

La protección de datos personales en los estados que conforman la Comunidad Andina: estudio comparado y precisiones para un modelo interamericano de integración

*Luis Ordóñez Pineda**

RESUMEN

En las últimas décadas del siglo XX se ha reconocido la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales, tanto en los tratados y acuerdos internacionales como en las Constituciones de distintos países, lo que se ha traducido en un desarrollo legislativo de este derecho fundamental tendiente a regular el tratamiento de la información personal tanto en el ámbito público como privado. En el caso de Ecuador, el surgimiento del derecho a la autodeterminación informativa se enmarca en los principios consagrados dentro de la teoría del neoconstitucionalismo andino, enmarcados fundamentalmente en la democracia participativa y en la constitucionalización de nuevos derechos fundamentales. Esta investigación está orientada a estudiar –en el contexto de la Comunidad Andina– los precedentes constitucionales, jurisprudenciales y doctrinarios que enmarcan el origen y desarrollo de este derecho fundamental. A partir de la experiencia europea, este análisis pretende promover un modelo interamericano de integración para una regulación equilibrada respecto al tratamiento de los datos personal.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la autodeterminación informativa, hábeas data, garantías constitucionales, Derecho a la intimidad, Comunidad Andina, Derecho comparado, Integración Interamericana.

ABSTRACT

During the 20th century and especially in the last decades there has been an important recognition of the personal data protection as a fundamental right, both in the International Treaties and Agreements and in the Constitutions of different countries. This has resulted in a legislative development of fundamental rights in order to regulate the treatment of personal information both in public and private sector. In Ecuador, the emergence of the right to informational self-determination is framed within the principles preserved in the Andean Neo Constitutionalism

* Docente-investigador, departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad Técnica Particular de Loja.

stated in participatory democracy and in the Constitutionalism of new fundamental rights, fundamentally. This research is aimed at studying –in the context of the Andean Community– the constitutional, jurisprudential and doctrinal precedents that frame the origin and development of this fundamental right. Based on the European experience, this analysis aims to initiate an Interamerican Model of Integration for a balanced regulation respect to the processing of the personal data.

KEYWORDS: Right to informational self-determination, Hábeas data, Constitutional guarantees, right to privacy, Andean Community, Comparative law, Interamerican Integration.

FORO

INTRODUCCIÓN

Con la evolución de la tecnología, la sociedad ha experimentado gran dificultad para mantener protegidos algunos bienes jurídicos tradicionalmente tutelados a través del derecho a la intimidad, que ahora requieren una tutela más específica y amplia que les proporciona el derecho a la protección de datos personales o la autodeterminación informativa.¹ Como se sabe, existen varias problemáticas derivadas de los avances tecnológicos, que se traducen en necesidades al momento de garantizar este derecho fundamental a partir del tratamiento de la información, sea en el ámbito público o privado.

Pablo Lucas Murillo asegura que “la potencialidad de la tecnología ha llegado a tal punto que permite obtener resultados socialmente provechosos. El problema es que, de igual modo, resulta idónea para causar perjuicios de entidad semejante a los beneficios”.²

1. Según Pablo Lucas Murillo, la expresión “autodeterminación informativa” o “intimidad informativa” puede ser considerada como “más expresiva” que otras adoptadas por los legisladores y la doctrina para hacer referencia al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Cabe señalar que más adelante nos referiremos de manera pormenorizada sobre el contenido de esta expresión.
2. Pablo Murillo de la Cueva y José Luis Piñar, *El derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid-México: Fontamara, 2011), 16. Precisamente, el marco común en los países de la Comunidad Andina son los problemas derivados de la protección de las libertades fundamentales a partir del uso de las tecnologías y como resultado de la evolución del paradigma del tratamiento de la información desde medios impresos hacia la digitalización de la información personal.

En los estados democráticos de la Comunidad Andina (CAN),³ el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas incorporó recientemente como derecho autónomo la protección de datos personales frente a la necesidad de dar respuesta al proceso de evolución tecnológica.

Por otra parte, Hassmer y Chirino señalan que “el desarrollo del derecho a una protección de datos personales se alimenta en las sociedades modernas de dos fuentes: de la tempestuosa marcha triunfal de la tecnología de la información, en conjunto con el escepticismo sobre el Estado y lo que de este puede esperarse”.⁴ En el contexto latinoamericano la protección de datos personales se ha derivado de la necesidad de salvaguardar los derechos o libertades personales que pueden ser afectadas en virtud del tratamiento de la información personal, principalmente, derivada de la incorporación de procesos tecnológicos en el tratamiento de la información.

Inicialmente, algunas reformas constitucionales en la CAN “introdujeron la protección de los datos personales (algunas bajo la forma de hábeas data), viz. Brasil (1998) art. 5o.- X, XII y LXXII; art. 105 l b); Colombia (1991) art. 15; Paraguay (1992) art. 33, 36 y 135; Perú (1993) art. 2o., 162, 203-3; Argentina (1994) art. 19 y 43; y Ecuador (1998) art. 23.8, 23.13, 23.24, 94”.⁵ En el caso de Ecuador, en el año 1998 la protección de datos de carácter personal no se hallaba reconocida como un derecho fundamental, y, más bien, sus facultades se ejercían a través de otros derechos civiles como la intimidad personal y familiar, entre otros; y al hábeas data como garantía constitucional.

En la actualidad, el derecho a la protección de los datos de carácter personal se describe como un derecho autónomo de otros derechos, es decir, como un derecho nuevo vinculado a la necesidad de proteger la dignidad personal frente a las nuevas tecnologías.⁶ Por consiguiente, este nuevo derecho fundamental constituye “un *instituto*

-
3. La Comunidad Andina actualmente está conformada por cuatro países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; cinco países asociados: Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; y, un país observador: España.
 4. Winfried Hassmer y Alfredo Chirino Sánchez, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997), 28.
 5. Carlos Gregorio, “Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina”, en Raúl Márquez Romero, coord., *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005), 310-1.
 6. En este contexto, “de las iniciales elaboraciones teóricas que buscaban extender los confines del derecho a la intimidad a toda información personal, se pasó a identificar un bien jurídico autónomo, denominado intimidad informativa, *privacy*, libertad informática o autodeterminación informativa”. Cfr. Murillo de la Cueva y Piñar, *El derecho a la autodeterminación informativa*, 17. En breves términos, la consolidación de la protección de datos personales como un derecho fundamental ha

de garantía de otros derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad, pero no solo de este derecho... Atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en el poder jurídico de imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos”.⁷

Con estos antecedentes, este artículo se plantea recorrer el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la CAN –con especial énfasis a su incorporación en Ecuador–, además de los que la conforman en calidad de países asociados y observador. Al final, el corolario de este análisis supone una idea base de un modelo interamericano de integración que –con base en la experiencia europea y en los avances generados por el Comité Jurídico Interamericano y Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos– sirva de paradigma para la regulación del derecho a la autodeterminación informativa en las Américas.

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA COMUNIDAD ANDINA. HACIA UN MODELO INTERAMERICANO DE INTEGRACIÓN

ANTECEDENTES

En general, la constitucionalización de los derechos no ha sido una tarea muy fácil dentro de los sistemas jurídicos. En el caso del derecho fundamental a la autodeterminación informativa se originó a partir del debate que consideraba el derecho a la intimidad como insuficiente para proteger de manera integral a la persona frente a los avances tecnológicos.

Gran parte del mérito sobre su constitucionalización, aunque no suficiente, han tenido las declaraciones regionales en materia de derechos humanos. En la CAN ha sido la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁸ La principal caracte-

transitado desde la necesidad de proteger el tratamiento de la información frente a los avances tecnológicos hasta su separación –teórica y jurídica del derecho a la intimidad– y posterior reconocimiento constitucional como un derecho fundamental relacionado con el control y acceso de la información personal.

7. Antonio Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 69.

8. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en la Conferencia Especializada

rística de esta declaración es el intento de proteger el tratamiento de datos personales a través de la intimidad personal y familiar. Por consiguiente, la CADH⁹ puede significar el instrumento regional más importante para la derivación del derecho a la protección de datos personales afianzado en el derecho a la intimidad personal y familiar.

A esta protección se suma que en 2012 el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de Estados Americanos (OEA) presentó la “Propuesta de declaración de principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas”¹⁰ contenida en doce principios¹¹ relativos a la protección sobre el tratamiento impropio de la información personal. Dicha propuesta se consolidó en marzo de 2015, cuando el CJI adoptó¹² el informe formulado por David P. Stewart sobre los “Principios para la

Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica. Adicionalmente, puede considerarse: la Decisión 439, del 17 de junio de 1998, sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina (art. 11) para la aplicación de medidas relativas a la protección de la intimidad en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales; la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, del 26 de julio de 2002, (art. 20) sobre el acceso del individuo a la información sobre su persona; el Acuerdo de Diálogo Político y Colaboración, del 15 de octubre de 2003, entre la Comunidad Europea y la Comunidad Andina (art. 35 y 58) sobre cooperación en materia de protección de datos; la 6383 de la Comunidad Andina, del 21 de julio de 2006, sobre lineamientos comunitarios de protección del usuario y en el cual se incluye (art. 2) el mantenimiento de reserva de los datos personales derivados del uso de las telecomunicaciones; la Tercera Ronda de negociaciones entre la CAN y la UE, del 21-25 de abril de 2008, en temas vinculados a la protección de datos personales.

9. Los números 2 y 3 del artículo 11 de la Convención Americana refieren, respectivamente: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.
10. En el 80 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, la propuesta fue aprobada por unanimidad mediante la resolución CJI/RES. 186 (LXXX-O/12) en sesión celebrada el 9 de marzo de 2012.
11. Los doce principios adoptados por el Comité Jurídico Interamericano, en su orden, son: Propósitos legítimos y justos; Claridad y consentimiento; Pertinencia y necesidad; Uso limitado y retención; Deber de confidencialidad; Protección y seguridad; Fidelidad de la información; Acceso y corrección; Información sensible; Responsabilidad; Flujo transfronterizo de la información y responsabilidad; y, Publicidad de las excepciones.
12. En el 86 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, en sesiones celebradas en marzo de 2015, se adopta por consenso la denominada guía legislativa para los Estados Miembros fundamentada en los doce principios aprobados en 2012. Cabe señalar que se introdujeron cambios en los principios siete, nueve y once; lo más significativo ha sido la sustitución del término “información” por el de “datos”. La finalidad de esta guía legislativa es encaminar a los Estados Miembros en la formulación de leyes nacionales y normas relativas a la protección del derecho a la autodeterminación informativa teniendo como base una Ley Interamericana.

Privacidad y la Protección de Datos Personales” que consiste en la fundamentación de los doce principios aprobados en 2012. Adicionalmente, el Departamento de Derecho Internacional (DDI) de la OEA ha presentado una compilación de documentos básicos que pueden servir para el proceso de elaboración de una “Ley Modelo Interamericana sobre protección de datos personales”.¹³

Para consolidar este objetivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁴ se presenta como un órgano de promoción y protección en el ámbito de la CADH. Los precedentes jurisprudenciales que la Corte ha resuelto sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales han sido progresivos y conexos a la vida privada, intentando asignar su debida garantía. Por ejemplo, la CIDH ha definido que:

El art. 11.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias. La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.¹⁵

-
13. La compilación presentada por el Departamento de Derecho Internacional, para el fin de elaboración de una “Ley Modelo Interamericana sobre protección de datos personales”, se compone de cinco apartados: a) Glosario Iberoamericano de Protección de Datos Personales; b) Estudio comparativo de la legislación en materia de protección de datos personales en Latinoamérica; c) Sistemas de Protección de Datos Personales (APEC y Unión Europea); d) Resoluciones, declaraciones, acuerdos y directrices internacionales; y, e) Aportes del Centro de Protección de Datos Personales (CPDP) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, y una opinión técnica del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) de México.
 14. Sobre la base de lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana es competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención; es decir: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna” (artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
 15. Cfr. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. párr. 193 y 194. Sobre esta base, la Corte Interamericana ha señalado que la Convención Americana: “protege la confidencialidad e inviolabilidad de las comunicaciones frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares, razón por la cual tanto la vigilancia como la intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana. Cfr. Caso Escher y otros vs. Brasil, de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Asimismo, en relación a los bienes jurídicos tutelados, la CIDH sostiene que “la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”.¹⁶ Por tanto, la protección a la vida privada incluye una serie de factores relacionados con la dignidad humana, tales como:

la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales [...] engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.¹⁷

Mientras que lo más cercano a una definición adecuada se recogen en dos fallos. El primero, relacionado al manejo de bases de datos sobre personas desaparecidas, conceptualizándose como una “garantía de no repetición” que “en todo momento deberá proteger los datos personales contenidos en dichas bases de datos”;¹⁸ y el segundo que hace referencia al derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad”.¹⁹

-
16. Cfr. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 Serie C No. 239, párr. 162. A esta importante consideración, la Corte –citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos– señala que “el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona”. Cfr. párr. 135, supra nota 158, Caso *Pretty vs. Reino Unido* (No. 2346/2), Sentencia de 29 de abril de 2002.
 17. Cfr. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 143. Sobre esta consideración, la Corte –citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos– señala que “La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”. Cfr. párr. 143, supra nota 228, Caso *R.R. vs. Polonia* (No. 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011.
 18. Cfr. Caso *González y otras vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 Serie C No. 205, párr. 512.
 19. Cfr. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 122. En esta parte, es preciso acotar que la resolución adoptada en marzo de 2015 por el CJI, define a los datos personales considerando que: “Tal como se usa en estos principios, la frase “datos personales” abarca la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona en particular de forma directa o indirecta”. En este contexto, cfr. *Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005 Serie C No. 120, párr. 138, la Corte Interamericana ha señalado que “el derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a estos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. Dicho derecho tiene además un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y su ubicación en el mismo”.

Bajo esta realidad, y con las excepciones que se verán más adelante —a diferencia de los países de la CAN—, en sistemas jurídicos comparados como la Unión Europea la evolución del derecho a la autodeterminación informativa ha tenido mayor desarrollo. En concreto, como menciona Murillo de la Cueva, el afianzamiento de la tutela de este derecho en la Comunidad Europea ha surgido de la búsqueda de un modelo común a partir de “una suerte de diálogo entre la doctrina, los legisladores internacional, comunitario y estatal y la jurisprudencia”.²⁰

En efecto, a nivel comunitario destacan el Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio 108 del Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre esta base, los principales instrumentos legislativos desarrollados son las Directivas 95/46 y 2002/58, Reglamento (CE) 45/2001 y Decisión Marco 2008/977 del Consejo orientados a enmarcar la protección de datos personales bajo un régimen de principios jurídicos comunes en la Comunidad Europea.²¹

Para el caso, en calidad de país observador de la CAN, es necesario citar la situación de España. Precisamente, sobre la base de los instrumentos comunitarios citados, en el ámbito constitucional la protección en materia de datos personales se expresa como una categoría de “derecho fundamental y libertad pública”.²² Asimismo, cuenta con una Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y su Reglamento (RLOPD).²³ Y en relación a la actividad de supervisión y control, se destaca la actividad que desempeña la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) como la institución que se encarga de cumplir con los objetivos de la normativa para la protección de datos personales.

20. Murillo y Piñar, *El derecho a la autodeterminación informativa*, 17. Así, por ejemplo, en lo que refiere a la regulación en los países de la UE, Portugal (1976) fue el primer Estado europeo en contemplar de manera específica la protección de datos personales; le sigue, el Reino de los Países Bajos (1983), Finlandia (1919), Suecia (1994); mientras que Italia y Alemania han configurado la protección de este derecho en virtud de la jurisprudencia desarrollada por los Tribunales Constitucionales. Cfr. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 49-50.

21. Conviene subrayar que en la actualidad se encuentra aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo para la protección de datos personales y por el cual se derogan algunos de los instrumentos mencionados como la Directiva 95/46.

22. Algunos derechos que se desprenden del art. 18.4 de la Constitución de España son: “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y que “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”.

23. En todo caso, con la aprobación del Reglamento 2016/679, habrá que considerar que la normativa española y de los países comunitarios europeos cambiará de manera que se prevean las nuevas disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679 hasta antes de 25 de mayo de 2018, fecha en la entra en vigencia.

Con estos antecedentes, a continuación se realizará una exégesis del reconocimiento constitucional, sectorial, jurisprudencial y doctrinario del derecho a la autodeterminación informativa en los países de la CAN considerando la evolución de su regulación desde el derecho a la intimidad y garantía del hábeas data hasta su configuración como un derecho de carácter fundamental. En algunos casos se observará el desarrollo de este derecho en leyes generales que han permitido efectivizar su regulación a partir de la incorporación de un modelo común con base a estándares internacionales que provienen –especialmente– del modelo europeo.

DESARROLLO EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA

La Constitución de Brasil adoptó el hábeas data como un recurso para garantizar la protección de las informaciones privadas relativas a la persona. Como señala Danilo Doneda:

La información personal es, casi por reflejo vinculado a la privacidad mediante una simple ecuación básica que asocia un mayor grado de privacidad a la menor de la información personal y viceversa. Esta ecuación al momento de la terminación de todos los complejos problemas que rodean a esta relación, puede servir como un punto de partida para ilustrar cómo la protección de la información personal vino a buscar refugio en nuestro sistema legal: como una rama de la protección del derecho a la privacidad.²⁴

Es el apartado X y LXXII del artículo 5 de la Constitución que protege la información personal, en derechos como la intimidad, la vida privada etc., y el hábeas data como una garantía sobre el acceso a las informaciones relativas a la persona bajo la protección de los derechos de la inviolabilidad de la intimidad y la vida privada.²⁵

En el caso de Colombia, el artículo 15 de la Constitución advierte la protección de datos personales a través del derecho a la intimidad personal y buen nombre; así como también a través del derecho de conocer, actualizar y rectificar la información. Sobre esta base de libertades y demás garantías reconocidas en la Constitución, “el

24. Danilo Doneda, “A proteção dos dados pessoais como direito fundamental no direito brasileiro”, *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, No. 1 (2012).

25. Pese a considerarse como el primer país en introducir la acción de hábeas data en 1988, el desarrollo de la protección de la información personal se ha contextualizado más bien desde el derecho a la privacidad. Cfr. Danilo Doneda, “O habeas data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais: uma integração ausente”, *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, No. 3 (2007).

constituyente definió la protección de la intimidad de la persona, cuando ella es fuente de información personalísima y cuando esa información se encuentra en los llamados bancos de datos, públicos o privados”.²⁶

La Constitución Nacional de Paraguay no contempla un derecho específico. Su protección se precisa en el derecho a la intimidad y garantía del hábeas data consagrados en los artículos 33 y 135, respectivamente. Al respecto, la doctrina considera que el hábeas data está orientado a:

Garantizar el acceso a las informaciones y datos sobre sí misma o sobre su patrimonio que se encuentren en registros oficiales o privados de público acceso. Así mismo, toda persona está legitimada para conocer el empleo o los fines de esas informaciones y datos, así como para solicitar ante el juez competente, en caso de error o cuando se viole un derecho de la persona, su actualización, corrección o destrucción.²⁷

La Constitución Política de Chile tampoco contempla un derecho fundamental y, además, del hábeas data desde el nivel constitucional. De tal suerte que, la protección de este derecho se considera sobre la base del derecho a la vida privada consagrado en el numeral 4 del artículo 19. Como señala Renato Jijena, urgen reformas en el ámbito constitucional para determinar un derecho de carácter autónomo así como constitucionalizar el hábeas data y considerar una autoridad autónoma que ejerza su protección.²⁸ Para este fin, en 2014 se presentó un proyecto de reforma constitucional²⁹ que a la

26. Luis Freddyur Tovar, “Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana”, *Revista Criterio Jurídico*, No. 2 (2008): 45-72.

27. Norbert Losing, “La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 1 (2002): 109-33.

28. En concreto Jijena ha propuesto la siguiente reforma: Artículo único: Modifícase el artículo 19 número 4 de la Constitución [...] agregándose los siguientes incisos segundo y tercero: Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, los que deben ser tratados para fines concretos y específicos, con su propio consentimiento, o en virtud de otro fundamento contemplado en la ley, y tendrá, asimismo, derecho a acceder a dichos datos, para obtener su rectificación, actualización o cancelación, según procediere. Una ley orgánica constitucional establecerá las normas para la debida aplicación de este derecho, como asimismo el órgano autónomo que velará por el cumplimiento de dicha ley y controlará su aplicación. Cfr. Renato Jijena, “Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, No. 2 (2013): 49-94.

29. El artículo único del proyecto de reforma constitucional, No. 9384-07 de Senado, de 11 de junio de 2014, expresa lo siguiente: “Modifícase el artículo 19 No. 4 de la Constitución Política de la República, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero nuevos: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales y obtener su rectificación, complementación y cancelación, si estos fueren erróneos o afectaren sus derechos, como asimismo a manifestar su oposición, de acuer-

fecha se mantiene en etapa de tramitación. El texto incluye, precisamente, la modificación del numeral 4 del artículo 19 de la Constitución.

En el caso de Bolivia, el número 2 del artículo 21 de la Constitución protege los datos personales a través del derecho a la privacidad e intimidad; y complementariamente, según lo dispuesto en el artículo 130 mediante la acción de protección de privacidad. Sobre esta base, la acción de privacidad “conocida en el mundo jurídico como hábeas data, es una acción que protege los datos personales (edad, sexo, enfermedad, pertenencia política, etc.) de cada quien y que figuran en centros de identificación, registro electoral, registros médicos, sistemas bancarios, etc. Estos datos son de propiedad exclusiva de su titular”.³⁰

DERIVACIÓN EN EL ÁMBITO SECTORIAL DEL TRATAMIENTO DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER PERSONAL

Al no contemplarse en la Constitución Federal de Brasil la protección de datos personales como un derecho fundamental, su protección se desarrolla mediante leyes sectoriales como la Ley No. 9296³¹ y Ley No. 9507³² que aprueba el procedimiento del hábeas data.

En el caso de Colombia, la Ley 1266³³ desarrolla las disposiciones generales del hábeas data. Esta Ley se considera como una garantía que “refiere a la protección y

do con las disposiciones establecidas en la ley. Su tratamiento solo podrá hacerse por ley o con el consentimiento expreso del titular”.

30. Idón Chivi, *Nueva Constitución Política del Estado: conceptos fundamentales para su desarrollo normativo, glosario de la Nueva Constitución Política del Estado* (La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010), 208.
31. La Ley No. 9296, de 24 de julio de 1996, está orientada a proteger el derecho a la privacidad de las comunicaciones. El párrafo único del artículo 1 menciona que: “Las disposiciones de la presente Ley se aplica a la interceptación del flujo de las comunicaciones de los sistemas de información y la telemática”.
32. La Ley No. 9507, de 12 de noviembre de 1997, tiene por objeto regular el tratamiento de la información personal precisando las reglas sobre el derecho de acceso a la información y el procedimiento judicial de hábeas data. El artículo 7 de esta Ley refiere que el hábeas data tiene por objeto: “I.- Asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del peticionario, contenida registro o base de datos de entidades gubernamentales o de las entidades públicas”. Es conveniente señalar que en la actualidad se ha presentado ante la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 5276/2016 que dispone considerar al tratamiento de datos personales como una garantía de libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas naturales.
33. La Ley 1266 de 2008, sobre “hábeas data y manejo de la información contenida en bases de datos personales”, señala en su artículo 1 que: “La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho

respeto del derecho a la autodeterminación informativa que contiene la intimidad e idoneidad personal que surge de la información suministrada por esta, según se deduce de lo consagrado en el artículo 15 de la Carta Política”.³⁴ Asimismo, se destaca la Ley Estatutaria 1581³⁵ destinada a establecer disposiciones generales para la protección de datos personales. Es importante señalar que Colombia cuenta con el reconocimiento internacional de su autoridad de protección de datos personales³⁶ otorgada por la “Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad”.³⁷

Por su parte, en Paraguay la Ley No. 1682/01³⁸ se orienta a proteger y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de la información. Si bien es cierto, la jurisprudencia ha definido el contenido del derecho a la autodeterminación informativa y hábeas data; en un estudio realizado por la Corte Suprema se estima

constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política”.

34. Luis Freddyur Tovar, “Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana”, 45-72.
35. La Ley Estatutaria 1581, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, entró en vigencia el 17 de octubre de 2012 mediante publicación en el *Diario Oficial* 48587. El ámbito de aplicación de la Ley, según el artículo 2, señala que: “Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada”.
36. El artículo 19 de la Ley Estatutaria 1581 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de una Delegatura para la Protección de Datos Personales ejercerá las funciones de autoridad de protección de datos personales. A este reconocimiento internacional se suma que esta autoridad, en noviembre de 2016, ha sido llamada a integrar el Comité Ejecutivo de la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales (RIPD).
37. La Conferencia Internacional constituye un foro de encuentro, intercambio y discusión. Es una entidad por propio derecho que representa a los miembros acreditados. La condición de miembro de la Conferencia exige que las autoridades de control y supervisión cumplan una serie de requisitos, entre los que se incluyen: a) Constituir una entidad pública creada mediante instrumento legal; b) Tener supervisión de normas específicas de protección de datos; c) Que la legislación sea compatible con los instrumentos internacionales para la protección de datos; d) Disponer de facultades legales para ejercer sus funciones; y, e) Contar con autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Cfr. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Conferencias_inter/index-ides-idphp.php>.
38. El artículo 1 de la Ley No. 1682/01 refiere: “Esta Ley tiene por objeto regular la recolección, almacenamiento, distribución, publicación, modificación, destrucción, duración y en general, el tratamiento de datos personales contenidos en archivos, registros, bancos de datos o cualquier otro medio técnico de tratamiento de datos públicos o privados destinados a dar informes, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de sus titulares”.

que, entre otras carencias “el nivel de protección que ofrece la legislación nacional –Ley No. 1682/2001 y Ley No. 1969/2002– es insuficiente, a efectos de que Paraguay se acredite como nación “adecuada” ante los organismos de la Unión Europea”.³⁹

En el caso de Chile, a partir del panorama incierto en la Constitución, la protección de este derecho se ha fortalecido sobre la garantía del hábeas data prevista en la Ley No. 19628⁴⁰ sobre la protección de la vida privada.

Finalmente, en Bolivia la Ley No. 164 se destina a proteger las telecomunicaciones y tecnologías de la información y la comunicación.⁴¹

DEFINICIONES DEL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN LA JURISPRUDENCIA

El Supremo Tribunal Federal de Brasil mediante resolución 103236 ha señalado que:

39. Víctor Manuel Núñez, *Protección de datos personales* (Asunción: Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2010), XII.

40. El artículo 1 de la Ley 19628 sobre protección de datos de carácter personal refiere que: “El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley [...] Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce”. Se puede decir que esta ley llega a materializar la protección de los derechos fundamentales de los titulares de la información como resultado del tratamiento de datos personales y que se ejecuta mediante el procedimiento especial de hábeas data como lo prevé su artículo 23. Esta Ley, al considerarse como la primera en América Latina, contempla la regulación del tratamiento de la información de carácter personal en el ámbito público y privado. Cfr. Pablo Palazzi, “Avances en la protección de datos personales en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, No. 3 (2011).

41. La Ley No. 164 de 2011 garantiza el “derecho humano individual” a través del aseguramiento de la protección de datos personales desde el contexto tecnológico. El artículo 59 de esta Ley expresa como obligación de los proveedores y operadores: “Brindar protección sobre los datos personales evitando la divulgación no autorizada por las usuarias o usuarios, en el marco de la Constitución Política del Estado y la presente Ley”. Asimismo, esta Ley menciona que para los fines de procedimiento relativos al tratamiento de los datos personales, sus definiciones y principios se instrumentará un Reglamento. Precisamente, la reglamentación de esta Ley, mediante Decreto Supremo No. 1793, ha sido trascendental por cuanto desarrolla definiciones sobre el contenido del derecho a la protección de datos personales.

La Ley 9296/1996 no hizo más que establecer directrices para resolver los conflictos entre la privacidad y la obligación del Estado de hacer cumplir las leyes penales. A pesar del carácter excepcional de la medida, el artículo XII posibilita, expresamente, una vez cumplidos los requisitos constitucionales, la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Y tal permiso existe, por el simple hecho de que los derechos y garantías constitucionales no pueden servir de manto protector a prácticas ilícitas.

Asimismo, este Tribunal mediante resolución 673707 considera que:

4. El carácter público de todo registro o base de datos que contiene información que sea o puedan ser transmitidas a terceros y que no sea de uso privativo de un organismo o entidad productora o depositaria de información es inequívoco. (art. 1, Ley No. 9507/97). 5. El registro de datos debe ser entendido en su sentido más amplio, abarcando todo lo que diga respecto al interesado, sea de modo directo o indirecto (...) 6. Para interpretación el Hábeas Data extiéndase a personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras, por cuanto es garantía constitucional de los derechos individuales y colectivos.

En este contexto, Brasil contextualiza la protección de los datos personales en el derecho a la intimidad en las comunicaciones, y mediante el hábeas data como acción de control constitucional. A pesar de que el derecho a la autodeterminación informativa no tiene asignación en la Constitución, puede considerarse que “el dato positivo es que no puede afirmarse que el ordenamiento brasileño este completamente al margen de estos matices”.⁴²

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia de Tutela No. 175/95 expone que:

El derecho al hábeas data, consagrado en el artículo 15 de la C P, constituye un derecho fundamental claramente diferenciado del derecho a la intimidad y el buen nombre. La jurisprudencia constitucional ha delimitado el alcance del derecho al hábeas data: ¿Cuál es el núcleo esencial del hábeas data? A juicio de la Corte, está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad, en general, y en especial económica.

En otro fallo, la misma Corte en la Sentencia de Inconstitucionalidad No. 336/07 señala que:

42. Regina Linden y Temis Limberger, “Banco de datos de informaciones genéticas y la administración pública como concretizadora de la protección de datos personales y de la dignidad humana”, en José Luis Barzallo, coord., *Memorias XVI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012), 261.

En cuanto al derecho fundamental al hábeas data o a la autodeterminación informática, en diversas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la naturaleza fundamental de este derecho, el cual comporta un plexo de facultades tales como la de disponer de la información sobre sí mismo, la de preservar la propia identidad informática, es decir, permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.

El desarrollo teórico y práctico en Colombia, para la regulación del derecho a la autodeterminación informativa, es importante ya que cuenta con la protección en el ámbito constitucional, sectorial e institucional orientado a materializar la tutela de este derecho.

Por otra parte, la Corte Suprema de Paraguay, mediante Acuerdo y Sentencia No. 5, sobre el derecho a la autodeterminación informativa, expone que:

El objeto de esta Institución es la persona (en su fuero íntimo, en su ámbito privado) y sus bienes (entendido como reserva y completitud), los ciudadanos debemos conocer el uso y destino dado a la información o dato sobre nuestras personas y bienes. Esto nos permite, a través de la garantía constitucional, solicitar ante el órgano judicial competente la ACTUALIZACIÓN, LA RECTIFICACIÓN O SUPRESIÓN de aquellos, considerados erróneos o que afectaren ilegítimamente nuestros derechos. Los términos atizados por la Constitución; “INFORMACIÓN” refiera a la acción y efecto de enterar, instruir, y “DATO” a los antecedentes que permiten llegar más fácilmente a conocimiento de una cosa.

La misma resolución estima que el derecho a la protección de datos tiene la naturaleza de un derecho genérico; esto significa que constituye un plexo de derechos específicos, de los cuales se nutre y recibe su contenido. Estos derechos constituyen el derecho a conocer, el derecho a acceder a los datos o información, y el derecho de rectificar o destruir los mismos.

En el caso de Chile, la Corte de Apelaciones de Temuco mediante Resolución No. 61146 señala que:

en el derecho a la autodeterminación informativa se encuentra implícito en el derecho fundamental a la vida privada [...] el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la facultad que tiene una persona de ejercer control sobre sus documentos, información o datos personales que se encuentren en registros o bancos de datos públicos o privados.

Asimismo, en otro fallo la Corte de Apelaciones de Santiago mediante Resolución No. 1849-10 expone que la protección de datos personales contemplada en la Ley 19628:

Se traduce en el control de las personas sobre sus datos y comprende el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registro de información de carácter personal,

públicos o privados, cuáles son sus finalidades y quiénes son los responsables de los mismos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos propios contenidos en dichos archivos o ficheros, teniendo el derecho a actualizarlos o a solicitar mediante el recurso de hábeas data su rectificación o cancelación.

Se puede considerar que Chile, al igual que Colombia, es uno de los países que más ha avanzado en los últimos años. Así se desprende de la regulación materializada en una Ley específica y en los proyectos constitucionales que buscan reformular su protección mediante un derecho específico.

Finalmente, en Bolivia el Tribunal Constitucional en Sentencia 965/2004 señala:

El Hábeas Data tiene por objetivo el contrarrestar los peligros que conlleva el desarrollo de la informática en lo referido a la distribución o difusión ilimitada de información sobre los datos de la persona; y tiene por finalidad principal el proteger el derecho a la autodeterminación informática, preservando la información sobre los datos personales ante su utilización incontrolada, indebida e ilegal, impidiendo que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados que podrían causar graves daños y perjuicios a la persona.

Asimismo, el Tribunal en la Sentencia 496/2015 estima que:

La acción de protección de privacidad, constituye una garantía constitucional de carácter procesal que puede ser interpuesta ante la jurisdicción constitucional –previo agotamiento de los medios administrativos o judiciales– por cualquier persona natural o jurídica que considere que se vulneran sus derechos a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación por estar impedida de obtener la eliminación o rectificación de sus datos personales registrados en cualquier archivo o banco de datos públicos o privados.

Se puede decir que Bolivia ha pasado de un estado de regulación incierto, previo a la reforma constitucional de 2009, a un sistema más ordenado. Ha llegado a considerar la regulación del tratamiento de datos personales, aunque no con una ley en específica. Sobre todo, se ha consagrado a la protección de datos personales como un derecho de carácter fundamental.

ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE ARGENTINA, URUGUAY Y PERÚ

El intento de aproximar el sistema latinoamericano al modelo europeo en materia de protección de datos personales de a poco debe cristalizarse.⁴³ Desde ya han surgido algunas precisiones sobre este proceso de transformación que son necesarias en virtud de la evidente dispersión normativa y diferentes tópicos jurídicos con los que se aborda la regulación del derecho fundamental a la protección de datos personales en Latinoamérica.

Son tres países que a nivel de la CAN merecen una discusión especial en virtud del ordenamiento jurídico que han desarrollado y los reconocimientos que desde el ámbito internacional han recibido.⁴⁴

Argentina y Uruguay han obtenido reconocimiento internacional, y, en los últimos años, Perú ha desarrollado en la Constitución y Leyes Sectoriales niveles adecuados de protección.⁴⁵ El marco común de estos países es procurar un régimen jurídico que asigne protección integral de la información personal.⁴⁶ Por tanto, a fin de contextua-

43. Incluso, como señala Carlos Gregorio en su estudio sobre “Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina” se debería seguir en Latinoamérica la política adoptada por la Unión Europea, es decir: “evitar los inconvenientes de muchas Leyes nacionales de Protección de Datos Personales y lograr una norma común”.

44. Como señala Antonio Troncoso, “este reconocimiento lo ha obtenido hasta ahora Argentina en 2003 y [...] Uruguay este año 2012, teniendo en cuenta que su legislación reconoce principios y derechos de protección de datos, establece autoridades de control independientes y los necesarios recursos administrativos y jurisdiccionales”. Cfr. Antonio Troncoso, “El desarrollo de la protección de datos personales en Iberoamérica desde una perspectiva comparada y el reequilibrio en los modelos de protección de datos a nivel internacional”, *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, No. 1 (2012). Conviene precisar que, en el marco europeo el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46 C/E –en la actualidad derogada por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo que será aplicable a partir del 28 de mayo de 2015– tiene como atribución emitir dictámenes sobre el nivel de protección de datos personales en países terceros que se encuentren fuera de la jurisdicción de la Unión Europea. Es decir, para considerar que un país tercero garantiza un nivel adecuado de protección se evalúa, en particular: a) país de origen; b) orden jurídico general o sectorial vigente; c) normas profesionales y medidas de seguridad vigentes.

45. Aunque Perú no ha sido calificado como país de nivel de protección adecuado, cuenta con el reconocimiento internacional de su autoridad de protección de datos personales dado por la “Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad”. Sobre este reconocimiento, véase nota 37, en la cual se hace referencia al caso de Colombia. Disponible en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Conferencias_inter/index-ides-idphp.php>.

46. En breves términos se puede afirmar que la protección integral se deriva del rango constitucional que se asigne a la protección del derecho a la autodeterminación informativa, de las leyes sectoriales y de las políticas públicas y privadas que se implementen en la práctica a través de sus autoridades de control y supervisión.

lizar este estudio y homogeneizar criterios, es importante resaltar la actividad que han desarrollado, ya que, como advierte el mismo Puccinelli, las “diferencias en las regulaciones muchas veces provocan confusiones conceptuales y llevan a amputaciones innecesarias del instituto, que debe ser regulado –constitucionalmente hablando– de una manera simple y abierta, de forma tal que permita la adecuación a las más variadas posibilidades”.⁴⁷ De esta manera, siguiendo el orden temático propuesto, se realizan las siguientes anotaciones.

Primero, la Constitución Nacional de Argentina en su artículo 43 refiere a la acción amparo para los fines de garantizar la información de carácter personal.⁴⁸ Uruguay, según lo dispuesto por los artículos 7, 10, 28, 72 y 332 de la Constitución, materializa su protección en derechos relacionados con la intimidad y el tratamiento de la información. Ante la falta de reconocimiento constitucional así como del hábeas data, tal como señala Puccinelli, las disposiciones antes anotadas “para cierta doctrina encuentra un fundamento similar al amparo y surge de la interpretación lógico-sistemática-teleológica”.⁴⁹ Asimismo, según el número 6 del artículo 2 de la Constitución, Perú puede considerarse uno de los primeros en señalar el ámbito tecnológico como afectación a los límites de la intimidad; por tanto, se concibe como un “derecho de no suministro de informaciones que afecten la intimidad personal y familiar de manera que el su indebido del poder informático tiene efectos significativos en el seno de las actividades económicas, en relación con la burocracia estatal y la ciudadanía; y hasta en la intimidad personal y familiar”.⁵⁰

Segundo, en el ámbito sectorial, en Argentina destaca la Ley 25.326.⁵¹ A más de ser el segundo país latinoamericano con una Ley de Protección de Datos, ha obtenido

47. Oscar Puccinelli, “El hábeas data en las provincias argentinas y en la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *Revista de Derecho PUCP: Revista de Derecho*, No. 1 (1997): 149-76.

48. Como señala Puccinelli “tanto en la Argentina –en los niveles federal y local– como en el derecho latinoamericano, existen variantes de un instituto que en sí no es complicado, pero que muchas veces pareciera no haber sido captado en su esencia por el constituyente, tal vez por su reciente aparición en el mundo jurídico”. Puccinelli, “El hábeas data en las provincias argentinas y en la ciudad autónoma de Buenos Aires”, 175.

49. Oscar Puccinelli, “Apuntes sobre el derecho, la acción y el proceso de hábeas data a dos décadas de su creación”, en *La ciencia del Derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009).

50. Víctor García Toma, *Los derechos fundamentales en el Perú* (Lima: Ed. Jurista, 2008), 187-8.

51. La Ley 25326 de 2000, en su artículo señala que “La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo

reconocimiento a nivel internacional. Son varios los criterios por los cuales la doctrina lo ha justificado plenamente,⁵² entre ellos, la previsión de una autoridad administrativa de protección de datos personales como la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP).⁵³ Así también, encontrándose aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 de protección de datos personales y por el cual se deroga la Directiva 95/46, en 2015 se ha propuesto ante el Senado de Argentina el Proyecto de Ley sobre “El derecho al Olvido”.⁵⁴ En este ámbito, Uruguay cuenta con la Ley 18331⁵⁵

tercero de la Constitución Nacional”. La importancia de una Ley por el estilo ha sido justificada por la doctrina porque “regula a todo aquel que trata datos. Si una persona o entidad recopila datos personales, entonces tiene que cumplir con una serie de obligaciones, desde registrar la base de datos, hasta dar acceso y corrección en caso de que tengan datos erróneos”. Pablo Palazzi, “Periodismo de datos y datos personales: algunas reflexiones sobre la aplicación de la ley de protección de datos personales a la prensa en la Argentina”, *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, No. 3 (2012).

52. Por ejemplo, se sostiene que: “la ley de Argentina cumple con todos los requerimientos sustantivos que la Unión Europea suele constatar en su examen. De hecho, al analizar la seguridad del país, el Grupo del artículo 29 sobre Protección de Datos constató un satisfactorio nivel de protección en las disposiciones sustantivas, tales como aquellas relativas al ámbito de aplicación, los principios generales aplicables al tratamiento de datos, los derechos del titular de datos personales, y las obligaciones de las entidades responsables de dicho tratamiento”. Cfr. Alberto Cerda Silva, “El nivel adecuado de protección para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 1 (2011): 327-56.
53. La DNPDP cumple un papel importante en su objetivo de precautelar la protección de este derecho fundamental; por ello, en noviembre de 2016 ha sido nombrada como miembro del Comité Ejecutivo de la RIPD junto con las autoridades de protección de Colombia y México.
54. El afán de mantener un orden jurídico de protección de datos personales acorde a escenarios internacionales ha precisado la formulación de este tipo de normas que se consideran como una de las novedades dentro del Reglamento (UE) 2016/679. Al caso Pablo Palazzi señala que “En cuanto a Argentina, no hay normas en la Ley 25326 como las que existen en la directiva (art. 4). Por eso, la determinación de la ley aplicable al tratamiento de datos personales en internet es difícil de abordar y debe recurrirse a los principios generales del Derecho, o desarrollar nuevos criterios para poder determinar la competencia territorial de las normas locales en internet [...] En Argentina los tribunales también reconocieron el derecho al olvido en materia de informes comerciales antes de que la Ley 25326 los contemplara en forma expresa. Por ende no parece difícil que el derecho al olvido tenga andamio jurisprudencial antes de que la Ley 25326 lo recepte en una futura reforma legislativa, aunque se deberá tener en cuenta las limitaciones que la Ley 25326 establece para la prensa y cómo impactan en los buscadores”. Véase Pablo Palazzi, *El reconocimiento en Europa del derecho al olvido en Internet* (Buenos Aires: La Ley, 2014). Disponible en <<http://www.privacylatam.com/wp-content/uploads/2014/06/Diario-9-6-14.pdf>>.
55. En 2008 se promulga la Ley 18331 con la finalidad de reconocer como un derecho fundamental e inherente a la persona humana a la protección de datos personales. El artículo 3 de esta Ley enmarca su objeto señalando que: “El régimen de la presente ley será de aplicación a los datos personales

destinada a proteger los datos personales y establecer su garantía mediante el hábeas data.⁵⁶ Esta Ley dispuso la creación de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) que se ha enmarcado como autoridad de supervisión y control de este derecho fundamental.⁵⁷ En este mismo sentido, en Perú la Ley 29733⁵⁸ prevé la protección del derecho fundamental contemplado en el número 6 del artículo 2 de la Constitución.⁵⁹ Complementariamente, esta ley dispone que el Ministerio de Justicia (hoy, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) a través de la Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP)⁶⁰ se promueve como autoridad de control.

Por último, en referencia a las definiciones jurisprudenciales, la Corte Suprema de Justicia de Argentina mediante sentencia XXXIII señala que:

La protección legal se dirige a que el particular interesado tenga la posibilidad de controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga. En tal sentido, este derecho forma parte de la vida privada y se trata, como el honor y la propia imagen, de uno de los

registrados en cualquier soporte que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado”.

56. El artículo 37 de la Ley No. 18331 refiere: “Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en bases de datos públicos o privados; y –en caso de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización– a exigir su rectificación, inclusión, supresión o lo que entienda corresponder”.
57. A partir de la Ley No. 18331, la URCDP se configura como un órgano con amplia autonomía técnica y jurídica que dicta resoluciones, dictámenes y elabora informes para la observancia del derecho fundamental a la protección de datos personales. Su desarrollo ha sido importante a tal punto que, en noviembre de 2016, fue designada para ejercer la Presidencia de la RIPD.
58. La Ley 29733 de 2011 pretende regular el tratamiento de datos personales y desarrollar propiamente el contenido del derecho a la autodeterminación informativa consagrado en la Constitución. El artículo 1 de esta Ley prescribe en su objeto que “La presente Ley tiene el objeto de garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen”.
59. Tal como señala Zamudio, mediante esta Ley “se ‘coloca’ legalmente el epígrafe al citado numeral constitucional, definido en algunas oportunidades por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como el derecho a la autodeterminación informativa”. María de Lourdes Zamudio, “El marco latinoamericano y Ley de Protección de Datos Personales en Perú”, *Revista Internacional de Protección de Datos Personales* (2012).
60. Tal como señala el inciso 3 del artículo 32 de la Ley 29733: “Corresponde a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento del objeto y demás disposiciones de la presente Ley y de su reglamento. Para tal efecto, goza de potestad sancionadora, de conformidad con la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces, así como de potestad coactiva, de conformidad con la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, o la que haga sus veces”.

bienes que integran la personalidad. El señorío del hombre sobre sí se extiende a los datos sobre sus hábitos y costumbres, su sistema de valores y de creencias, su patrimonio, sus relaciones familiares, económicas y sociales, respecto de todo lo cual tiene derecho a la autodeterminación informativa.

La misma resolución, sobre el hábeas data agrega que:

A esta decisión se le atribuye la configuración del concepto de “autodeterminación informativa” o libertad informática, que es reconocido actualmente en forma predominante como el fundamento del hábeas data en las legislaciones que contemplan derechos análogos [...] Según este concepto es el ciudadano quien debe decidir sobre la cesión y uso de sus datos personales. Este derecho –se dijo– puede ser restringido por medio de una ley por razones de utilidad social, pero respetando el principio de proporcionalidad y garantizando que no se produzca la vulneración del derecho a la personalidad.

En este mismo sentido, en Uruguay la sentencia No. 12 de 2008 del Tribunal de Apelaciones refiere, en cuanto al hábeas data, que “el procedimiento previsto por los arts. 37 a 45 de la Ley No. 18331 de 11/8/2008 es el común que el ordenamiento jurídico prevé para las pretensiones que tengan por objeto exclusivo el hábeas data, o sea, el acceso a la información en bases de datos, su rectificación, inclusión o supresión”. Este mismo Tribunal, en relación al derecho fundamental a la protección de datos personales, en la sentencia No. 4 de 2015 señala que:

Hubiera sido preferible que la actora citara también, expresamente y no de modo tangencial o implícito en su exposición, el derecho a la seguridad en la protección de datos personales, a la intimidad, inviolabilidad de las comunicaciones y exclusión de las acciones privadas del quehacer estatal cuando no afectan el ordenamiento jurídico, garantizados por los artículos 7 y 10 de la Constitución para todo habitante de la República y esenciales en un Estado de Derecho sometido al régimen democrático-republicano de gobierno.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú en la Sentencia No. 71797-2002 apunta que:

El derecho a la autodeterminación informativa está destinado a proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2 de la Constitución.

La misma sentencia, sobre el hábeas data, agrega que:

Comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona... Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.

En este contexto, siguiendo el ejemplo marcado por el reconocimiento internacional de Argentina y Uruguay, Perú se constituye campo el país de la CAN que últimamente ha mejorado su marco de regulación y garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales. Le sigue Chile en este proceso que, hasta marzo de 2017, ha promovido la reforma del Ley 19628 por la cual se prevé la actualización y modernización del marco normativo e institucional para la defensa del derecho a la protección de datos personales. En este último caso se destaca la implementación de una Agencia de Protección de Datos Personales.

ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ECUADOR

Antecedentes

En Ecuador, la incorporación del derecho fundamental a la protección de datos personales tiene su origen en la reforma gestada por la Asamblea Constituyente de plenos poderes⁶¹ elegida para debatir y aprobar el contenido de la Constitución de 2008. A propósito del socialismo del siglo XXI, se ha idealizado el denominado “neo-constitucionalismo andino” que representa un proyecto constitucional histórico⁶² en

61. El Poder Constituyente de la Asamblea afirmó que esta asume y ejerce “plenos poderes” según el Mandato Constituyente 1, es decir: “Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”.

62. Según Ávila Santamaría, el proyecto político de la Revolución Ciudadana, materializado en la Constitución de Montecristi en 2008, “tiene instituciones que no solamente abren la puerta a la imaginación de posibilidades de un mundo distinto, sino que constituyen una oportunidad para la transformación de la realidad” en donde más personas son ciudadanas, es decir, mediante el reconocimiento de más libertades fundamentales la ciudadanía es más extensa. Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 71-75.

la garantía de los derechos fundamentales, afianzado en la interpretación del ejercicio y la exigibilidad de los derechos más esenciales del ser humano.

Con este antecedente, la Asamblea Constituyente registra a través de acta 050⁶³ el debate legislativo sobre el derecho a la protección de datos personales. De los informes⁶⁴ presentados por la Mesa Constituyente No. 1, se expone la Carta de Derechos aprobada por la Mesa⁶⁵ en donde entre otros aspectos para su fundamentación se hizo referencia a estándares internacionales establecidos en diversos tratados de derechos humanos ratificados por Ecuador y que constituyeron la base para los contenidos mínimos de estos derechos. La propuesta de la Carta de Derechos Civiles⁶⁶ consideró

-
63. En los antecedentes del acta 50 de la Asamblea Nacional Constituyente, en relación a la propuesta de la Carta de Derechos, se considera que esta surge a partir de un proceso amplio de reflexión colectiva con la ciudadanía: a) propuestas y sugerencias de más de 160 representantes de varios sectores de la población; b) 120 propuestas mediante internet; y, c) 6 mesas itinerantes, con el objeto de recopilar propuestas y promover la participación ciudadana. De esta manera, el 15 de mayo de 2008, la Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales conformada por trece legisladores –ocho del bloque de gobierno (Alianza País) y 5 de oposición escogidos de entre varios partidos políticos– pone en conocimiento del Pleno de la Asamblea para primer debate los textos constitucionales referentes a los derechos civiles en donde se incluye el derecho a la protección de datos personales.
64. Para el inicio de este primer debate sobre la Carta de Derechos Civiles –con ochenta y dos asambleístas presentes en el seno legislativo–, se asume que, según el informe del asambleísta Jaime Abril, la propuesta fue aprobada por consenso en la Mesa con Informe de Mayoría con excepción del asambleísta Rafael Estévez, quien expone su Informe de Minoría pero que en nada debate la aprobación del derecho a la protección de datos de carácter personal.
65. Desde esta perspectiva –a diferencia de la Constitución de 1998 que incluía los derechos civiles como números de un único artículo–, la Mesa consideró necesario que cada uno de los derechos a los que se hace referencia en la Carta de Derechos Civiles deberán ser enunciados como artículos independientes para proporcionarles mayor énfasis y reconocimiento. Así surge por primera vez la propuesta del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que dentro del articulado correspondiente a los derechos civiles se presentó de la siguiente manera: “Artículo innumerado, Derecho a la protección de datos de carácter personal: a) El Estado garantiza el derecho a decidir sobre los datos personales; b) La Ley regulará la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de la información de estos datos. Para todo esto se requerirá la autorización del titular o la prescripción de la ley”.
66. Se considera en esta exposición que –a propósito de los sesenta años del nacimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la fecha en que la Asamblea Constituyente inicia el proceso de reforma constitucional–, en última instancia, estos derechos existen para proteger y asegurar el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales en sus ciudadanos. Se puede tomar como referencia la alusión de que para la reforma constitucional de la Carta de Derechos Civiles propuesta por la Mesa Constituyente se amplía a treinta y cuatro derechos a diferencia de la Constitución de 1998 con veinte y seis derechos. Es importante destacar que la mayoría de los artículos propuestos fueron aprobados por unanimidad; asimismo, al hacer referencia a un régimen de derechos fundamentales de carácter innovador y progresista, uno de estos precedentes puede estar invocado precisamente

que, entre otros derechos, el nuevo derecho a la autodeterminación informativa define la acción del Estado en función de la cual se deben organizar las estructuras del poder del Estado bajo un régimen innovador, revolucionario y progresista.

Ahora bien, la Asamblea Constituyente registra a través de acta 067⁶⁷ la votación en pleno del texto definitivo sobre este derecho fundamental. A pesar de que no existe una referencia específica en actas legislativas sobre el origen de la propuesta, se puede colegir que la inserción de este nuevo derecho supondría ser el resultado del proceso de reflexión colectiva con la ciudadanía. También se puede afirmar que su derivación respondería a los estándares internacionales establecidos en los Tratados y Convenios de Derechos Humanos. Por tanto, su base se centraría en dos de los principios que integran el denominado “neoconstitucionalismo andino” enmarcado principalmente en la constitucionalización de nuevos y más derechos fundamentales para los ciudadanos, viabilizados mediante la denominada democracia comunitaria o participativa.⁶⁸

hacia la determinación del derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental ya que en relación a la Constitución de 1998 no se encontraba reconocido como tal.

67. El 24 de junio de 2008, la Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales pone en conocimiento del Pleno de la Asamblea, para su aprobación, los textos constitucionales referentes a los derechos civiles en donde se incluye el derecho a la protección de datos personales. El texto final se presentaba de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a acceder y decidir sobre información y datos de carácter personal y a que estos sean protegidos. b) Para la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de esos datos o información se requerirá la autorización del titular o la prescripción de la Ley”. En este orden de ideas, se menciona que los cambios principales realizados al texto definitivo son por ejemplo sobre el derecho a la reserva que garantizará que no se pueda utilizar información relativa al pensamiento político y no solo a la filiación política; y, la reformulación del derecho a la protección de datos de carácter personal, estableciéndose el derecho a acceder y decidir sobre información y datos de carácter personal y a que estos sean protegidos, además que para la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de esos datos se requerirá la autorización del titular o la prescripción de la ley cuando sea pertinente. La votación sobre el artículo 1 de los derechos civiles se produce con la presencia de noventa y cuatro asambleístas presentándose: setenta y tres votos afirmativos; cinco votos negativos; cero blancos y dieciséis abstenciones.
68. Como apunta Ávila Santamaría, la democracia participativa podría entenderse como una forma de manifestación de opinión permanente de los ciudadanos, es decir “donde todas las personas y nacionalidades tienen la genuina posibilidad de opinar” y que, en todo caso surge como complemento de otras formas de democracia. Cfr. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 30 y 84.

Contextualización en la Carta Magna, Régimen Sectorial y Jurisprudencia

La protección de datos personales evolucionó desde la protección constitucional del hábeas data y derechos a la intimidad personal y familiar en la Constitución de 1998 hasta su reconocimiento como un derecho fundamental en 2008 situándose como un “derecho de libertad”.⁶⁹ Sobre el tema, la doctrina considera que “la Constitución de la República reconoce el derecho, libertad o autodeterminación informática o informativa [...] Esta amenaza se ha agravado, ahora como nunca, con el avance de la ciencia y la tecnología”.⁷⁰

A la luz del derecho a la autodeterminación informativa es relevante que se haya completado y perfeccionado la acción jurisdiccional del hábeas data⁷¹ con el objeto de buscar una protección más efectiva frente al tratamiento de la información. Sin embargo, a falta de una ley general, también se ha intentado ampliar su contenido en leyes sectoriales en donde destacan la Ley de Comercio Electrónico, Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Ley Orgánica de Comunicación y Ley Orgánica de Telecomunicaciones.⁷²

69. Precisamente, uno de los cambios significativos de la actual Constitución es que se “elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.)”. Cfr. Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 28. Así, el número 19 del artículo 66 de la Constitución reconoce como un derecho de libertad: “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”.

70. Julio César Trujillo, “Las garantías jurisdiccionales”, *Vlex* (base de datos). Disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/515951146/graphical_version>.

71. Se debe anotar que la Constitución asegura la protección de este derecho fundamental mediante la acción de hábeas data contemplada en el artículo 92. Esta garantía reconoce facultades al titular de la información personal sobre “decidir a quién, para qué y cuándo hace conocer sus datos y, en consecuencia, autoriza archivarlos, procesarlos y difundirlos y, a continuación, le reconoce otros derechos tendientes a controlar el trato y destino que ha dado a esos datos el responsable del banco en el que autorizó sean registrados”. Cfr. Trujillo, “Las garantías jurisdiccionales”.

72. En cuanto al desarrollo de normativas específicas o sectoriales, “en varios países de la región se han intentado proyectos legislativos que regulan esta actividad [...] Luego de los debates parlamentarios se incluyeron algunas normas en las Leyes de Datos Personales y hábeas data, las que resultan insuficientes para regular la actividad a la luz de los conflictos observados en la jurisprudencia”. Cfr. Carlos Gregorio, “Protección de Datos Personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina”. En el caso de Ecuador, se debe agregar que actualmente se ha presentado en la Asamblea Nacional el “Proyecto de Ley Orgánica de la Protección de los Derechos a la Intimidad y

En la materia, la Corte Constitucional ha sentado el primer precedente que se encuentra recogido en la Sentencia No. 1-14-PJP-CC de 2014. En concreto, la Corte señala:

La autodeterminación informativa está supeditada, entonces, a la existencia de información que atañe a determinado sujeto y a la necesidad de que este tenga una esfera mínima de actuación libre respecto de dicha información, sobre la cual no debería existir una interferencia ilegítima por parte de terceros; asimismo, implica la posibilidad de que dentro de los límites que franquean la Constitución y la Ley, se tenga capacidad para ejercer cierto control sobre el uso que se haga de tal información, aunque el poseedor de la misma sea otra persona (...) En el caso de la autodeterminación informativa, como parte del derecho a la protección de datos personales, implica la necesidad de garantizar la protección de la esfera íntima de las personas, así como la posibilidad de ejercer control sobre los datos personales del sujeto, aunque no se encuentren en su poder.

Esta misma resolución, sobre el hábeas data aclara que:

Como mecanismo de garantía del derecho a la protección de datos personales, no podrá ser incoado como medio para requerir la entrega física del soporte material o electrónico de los documentos en los que se alegue está contenida la información personal del titular sino para conocer su existencia, tener acceso a él y ejercer los actos previstos en el artículo 92 de la Constitución de la República.

Al respecto, más allá del cambio de denominación o temática –en relación a los derechos contemplados en la Constitución de 1998–, uno de los méritos más altos está el haberse atribuido autonomía al derecho fundamental que se desprende del tratamiento de la información personal. Le sigue, en importancia, la ampliación y el desarrollo de la garantía constitucional del hábeas data al habersele incorporado más facultades procesales y garantistas sobre este derecho fundamental. Sin embargo, es notorio que en la práctica se requiere mucho más. Tal como lo señala el CJI en su 86 período ordinario de sesiones: “las respuestas a estos adelantos y amenazas han sido diferentes en distintas regiones del mundo. En las Américas no parece haber surgido un enfoque ‘regional’ uniforme y coherente”.⁷³

Privacidad sobre los Datos Personales” que, revisado de modo preliminar, carece de fundamentos a partir de modelos jurídicos comparados que aquí se han señalado y que, en todo caso, merece otro análisis pormenorizado.

73. A esta opinión del CJI, como señala Julio César Trujillo, se precisa que el legislador ecuatoriano mantiene una deuda pendiente en la necesidad de mantener salvo la información de carácter personal frente a su tratamiento automatizado. En tal virtud, en Ecuador el ordenamiento jurídico disperso conjuntamente con las recomendaciones elaboradas por la OEA significaría la base para una pro-

En el caso de Ecuador, a pesar de que la idea que se propondrá resulta de un modelo de integración, bien puede señalarse que las bases para un ordenamiento jurídico que contribuya a este fin se encuentran fijadas —a propósito del proyecto de Ley Orgánica sobre datos personales—, primero, en la articulación de una ley general afianzada en los principios y estudios elaborados por la OEA para consolidación de una Ley Interamericana, y, segundo, en la materialización de mecanismos para la defensa y tutela del derecho a la autodeterminación informativa a través de una autoridad de control. Más aún, tras haberse firmado un acuerdo comercial con la Unión Europea a finales de 2016, Ecuador se encuentra en momento decisivo en virtud de contar con un marco jurídico homogéneo por cuanto —de este tipo de relaciones comerciales sobre integración económica— se desprende la necesidad de regular temas vinculados al flujo transfronterizo de datos personales.⁷⁴

En este sentido, dentro de una era globalizada, la protección de los derechos fundamentales es de gran importancia debido a que en el contexto jurídico debe converger su desarrollo integral con el aseguramiento del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales acorde a la evolución del paradigma tecnológico y constitucional. Por tanto, se plantea la obligación de equilibrar y regular el tratamiento de la información personal —en el ámbito público y privado— garantizando al titular de la información la capacidad de ejercer control sobre el uso y finalidad que se haga respecto de dicha información.

HACIA UN MODELO INTERAMERICANO DE INTEGRACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Como ha señalado el CJJ, al parecer no existe uniformidad normativa en las Américas para asignar protección semejante del derecho fundamental a la autodeterminación informativa en este ámbito regional. A contra sensu, en el caso europeo una de las

puesta uniforme y coherente de una ley general para la protección de los datos de carácter personal. Cfr. Trujillo, “Las garantías jurisdiccionales”.

74. Según expone Antonio Troncoso, la integración económica europea dependía en gran medida de contar con un modelo homogéneo que garantice la protección de datos personales. Como bien señala: “El movimiento de personas, de mercancías y de capitales implica también el intercambio de información personal lo que obliga a tener unos estándares comunes de protección de datos personales que permitan este intercambio de información. Y ya fuera del ámbito de la Unión Europea, el derecho fundamental a la protección de datos personales es un derecho esencial para el mantenimiento de relaciones personales y comerciales con otros países que conllevan la existencia de flujos de información personal”. Cfr. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 170.

virtudes ha sido universalizar principios y criterios jurídicos de protección a través de Directivas y Reglamentos orientados a establecer en cada país un marco homogéneo de regulación.

En la práctica, en términos garantistas, es evidente que el derecho a la autodeterminación informativa requiere de las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio en virtud de la pluralidad de bienes jurídicos que integran su protección. Por ello, la protección de datos personales “en las sociedades actuales precisan de un equilibrio entre el flujo de informaciones... con la garantía de la privacidad de las personas”.⁷⁵

Autores como Antonio Troncoso y Pérez Luño coinciden en la necesidad de “buscar equilibrio” entre la administración y los ciudadanos. Este planteamiento sugiere en gran medida un “pacto social” que garantice la proporcionalidad de las libertades que se desprenden del derecho a la protección de datos personales. Para este fin, es necesario “un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos”.⁷⁶ Por tanto, nos encontramos “ante la necesidad de proteger al hombre frente a las tecnologías de la información y las comunicaciones; ante la obligación de hacer presentes los derechos y tutelarnos en la era de internet”.⁷⁷

En este sentido, el modelo de regulación europea sustentado en la integración comunitaria significa para el sistema interamericano –y por ende en la CAN– un referente para la universalización de principios y preceptos legales para la garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales. Precisamente, son dos antecedentes que permiten encaminar esta propuesta. El primero, vinculado a los “Doce principios para la Privacidad y la Protección de Datos Personales” adoptados por la OEA; y el segundo, relacionado a la adecuación normativa, conforme a estándares internacionales, incorporada por Argentina, Uruguay, Perú, Colombia y, Chile últimamente. En ambos casos, como se ha reiterado, estos antecedentes se marcan por la influencia europea.

De esta manera, las bases para un modelo Interamericano de Integración⁷⁸ –que asegure la protección del derecho fundamental a la autodeterminación informativa– se pueden enunciar en dos presupuestos y a la vez necesidades, a saber:

75. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (Madrid: Tecnos, 2010), 363.

76. *Ibíd.*, 363.

77. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 33.

78. Tal como señala Antonio Troncoso: “una legislación estrictamente nacional de protección de datos personales no es efectiva ya que los tratamientos de datos personales se desarrollan por internet a

- a) Un Reglamento Interamericano que impida dispersión normativa entre los países miembros y que sea compatible con instrumentos internacionales para la protección de datos personales.
- b) Adoptar medidas legislativas que, tendientes a unificar las legislaciones internas y políticas sectoriales de los países miembros, aseguren la materialización del derecho a la autodeterminación informativa y su defensa mediante la creación de autoridades de control.

CONCLUSIONES

- a) En los ordenamientos jurídicos de la CAN, al igual que en la Unión Europea, la base para el desarrollo del derecho a la autodeterminación informativa ha sido la transición desde la protección del derecho a la intimidad hacia el reconocimiento constitucional de un derecho autónomo vinculado a la acción jurisdiccional del hábeas data. De ahí que su regulación, a partir de la tutela constitucional, ha requerido la implementación de leyes generales que desarrollen en la práctica mecanismos de protección sobre los bienes jurídicos que se desprenden de este nuevo derecho fundamental.
- b) Existen notables diferencias entre los países que han recibido reconocimiento internacional en relación con otros que todavía empiezan o se encuentran en proceso de consolidar un modelo adecuado en el régimen sectorial. Por consiguiente –sobre la base de los Principios y estudios realizados por la OEA, y la experiencia incorporada por Argentina, Uruguay y Perú–, la necesidad de crear un marco interamericano para la regulación de los datos personales es estrictamente necesaria en virtud de proteger integralmente el tratamiento de la información personal en el marco de una sociedad globalizada por la economía y las tecnologías de la información y comunicación.
- c) Consagrar un modelo interamericano de integración para la protección de este derecho fundamental no es una idea extraña. En la materia, la experiencia de la Unión Europea ha tenido resultados favorables a partir de un marco regulador común con base al Convenio 108, Directiva 95/46/UE y Reglamento 2016/679/UE destinados a materializar –en el régimen jurídico interno e internacional de

través de redes internacionales [...] lo que exige que, al menos, la normativa de protección de datos personales –y en el futuro las propias instituciones de tutela– tengan un carácter supranacional. Cfr. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 170.

sus Estados Miembros– un nivel adecuado de protección del derecho fundamental de datos personales dentro del mundo de las tecnologías.

- d) La propuesta de la OEA debe desembocar en la implementación de una Ley o Reglamento Interamericano que permita desarrollar en el ámbito regional y régimen jurídico interno de sus Estados Miembros un marco equilibrado y homogéneo que asegure, en la práctica, su protección integral. Con esta condición, se exige la incorporación de autoridades de control y supervisión que –incluso a nivel supranacional– estén facultadas para ejercer con autonomía e independencia la tutela y garantía del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.
- e) En Ecuador el reconocimiento constitucional a la protección de datos personales como un derecho fundamental ha sido el resultado de la constitucionalización de nuevos derechos viabilizados a través de la denominada democracia participativa. La jurisprudencia ha ratificado la necesidad de ejercer control sobre la información personal por lo que se hace evidente la necesidad de contar con una Ley General de Protección de Datos Personales que –como medio de integración económica y jurídica– posibilite la protección sistemática de los datos personales dentro de un mismo marco común en una sociedad globalizada. Para este último fin, la articulación de una Ley por el estilo debe estar afianzada en los principios desarrollados por la OEA y luego, en la práctica, tutelada con suficientes mecanismos de garantía que precisan la idea de contar con una autoridad de control y supervisión como el caso de Argentina, Uruguay, Perú y Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- Cerda Silva, Alberto. “El nivel adecuado de protección para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011).
- Chivi, Idón. *Nueva Constitución Política del Estado: conceptos fundamentales para su desarrollo normativo, glosario de la Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.
- Doneda, Danilo. “A proteção dos dados pessoais como direito fundamental no direito brasileiro”. *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales* (2012).
- . “O habeas data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais: uma integração ausente”. *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (2007).

- García Toma, Víctor. *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Ed. Jurista, 2008.
- Gregorio, Carlos. “Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina”. En Raúl Márquez Romero, coord., *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Hassmer, Winfried, y Alfredo Chirino Sánchez. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
- Jijena, Renato. “Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (2013).
- Linden, Regina, y Temis Limberger. “Banco de datos de informaciones genéticas y la administración pública como concretizadora de la protección de datos personales y de la dignidad humana”. En José Luis Barzallo, coord., *Memorias XVI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012.
- Losing, Norbert. “La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2002).
- Murillo de la Cueva, Pablo, y José Luis Piñar. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Fontamara, 2011.
- Núñez, Víctor Manuel. *Protección de datos personales*. Asunción: Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2010.
- Palazzi, Pablo. “Avances en la protección de datos personales en América Latina”. *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales* (2011).
- . *El reconocimiento en Europa del derecho al olvido en internet*. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- . “Periodismo de datos y datos personales: algunas reflexiones sobre la aplicación de la ley de protección de datos personales a la prensa en la Argentina”. *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales* (2012).
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010.
- Puccinelli, Oscar. “Apuntes sobre el derecho, la acción y el proceso de hábeas data a dos décadas de su creación”. En *La ciencia del Derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- . “El hábeas data en las provincias argentinas y en la ciudad autónoma de Buenos Aires”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 1 (1997).
- Tovar, Luis Freddyur. “Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana”. *Revista Criterio Jurídico* (2008).

Troncoso, Antonio. “El desarrollo de la protección de datos personales en Iberoamérica desde una perspectiva comparada y el reequilibrio en los modelos de protección de datos a nivel internacional”. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales* (2012).

---. *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Trujillo, Julio César. “Las garantías jurisdiccionales”. *Vlex* (base de datos). Disponible en https://app.vlex.com/#WW/vid/515951146/graphical_version.

Zamudio, María de Lourdes. “El marco latinoamericano y Ley de Protección de Datos Personales en Perú”. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales* (2012).

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 15 de mayo de 2017