), p. 539

³ *Ibídem*, p. 544

extensión de la esfera de los derechos (...) y todavía no todos constitucionalizados”⁴.

Este reconocimiento, en la medida que depende de cada sociedad formularlo conforme sus propias necesidades, está condicionado a los diferentes factores extrajurídicos que inciden en los distintos pueblos (por poner un ejemplo, su cultura, historia y costumbres), por lo cual siempre y cuando su manifestación formal parta de una vinculación lógica con los derechos básicos del hombre, podrá su contenido ser válido y variar de región a región. Por tal motivo, Ferrajoli es acertado al afirmar que el constitucionalismo es por encima de todo “un programa normativo para el futuro.”⁵.

Vale recalcar que esta posibilidad para extender la protección constitucional a derechos no consagrados por su texto solo cabe dentro de las constituciones de *catálogo abierto*, a diferencia de las de *catálogo cerrado* que solo permiten la tutela de los derechos que expresamente especifica, sin embargo, no reparamos mayormente en aquello puesto que el estándar moderno es la instauración de normas fundamentales de carácter abierto por ser mucho más favorables para la protección de los derechos. Al respecto, Corchete afirma que:

“No se puede entender que las declaraciones deban tener pocos derechos como las declaraciones liberales, y que se considere un catálogo cerrado y excluyente, concepto que, por otro lado, era una lógica consecuencia de la concepción iusnaturalista de los derechos de

⁴ Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), p. 116

⁵ *Ibidem*, p. 115

la que se desprendía un conjunto de valores ahistóricos y con vocación de universalidad e inmutabilidad."⁶

LOS DERECHOS NUEVOS, IMPLÍCITOS O EMERGENTES.

La idea de los derechos implícitos no es una noción que tiene extenso desarrollo doctrinal, pero el verdadero alcance de estos derechos dependerá de las particularidades de cada nación en razón de que emergen de la conciencia social como reflejo de las necesidades y peculiaridades de cada una. Estos derechos aunque nuevos, en cuanto su enunciación y singularidades no son manifestadas formalmente, deben entenderse implícitos partir de su vinculación con otros derechos, en otras palabras, tienen que partir de derechos formalmente consagrados, principalmente la dignidad, para que se pueda extender la protección jurídica a ellos; sin que aquello signifique que no se los deba considerar como derechos nuevos, de contenido distinto y, por lo tanto, otorgar un tratamiento diferenciado. Determinarlos no sería sencillo, y dependería de las situaciones particulares que atañen a cada caso.

Ahora bien, el reconocimiento de los derechos implícitos en un ordenamiento jurídico concreto dependerá exclusivamente de lo dispuesto por la norma constitucional, ya que es esta la única que puede establecer herramientas para su aceptación y protección. En ese sentido, los expertos han identificado dos vías a través de las cuales se puede obtener aquel tutelaje:

- La vía de los derechos transversales, la cual implica un ejercicio de interpretación mediante el cual se vincule el contenido de los varios derechos formalmente reconocidos para delimitar la existencia de uno nuevo que derive de la agrupación de sus rasgos conjuntos.
- Las cláusulas generales de validez.

⁶ Corchete Martín, M. J. (2007). Los nuevos derechos. *Teoría y realidad constitucional*, (20), p. 544

A efectos del presente trabajo, nos enfocaremos en las cláusulas generales, por considerar que son las que nuestro texto constitucional recoge, como pasaremos a explicar.

LAS CLÁUSULAS GENERALES DE VALIDEZ Y EL ART. 11 DE LA CONSTITUCIÓN

Las cláusulas generales de validez consisten en estipulaciones contenidas dentro del texto constitucional que permiten una interpretación progresiva o extensiva de los derechos fundamentales, por lo que representan “una base razonable para que la jurisprudencia pueda provocar, en términos jurídicos, «una evolución» en los derechos”⁷. De su reconocimiento se obtiene una continua simbiosis entre las disposiciones constitucionales y los valores de cada sociedad, entre el derecho y la historia; puesto que abren la posibilidad de introducir nuevos derechos al catálogo constitucional conforme el desarrollo particular de cada sociedad; y sin cuya existencia resultaría complicado ampliar el listado de derechos tutelados por la Constitución, a no ser por la vía de la reforma legislativa, con todos los aspectos procedimentales que ello implica.

Al momento de pretender alegar nuevos derechos en un procedimiento al amparo de una constitución con cláusulas generales de validez debe distinguirse entre los Derechos nuevos, en cuanto no expresamente catalogados, pero que derivan o se deducen de otros que sí lo están, y los Derechos nuevos en cuanto no comprendidos, ni tampoco deducibles de dicho catálogo; ya que solo los primeros serían objeto del amparo constitucional, pues como hemos mencionado la aceptación de estos derechos solo puede lograrse en la medida que estén implícitos o deriven de la existencia de derechos expresamente reconocidos.

⁷ Corchete Martín, M. J. (2007). Los nuevos derechos. *Teoría y realidad constitucional*, (20), p. 547

Y, precisamente, dichas cláusulas se pueden identificar dentro de nuestro texto constitucional, ya que la Constitución del Ecuador recoge la siguiente disposición entre sus principios para la aplicación los derechos:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

Es necesario recalcar en este punto que es allí donde yace la clave para poder expandir la regulación constitucional a derechos no especificados en su sistema. La Constitución es clara al respecto cuando expresa no se excluye de su ámbito de protección la tutela de nuevos derechos no previstos por sus disposiciones, siempre y cuando reúnan dos requisitos:

1. Estén vinculados con la dignidad humana
2. Sean necesarios para el pleno desenvolvimiento del individuo

La labor de identificar aquella vinculación correspondería al juez constitucional en su rol de interpretador de los derechos fundamentales, para lo cual debe tomar en cuenta principios como el de interpretación favorable o la progresividad de los derechos, entre otros. Pero quizá el concepto que debe tener presente con mayor claridad sea el de la dignidad del ser humana, y lo que implica que un derecho derive o se vincule con la misma.

A criterio de los estudiosos, “la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de

autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad”⁸, es por ello que la dignidad se constituye como fundamento subyacente de un sinnúmero de derechos que tienen como objetivo defender la autodeterminación y las singularidades únicas de cada individuo, en ese sentido, cualquier derecho fundamental nuevo que se quiera alegar en un procedimiento debe partir de la búsqueda de defender a la persona en tales dimensiones. Es por eso que para identificar la una conexión entre un derecho emergente y la dignidad es necesario identificar su pertinencia para el desenvolvimiento pleno de la persona.

Algunos autores, como Habermas, adoptan una postura más apasionada y defienden que la dignidad se cimienta como fuente en la cual absolutamente todos los derechos fundamentales adquieren sustento. Es esa la causa, y con pertinencia al objeto de nuestro estudio, por la que el mismo autor admita que “el concepto de “dignidad humana” también pueda ocasionalmente facilitar acuerdos al momento de precisar y extender los derechos humanos (...) de ese modo, los jueces apelan a la protección de la dignidad humana cuando, por ejemplo, los riesgos no previstos de nuevas tecnologías invasivas los llevan a introducir un nuevo derecho, como en el caso del derecho a la autodeterminación informativa”⁹, a opinión de Habermas, el derecho a la dignidad es tan intenso que no solo sirve de sustento a los derechos previstos por los cuerpos normativos, sino que además permite la protección de derechos todavía no previstos. Esta postura se ve reforzada por Viteri Custodio quien indica que “la doctrina jurisprudencial indica que la dignidad es el presupuesto

⁸ Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), p. 4

⁹ Habermans, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), p. 7

jurídico, el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento”¹⁰.

Tales consideraciones se deben de tener presentes al momento de identificar un potencial derecho implícito, al tenor de lo estipulado por el artículo 11 de nuestra norma suprema, a fin de que se lo pueda considerar verdaderamente fundamental y por tanto sujeto a la protección de la jurisdicción constitucional. Resultado del carácter abierto de nuestro texto constitucional se abre en nuestro ordenamiento la posibilidad de defender un catálogo de derechos no expresados por la carta magna pero que en su esencia persiguen los mismos objetivos que la dignidad de la persona humana. De esa forma “podemos observar que los derechos fundamentales cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido”¹¹.

III. LOS NUEVOS DERECHOS EN LA ERA DIGITAL Y EL OLVIDO COMO EJEMPLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLÍCITOS

UNA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS: LOS DERECHOS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA INFORMACIÓN.

Tal como ya hemos establecido, ni los derechos fundamentales ni las constituciones modernas son entidades estáticas, en razón de ir desarrollando y ampliando su contenido según el paso de los tiempos y las necesidades de las sociedades, por esa razón, a modo de ilustrar los nuevos derechos de los que hemos hecho referencia y demostrar que incluso hoy en día existen derechos

¹⁰ Viteri Custodio, D. D. (2012). La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del tribunal constitucional español y el tribunal constitucional federal alemán. *Estudios de derecho*, 69(153), p. 121

¹¹ Corchete Martín, M. J. (2007). Los nuevos derechos. *Teoría y realidad constitucional*, (20), p. 545

inherentes a las personas que, sin embargo, todavía no se encuentran consagrados a nivel positivo.

Para ello, corresponde explorar una de las tantas categorías de nuevos derechos que han ido apareciendo en los últimos años, y que adquiere cada vez mayor acogida entre los estudiosos y las legislaciones alrededor del mundo. La nueva categoría a la que nos referimos es la de *Derechos humanos derivados de las nuevas tecnologías y la información*, los cuales son resultado directo de la necesidad de protección de los derechos básicos del ser humano en su vertiginosa integración con los medios digitales e informáticos; puesto que ante los retos que se presentan las normas no pueden estar a la par de aquellos avances ni ser un obstáculo para el desarrollo tecnológico de la sociedad, por lo que corresponde al derecho adaptarse a los nuevos tiempos y servir de pilar para el constante avance de la raza humana.

Es así que hoy ya se está hablando de derechos humanos de cuarta generación, derivados de la retos que enfrenta el hombre en una sociedad que va evolucionando con mayor velocidad, y de entre esta novísima generación de derechos de las nuevas tecnologías y la información, podemos identificar los siguientes:

- Democracia electrónica (*e-democracy*)
- Derecho a la autodeterminación informativa
- Derecho a la comunicación y a la información
- Derecho a la libertad informática
- Derecho al desarrollo tecnológico.
- Derecho al olvido digital
- Inclusión digital

Cada uno de estos derechos presenta sus propios rasgos distintivos y amerita un tratamiento individualizado, sin embargo, a fin de precautelar la

extensión del presente estudio nos limitaremos a explorar uno de ellos, es así que se enfocara el análisis en el *Derecho al olvido digital*, que a opinión del autor es un ejemplo muy adecuado de derecho fundamental emergente.

LOS RETOS DERIVADOS DE LA EXISTENCIA DE INTERNET, Y EL OLVIDO DIGITAL.

Tal como hemos ido anticipando, la existencia de internet supone nuevos retos y nuevos paradigmas en el tratamiento de los derechos, por lo cual es un buen punto de partida al momento de identificar nuevos derechos, ya que “es indudable que la emergencia de nuevos derechos produce también una discusión jurídica sobre su conceptualización y forma de delimitarlos”¹². En relación a ello, se ha establecido que el principal rol de las constituciones es servir de mecanismo para el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales del hombre, especialmente en aquellas circunstancias en las cuales estos derechos sean vulnerados como resultado de por su posición de fragilidad frente a terceros, y aquello no deja de ser menos valido en el mundo digital donde es claro que existe una situación de debilidad de los individuos frente a determinados usos del internet.

Es precisamente por esos riesgos inherentes a la difusión de información por medios digitales, que hoy se discute cada vez con mayor fervor el derecho de todo ciudadano a tener un pleno control y manejo sobre los datos que el mismo ha difundido o que sobre el exista en la web. Esto debido a que la perpetuidad de la eterna memoria digital implica que el contenido que alguna vez fue compartido y difundido voluntariamente con el pasar del tiempo puede convertirse en información vergonzosa o indeseada, y sin embargo seguir disponible y de forma abierta en la web, sin que el perjudicado pueda evitar que

¹² Zárate Rojas, Sebastián. (2013). *La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa*. Nueva Época, (13), p. 2

continúe su difusión. En palabras de Mieres, “el conocimiento de determinados datos de manera aislada puede generar reacciones adversas por parte de los terceros, con incidencia negativa en nuestra carrera profesional, nuestro crédito o las posibilidades de entablar o fortalecer nuestras relaciones sociales”¹³.

De la necesidad de una protección eficaz a la integralidad de la persona incluso en el ámbito digital se deriva un nuevo derecho fundamental para tutelar al hombre ante los potenciales abusos de su información en las redes informáticas, ese derecho es el olvido digital. La necesidad de este derecho se ejemplifica perfectamente en palabras manifestadas por, Alex Türk, ex-presidente de la Comisión nacional de informática y libertades francesa, cuando dijo que “lo que está en juego con este replanteamiento del derecho al olvido es encontrar de nuevo una función natural –olvidar– que haga la vida soportable”¹⁴. Y, efectivamente, ningún ciudadano debería tener que resignarse a que información de su pasado se difunda en la web sin la posibilidad a suprimirla o corregirla.

Es así que ante el peligro que supone la virtualmente eterna disponibilidad de la información en los actuales sistemas informáticos, y para salvaguardar efectivamente el derecho al olvido, se ha propuesto etiquetar la información sensible con un una fecha de expiración y requerir a todos los servidores o equipos que le den tratamiento o almacenen a esa información que obedezcan esa fecha y la supriman una vez cumplido el plazo previsto. De tal forma, “en lugar de una situación en la que por defecto se retiene todo sin límite temporal, podría pasarse a otra en la que el punto de partida fuera el borrado

¹³ Mieres Mieres, L. J. (2014). *El derecho al olvido*. Madrid: Fundación Alternativas. P. 12

¹⁴ De Terwangne, C. (2012). Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de internet, derecho y política*, (13), p. 60

por defecto mediante la introducción de fechas de caducidad en el almacenaje de datos por parte de los usuarios”¹⁵.

De esta forma el paso del tiempo serviría para generar una expectativa razonable de privacidad, y adaptaría mejor esta realidad a parámetros jurídicos que se dan por sentado, pues como vemos el derecho desde hace siglos reconoce tiempos de caducidad o de prescripción para un sinfín de situaciones (para exigir derechos, presentar acciones, e incluso perseguir delitos). Este tiempo de expiración, aunque en un primer momento pudiera parecer difícil de utilizar, ya se ha venido usando por una cantidad cada vez mayor de servidores y aplicaciones informáticas, como nos indica Mieres:

“Por ejemplo, *Snapchat* es una aplicación que permite enviar fotos, vídeos o textos que se borran automáticamente después de haber sido leídos; *TigerText* habilita al usuario para poner un límite temporal al texto que envía, desde un minuto a 30 días, transcurrido el cual se produce el borrado total; *Vanish* es una tecnología en desarrollo que permite generar datos cuyas copias (que pueden estar en poder de terceros) se autodestruyan con el paso del tiempo”¹⁶.

La implementación de estos tiempos de caducidad es connatural al derecho al olvido. Puesto que si bien es cierto que mientras no se reconozca formalmente por los sistemas jurídicos, su ejercicio se limitaría a operar *ex post* (luego de la vulneración).

CONCEPTO DE DERECHO AL OLVIDO EN EL ÁMBITO INFORMÁTICO

El derecho al olvido, en términos generales, se puede definir como un derecho que exige que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la

¹⁵ Mieres Mieres, L. J. (2014). *El derecho al olvido*. Madrid: Fundación Alternativas, p. 10

¹⁶ *Ibidem*, p. 10

web en virtud del paso del tiempo, y cuya inobservancia genera una atribución para retirar del sistema y eliminar la información obsoleta que en la red exista. Es decir, el objeto de acción de este derecho es la regulación de contenido compartido en algún momento, pero cuya divulgación actual afecta negativamente los intereses de un individuo al desarrollar su proyecto de vida libre de interferencias.

En esa línea, cabe recalcar la importancia que tiene este derecho por cuanto de su tutelaje se ven reforzados indirectamente otros derechos conexos como el honor, la intimidad, la dignidad, entre otros.

CRITERIOS PARA DEFENDER EL DERECHO AL OLVIDO

Ahora bien, al momento de sustentar la aplicabilidad del derecho al olvido en un proceso, el juzgador debe tomar en cuenta, en primer lugar, si se han respetado los principios de *consentimiento* y de *finalidad* en el tratamiento de los datos disputados. El principio de consentimiento implica que toda persona haya accedido voluntariamente en el tratamiento de su contenido a través de las redes, y al mismo tiempo la posibilidad de que, en ejercicio de esa misma voluntad, pueda revocar su disponibilidad y eliminar los datos de los servidores en que se encuentren. Mientras que por otro lado, la finalidad significa que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”¹⁷.

Una vez evaluados los principios antes referidos, y de considerarse que efectivamente su irrespeto ha degenerado en un uso ilegítimo de información

¹⁷ Hernández Ramos, M. (2013). El derecho al olvido digital en la web 2.0. *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, (11), p. 34

personal, se debe reconocer si la información que se busca suprimir cumple con las siguientes características:

1. *Ausencia de relevancia pública*: el conocimiento de la información en cuestión no debe tener mayor importancia para el resto de la población (es por eso que al pasado de personajes públicos o los reportajes periodísticos de actualidad no se les puede aplicar el olvido).
2. *Inexactitud de los datos personales*: lo cual significa que los datos personales deben ser ajenos a la verdad, sea porque fuera de contexto provocan el descredito de la persona o que por ser incompletos distorsionen la realidad de los hechos.
3. *Antigüedad de los datos*: evidentemente el derecho al olvido se ejerce en forma ex-post, en la medida que el transcurso del tiempo convierta a información relevante en su momento (p. ej. la implicación en la comisión de un delito) o compartida voluntariamente en perjudicial para los intereses de una persona, por lo tanto esta información también debe tener cierta antigüedad en la web que la convierta en obsoleta (un ejemplo perfecto es la difusión pública de los antecedentes penales de una persona).

¿FRENTE A QUIENES SE EJERCE EL OLVIDO? LAS PÁGINAS WEB, LAS REDES SOCIALES Y LOS MOTORES DE BÚSQUEDA.

El derecho al olvido se puede ejercer principalmente contra dos tipos de sujetos:

1. Frente a quien divulga o mantiene en la red datos personales obsoletos.
2. Frente a motores de búsqueda que indexan las páginas originales y muestran los enlaces a ellas en su página de resultados

En el primer caso, nos estamos refiriendo a *páginas web* donde se publique información obsoleta, pero especial énfasis amerita el tratamiento de

las *redes sociales*, ya que actualmente, la propagación y uso masivo de las mismas ha facilitado enormemente la búsqueda, captación y propagación de información que en otras épocas hubiera sido muy difícil de localizar.

Al momento de analizar los casos concretos en los que se pretenda alegar este derecho, se deberá de distinguir respecto a si la información fue publicada por el mismo individuo en la red social, en cuyo caso no cabría el derecho al olvido puesto que el titular de los datos mantiene su control sobre los mismos, mientras que tratamiento distinto amerita la información publicada por terceros y que contiene datos personales del afectado (p. ej. una fotografía humillante ajena publicada en la cuenta de una persona en una red social).

En virtud del derecho al olvido el interesado tendrá derecho, sea en el caso de páginas web o sea en el caso de redes sociales a que “el responsable del tratamiento, esto es, quien mantiene y divulga los datos, los suprima y se abstenga de darles más difusión”¹⁸ .

Ahora bien, en el caso de los *Motores de búsqueda* notamos que estos han sido de vital importancia al facilitar la interacción de los cibernautas en internet, debido a que “desarrollan una función esencial de organización de la información disponible en la red y de facilitar el acceso a ello”¹⁹, puesto que sin su existencia la tarea de buscar información en el abismal número de dominios web existentes sería prácticamente imposible para el común individuo.

Pero así como han ofrecido indudables beneficios, también surgen claros inconvenientes cuando estos mismos buscadores favorecen el acceso a información obsoleta de un individuo al dirigir sus búsquedas a páginas web que alberguen dicho estos sititos, en amparo de la integralidad del derecho al olvido, también pueden ser objeto del ejercicio del derecho, en relación a la

¹⁸ Mieres Mieres, L. J. (2014). *El derecho al olvido*. Madrid: Fundación Alternativas, p. 22

¹⁹ *Ibidem*, p. 43

información que indexan y facilitan a través de una búsqueda en sus servidores. Aunque es un punto muy discutido en el ámbito jurídico, y los motores de búsqueda, específicamente *Google*, han alegado que no procede el ejercicio del olvido contra sus sitios web en razón de que “deben ser las páginas que incluyeron la información las que deberían satisfacer las demandas de cancelación y oposición de los titulares, además de proteger derechos fundamentales como la libertad de expresión e información”²⁰ .

Resultado del ejercicio de la defensa del derecho al olvido, surgen dos facultades a usar en contra de las páginas web y motores de búsqueda:

- *Derecho de cancelación*: consistente en la potestad que tiene una persona para solicitar la eliminación de datos propios difundidos en forma perjudicial y no consentida.

Esta correspondería utilizar contra las páginas web o personas concretas que estén manejando información pasada obsoleta y esparciéndola por internet, en la medida que exige la eliminación de todo contenido disputado de las bases de datos del sitio en cuestión.

- *Derecho de oposición*: esta facultad permite solicitar el bloqueo del tratamiento de información cuando se esté recabando sin su consentimiento y en perjuicio de sus derechos.

Como es evidente, esta atribución debería ejercerse contra los motores de búsqueda, exigiendo se desindexe de sus búsquedas web la página o páginas que muestran el contenido obsoleto e implemente medios para que dicha información no pueda volver a aparecer en el futuro.

²⁰ Hernández Ramos, M. (2013). El derecho al olvido digital en la web 2.0. *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, (11), p. 9

IV. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MEDIO PARA ALEGAR DERECHOS IMPLÍCITOS, COMO EL OLVIDO, EN UN PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL

Al buscar el tutelaje de los derechos implícitos o emergentes, es claro que por poder considerarlos fundamentales al tenor de lo dispuesto en el artículo 11, numeral séptimo, de la Constitución, se les puede aplicar toda la extensión de defensa que permite la nuestra norma suprema a través de la activación de las garantías jurisdiccionales previstas a partir del artículo 86 de su cuerpo normativo, y reguladas en detalle por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

Nuestra carta magna en su esfuerzo por el tutelaje de los derechos ha instituido ciertas herramientas jurídicas cuya naturaleza procedimental es de ámbito netamente constitucional, a través de las cuales se puede ejercer la efectiva defensa de los derechos, y de entre estas garantías jurisdiccionales, debemos de hacer énfasis en la Acción de protección por ser la herramienta pertinente para defender a los derechos implícitos.

Tal como expresa la Constitución en su artículo 88, la Acción de protección es un mecanismo que permite “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”. En concordancia añade el art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que esta acción procede cuando dichos derechos “no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, es decir que tratamos con una acción supletoria a todas las demás, una última vía para reclamar por los derechos constitucionales que no pueden ser defendidos por ninguna otra garantía jurisdiccional. Aquello es algo que se explica en el afán garantista del legislador

constituyente, el cual busco evitar que un derecho fundamental quede en la indefensión por la inexistencia de vías adecuadas para su protección. Precisamente aquello es lo que ocurre con los derechos emergentes y, para fines ejemplificativos, lo que ocurre con el derecho al olvido; tratamos con un derecho que solo puede ser defendido por vía de la acción de protección en consideración de que ninguna otra de las acciones constitucionales sirven para defender su contenido.

Ahora bien, el art. 40 de la LOGJCC señala tres requisitos esenciales para la procedencia de una acción de protección:

1. La presencia de un derecho constitucional vulnerado,
2. La existencia de una acción u omisión por parte de una autoridad pública no judicial (en concordancia con el art. 41, numeral 1, de la misma ley) de la cual emane esa violación, y
3. La inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado para tutelar tal derecho

El primer requerimiento se ha visto verificado en el desarrollo del presente trabajo, ya que a través de lo establecido por el artículo 11 de la carta magna, podemos considerar a los derechos implícitos en el mismo rango de protección que los derechos explícitos de la Constitución. En cuanto a la segunda condición, utilizando el caso concreto del derecho al olvido, notamos que esa vulneración solo puede derivar de páginas web o de motores de búsqueda por lo que de igual manera se cumpliría con este requisito. Finalmente, en cuanto al tercer de los numerales, recalcamos que el ámbito de las demás acciones legales y judiciales escapa a las necesidades para la protección de los nuevos derechos fundamentales, precisamente por su falta de estipulación en la norma formal, por lo cual la acción de protección se instaura como la única vía posible para tutelar estos derechos.

Es de tal forma, que es absolutamente procedente alegar un derecho nuevo, implícito o emergente dentro de un procedimiento constitucional, puesto que la Constitución debe ser respetada y cumplida en su integralidad, y ante la vulneración de estos derechos (p. ej. el derecho al olvido) se los puede hacer valer mediante una acción de protección por cuanto se encuadra sin problema a sus presupuestos procedimentales. Situaciones ante las que el juez constitucional tendrá que proceder con una postura abierta que permita la expansiva y plena vigencia de los derechos básicos del hombre y, en el caso del derecho al olvido, tomando en cuenta los criterios y consideraciones que hemos expuesto en el capítulo pertinente.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente ensayo hemos intentado agotar el tema que respecta al reconocimiento y defensa de los derechos emergentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como es evidente, dicho reconocimiento por tratarse de derechos fundamentales solo puede partir del ámbito constitucional. En ese sentido, nuestra constitución dada su modernidad se mantiene a la delantera en lo que respecta a la consagración de derechos y garantías básicas, clara muestra del afán del legislador constituyente por ofrecer un sistema constitucional que abarque en su mayor extensión los derechos de las personas. Por ello, nuestra carta magna abre vías a través de las cuales se pueda defender no solo los derechos explícitamente manifestados en ella, sino también los derechos implícitos en la dignidad humana, con lo cual se admite un abanico de posibilidades al momento de alegar derechos dentro de un procedimiento constitucional.

La noción de derechos implícitos, emergentes o nuevos no es nueva, y durante décadas ha sido propugnada por los doctrinarios, quienes consideran que el estándar moderno deben ser constituciones abiertas que no restrinjan la evolución de los derechos humanos, y permitan el reconocimiento de nuevos

derechos conforme vayan descubriéndose. Así mismo, las constituciones pueden permitir ese carácter progresivo a través de dos vías: la de los derechos transversales y la de las cláusulas generales de validez. Estas últimas son las que nuestra Constitución contiene y las manifiesta a través del art. 11, numeral 7, de su cuerpo normativo, en donde declara que el reconocimiento de los derechos y garantías por ella establecidos no excluye los demás derechos derivados de la dignidad de las personas.

A modo de ejemplo, se ha afirmado la existencia de una nueva categoría de derechos basados en las nuevas tecnologías y la información, de entre los cuales se puede destacar el olvido digital, el cual consiste en un derecho que exige que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web en virtud del paso del tiempo, y cuya inobservancia genera una atribución para retirar del sistema y eliminar la información obsoleta que en la red exista.

Dichos derechos emergentes, al tenor del referido art. 11, pueden ser reconocidos y defendidos en un procedimiento constitucional a través de la garantía jurisdiccional de la Acción de protección, bajo los parámetros establecidos por la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por cuanto la tutela de los nuevos derechos fundamentales se adecua perfectamente a sus preceptos normativos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25). Recuperado de <http://scielo.unam.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf>
- Corchete Martín, M. J. (2007). Los nuevos derechos. *Teoría y realidad constitucional*, (20), 535-556
- De Terwangne, C. (2012). Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de internet, derecho y política*, (13), 53-66
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), 113-136
- Habermans, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), 3-25
- Mieres Mieres, L. J. (2014). *El derecho al olvido*. Madrid: Fundación Alternativas.
- Ramos, M. H. (2013). El derecho al olvido digital en la web 2.0. *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, (11), 1-43.
- Viteri Custodio, D. D. (2012). La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del tribunal constitucional español y el tribunal constitucional federal alemán. *Estudios de derecho*, 69(153), 113-145
- Zárate Rojas, Sebastián. (2013). La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa. *Nueva Época*, (13), recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4330379.pdf>



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrillo Abad, Doménico Victoriano**, con C.C. No. 171306948-0 autor del trabajo del trabajo de titulación: **“La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales”** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** 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, 24 de febrero de 2016

f. _____

Nombre: **Carrillo Abad, Doménico Victoriano**

C.C: 171306948-0



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Carrillo Abad, Doménico Victoriano		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	González Alarcón, Hugo Manuel		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	18 de marzo de 2016	No. DE PÁGINAS:	22
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Público		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Constitucionalismo, Garantismo, Principios constitucionales, Progresividad, Dignidad, Clausulas generales de validez, Derechos implícitos, Derechos derivados de la tecnología y la información, Redes sociales, Internet, Derecho al olvido, Garantías jurisdiccionales, Acción de protección.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>Mediante el presente ensayo se buscará explicar los aspectos más relevantes respecto del reconocimiento por parte de nuestro sistema constitucional de los denominados derechos implícitos o emergentes. Para efecto del estudio se explorará las características garantistas y progresivas que definen a nuestra Constitución, y en virtud de las cuales se puede extender el rango de alcance de sus garantías jurisdiccionales a derechos fundamentales que no estén especificados en su texto, además que se explicara, a manera ejemplificativa, las nuevas categorías de derechos que se han propuesto en la doctrina y, concretamente, nos enfocaremos en el derecho al olvido digital y su tutelaje a través de la acción de protección. Con dichos planteamientos se logrará una visión integral del tema y permitirá un mejor entendimiento de la versatilidad que tiene la aplicación de los derechos humanos a través de las constituciones modernas, las cuales hoy en día buscan una aplicación expansiva de los derechos de las personas.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR:	Teléfono: +593-992207774	E-mail: domenico_carrillo@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593- 994602774		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	