

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

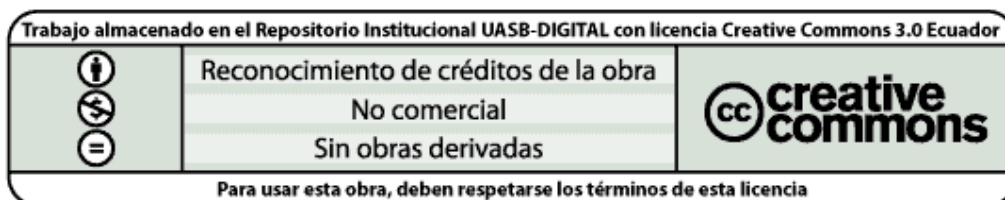
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

Sistema de base de datos de huellas dactilares por la Policía Judicial y sus potenciales violaciones al derecho a la intimidad

Jackson Vicente Condolo Acaro

Quito, 2016



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Jackson Vicente Condolo Acaro, autor de la tesis titulada “Sistema de base de datos de huellas dactilares por la Policía Judicial y sus potenciales violaciones al Derecho a la Intimidad”, por medio de esta cláusula dejo constancia que el presente trabajo de tesis es de mi exclusiva propiedad en razón de cumplir con uno de los requisitos para obtener el título de Magister en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo, a la Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, por lo tanto la universidad queda facultada para utilizar y usar esta obra por cualquier medio comunicativo, siempre que no se lo realice para obtener beneficio económico. Esta autorización además incluye la reproducción en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como uso en red local y en las redes de internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo por parte de terceros respecto de los derecho de autor, el titular quedo bajo responsabilidad para los mencionados terceros y la universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General de la Universidad, el ejemplar respectivo en original y sus respectivos anexos, en formato impreso, digital o electrónico.

Mayo, de 2016

.....
Jackson Vicente Condolo Acaro

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR
SEDE ECUADOR
ÁREA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**SISTEMA DE BASE DE DATOS DE HUELLAS DACTILARES POR LA
POLICÍA JUDICIAL Y SUS POTENCIALES VIOLACIONES AL DERECHO A
LA INTIMIDAD**

Autor: Jackson Vicente Condolo Acaro

Tutor: Dr. Ramiro Ávila Santamaría

Quito-Ecuador

2016

RESUMEN

El presente trabajo investigativo concentra el análisis pormenorizado del Derecho constitucional a la intimidad y aquellas potenciales violaciones inherentes a su contenido mismo, esto, a partir de la supuesta, obligatoria, ilegítimo e inconstitucional proceso de creación de base de datos de huellas dactilares, que supone la vulneración a mencionado contenido del Derecho.

Asimismo, en el desarrollo del trabajo se vislumbra la problemática concepción entre el derecho a la intimidad y el de la seguridad, en el supuesto (interés general por el particular), en lo referente a su libertad y su carácter fundamental y al ejercicio pleno de cada uno de los derechos, que dejaría entrever las limitaciones que cada uno de ellos mantiene, esto, a partir del estudio tanto de la doctrina, como de los casos concretos relacionados al tema.

Por otro lado y asumiendo el análisis crítico del planteamiento de las huellas dactilares y del sistema AFIS (Sistema de Identificación Automatizado de huellas) se dejaría en el análisis, cómo la Policía Judicial podría a partir de su creación y del proceso de recopilación de información, quebrantar la garantía del mencionado Derecho.

Por su parte y resultando necesario el análisis constitucional acerca del derecho a la intimidad, en efecto, se puede determinar su latente afectación proveniente tanto del imperante detrimento de los derechos por parte de las legislaciones vigentes, así como del ilegítimo proceder de determinados servidores públicos.

Como parte final se analiza dos de las acciones constitucionales mandadas a garantizar el ejercicio pleno de los derechos contemplados en la Constitución, mismas que guardarían relación con la protección a la intimidad, es decir, enfocado al análisis del Hábeas Data y de la Acción de Protección.

AGRADECIMIENTOS

Quiero dejar un inmenso sentimiento de agradecimiento de forma general a todos y cada una de la personas que a lo largo de mis estudios han aportado con su apoyo incondicional amigos, compañeros, profesores, familiares y demás personas que fueron parte de mi carrera académica, pero de manera específica quiero dar mis agradecimientos primeramente a mis padres Clemencia Victoria Acaro Maza e Isael Condolo Tinitana, quienes han sido y son el pilar fundamental de mi educación responsables directos de mi dedicación, respecto, humildad y responsabilidad, a mi querida pareja, novia, compañera, amiga y esposa Johana Margoth Narváez García, que ha estado siempre al resguardo de mi bienestar académico-personal y sobre todo a mi hija Maley del Rocío Condolo Narváez , inspiración de mi vida y finalmente a cada uno de mis hermanos que son y serán siempre ejemplo de responsabilidad humildad y sencillez, de forma especial a mi recordado hermano Darwin Rolando Condolo Acaro quien estoy seguro esta siempre a mi resguardo.

Dejar de la misma forma mi agradecimiento sincero al Dr. Ramiro Ávila Santamaría, tutor encargado de la dirección y consecución de este objetivo investigativo que con su ardua experiencia, conocimiento y compromiso he logrado culminar satisfactoriamente.

DEDICATORIA

A mis padres por ser los próceres de mi dedicación y responsabilidad en mis actividades académicas y de implantar valores que han formado bases en mi personalidad, puesto que con ello pude y puedo seguir adelante con mis metas propuestas.

A Dios, por darme la vida, la salud, la paz y sabiduría que es complemento indispensable para el desarrollo de mis habilidades.

Finalmente a mis hermanos, familiares, amigos quienes con sus ejemplos de lucha y responsabilidad han implantado en mi persona el carácter para llevar adelante mis propósitos académicos.

A todos y cada uno de mis Docentes quienes son los responsables de implantar en mi persona el conocimientos y de generar la autocrítica en el espacio de estudios donde me desenvuelvo como lo es el Derecho.

“La persona que pierde su intimidad lo pierde todo”
KunderaMilan, premio Austriaco de Literatura Europea

Tabla de Contenidos

| | |
|---|----|
| Introducción | 9 |
| Capítulo primero | |
| Intimidad Personal y Huellas Dactilares..... | 11 |
| 1.1.La protección de la Intimidad personal según la doctrina..... | 12 |
| 1.1.1. El interés general por la limitación del Derecho a la intimidad | 16 |
| 1.1.2. La seguridad ciudadana como límite a la intimidad..... | 20 |
| 1.1.3. La intimidad personal en la nueva tecnología informática..... | 22 |
| 1.1.4. La autodeterminación informática..... | 25 |
| 1.1.5. Las Huellas dactilares en el Derecho..... | 28 |
| 1.1.6. Base legal para la creación de datos de las huellas dactilares..... | 31 |
| 1.1.7. Riesgos de afectación de los derechos de intimidad personal por la creación de datos de huellas dactilares..... | 41 |
| Capítulo segundo | |
| Los Datos Públicos en la Policía Judicial y la validez Constitucional de las Huellas dactilares..... | 44 |
| 2.1. Datos públicos manejados por la Policía Judicial..... | 46 |
| 2.1.1. Función del Sistema AFIS..... | 49 |
| 2.1.2. Problemas y Riesgos de las huellas dactilares para el Derecho Constitucional de la intimidad personal..... | 53 |
| 2.1.3. La protección de la intimidad personal en la Constitución y la reserva de ley..... | 54 |
| 2.1.4. La garantía constitucional del Habeas Data..... | 58 |
| 2.1.5. La Acción de Protección como garantía subsidiaria del derecho a la intimidad..... | 62 |
| 2.1.6. La inconstitucionalidad por la forma del Reglamento para el AFIS..... | 64 |
| 3. Conclusiones | 66 |
| 4. Bibliografía | 69 |

Introducción

La República del Ecuador, es un Estado constitucional de derechos y justicia según lo determina el Art. 1 de la Constitución 2008, motivo por el cual este referente hace pensar que por sobre todo debe estarse al designio de lo que en la norma suprema se ha proclamado.

De esta manera es conocido que la forma de protección de los derechos, está determinada desde la norma suprema de la nación, es por ello que se hace importante la armonía de todas las leyes inferiores a ella, conocidos de esta importancia, es menester el análisis del desarrollo progresivo de cada Derecho.

Así, es predecible que la Función Legislativa se encuentre fomentando la garantía de todos y cada uno de nuestros derechos, por medio de las normas o cuerpos legales, pues sería negativo pensar que más bien los representantes del pueblo apuren el flagelo de lo que la Constitución de manera categórica proclama.

Uno de los derechos que justamente prevé la Constitución de la República del Ecuador, es precisamente el de la Intimidad, de manera que, al ser norma constitucional, abarca una importancia de jerarquía suprema, como vemos el antes mencionado derecho, comporta una figura de resguardo y respeto por el constituyente, pues su quebrantamiento o su reforma únicamente sería decisión del soberano.

Es así que es motivo de esta investigación, determinar el comportamiento del antes mencionado Derecho, es decir, analizar cuál es la actualidad jurídica que presenta, cuál es el comportamiento de la sociedad para mantener o degradar el atinente derecho a la intimidad.

Para ello, en el estudio desarrollado se busca además determinar si en el proceso de recopilación de huellas dactilares la Policía Judicial comporta un proceso legal o ilegítimo, con lo que de ser el caso último se presume un potencial quebrantamiento al Derecho a la intimidad de los ciudadanos.

De manera que para el próspero avance del análisis en cuestión, se ha visto necesaria la conformación de tres capítulos que forman el cuerpo de la investigación, así en el primer capítulo se hace trascendental el criterio jurídico de la doctrina respecto a la (intimidad), factor que coadyuva a la comprensión del por qué la importancia del amparo y garantía, siendo determinante la condición fundamental y sobre todo el desarrollo evolutivo del antes mencionado Derecho. En esta misma parte se llega a comprender la forma en que se está introduciendo al Derecho categorías como las

mencionadas (huellas dactilares) que hacen pensar un avizorante quebrantamiento de nuestro derecho a la intimidad, asimismo se analiza cuando es necesaria la proclamación del interés general que limita un derecho particular, donde se verifica la incidencia de intereses sociales.

Ya en el segundo capítulo se ha realizado un trabajo mixto entre análisis y estudio de campo, donde recogemos información de la fuente misma en la que se procede a la recopilación de las huellas dactilares, es decir, en las instalaciones de la Policía Judicial y sobre todo esta parte es propicia ya que además se analiza la base legal que determinaría el procedimiento y las reglas a tenerse en consideración por parte de los miembros de la Policía Judicial, es en el antes mencionado capítulo donde se presenta el problema del presente trabajo donde gracias a la colaboración de Marco Miño dilucidamos sobre el tema.

Una vez examinado tanto doctrina como análisis del problema de la potencial violación al derecho de intimidad, en el tercer capítulo se enfatiza el estudio donde se encontraría el riesgo de afectación al derecho constitucional en mención, es así que finalizamos discutiendo la situación de riesgo que tiene el derecho de intimidad al implementar la herramienta conocida como sistema AFIS que deja en la incertidumbre tanto el uso de nuestras huellas dactilares, como la transgresión a nuestra libertad de decisión.

Asimismo, en la parte pertinente se plantea un breve análisis acerca de las acciones jurisdiccionales que pueden ser ejecutadas a la hora de garantizar el derecho en mención, es decir, la acción del Hábeas Data y Acción de Protección respectivamente.

Como parte final, se proponen algunas conclusiones que deja el presente trabajo donde, es deber de este investigador, dejar a su más acrisolado criterio doctrinario las respuestas o comentarios que pueda dársele, sin embargo, es de beneplácito dejar señalado la importancia del constante análisis de nuestros derechos que cada vez están siendo abolidos por el capitalismo que nos rodea.

Capítulo primero

Intimidad personal y huellas dactilares.

Uno de los derechos que ha sido logro de luchas sociales por medio del tiempo, debe ser sin duda el de la intimidad personal, tanto así, que su protección se ha situado a nivel constitucional, ejemplo de ello es la Constitución del Ecuador (Art. 66, Núm. 20),¹ que salvaguarda la garantía del derecho a la intimidad, esto, como estándar de otros derechos, como el de la vida digna o como el de la libertad personal por ejemplo.

Sin embargo, a lo antes mencionado, es menester señalar que en la legislación interna del Ecuador, nada se ha hecho eficazmente, respecto a la suma protección que debe darse a este derecho, sino más bien, lo que se estaría tratando de legislar, es la justificación de su potencial violación, por medio de leyes que de cierta forma limitarían este tipo de derechos, como puede ser por ejemplo la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y el mismo Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos.²

Lo que trata de establecer la presente investigación es justamente la inminente potencial vulneración a este Derecho, derivado de factores introducidos por el ser humano por intermedio de la historia, que más que para su autoprotección o beneficio del pueblo, pueden servir para el control de la humanidad o la sumisión de este, al arbitrio de quienes ostentan el poder en los países atinentes, como en este caso podría ser el gobierno ecuatoriano.

Por ello debo indicar, que en el presente trabajo se tratará de enfocar únicamente el fenómeno de la recopilación de información de las personas por medio de las conocidas (huellas dactilares), es decir, su administración y uso, así como su legalidad en el marco del Derecho constitucional, determinando, cuando, o en qué momento se atenta contra el mencionado Derecho, que en esta ocasión nos ocupa como es la (Intimidad).

¹Constitución de la República del Ecuador [2008], Título II, Derechos, capítulo sexto, “Derechos de libertad”, art. 66 Num. 20 ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial Nro. 449).

² Tanto la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Registro Oficial 496 de 21 de julio del 2011 y el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015, son normas del sistema legislativo ecuatoriano.

1.1.La protección de la intimidad personal según la doctrina.

Antes de entrar en materia sobre la opinión doctrinaria acerca de la protección del derecho a la Intimidad, es propicio hacer referencia de los sujetos quienes se encuentran involucrados o inmersos en este Derecho, es decir, para quienes está dirigido y quién es el sujeto que garantiza su ejercicio.

Ante ello, podemos adelantar señalando, que en razón de que el Derecho a la Intimidad está configurado para el ejercicio de la vida de las personas y de su libertad, supondría que “A la pregunta de quienes son titulares habría que contestar, en consecuencia, que lo son todos”,³ es decir, todas aquellos seres humanos sin perjuicio de su nacionalidad, sean estos ciudadanos o extranjeros, y referente a quien es el sujeto protector, es bastante claro que debe ser el Estado, por medio de su ejercicio del poder y de las estrategias políticas que ejecuten los gobiernos de turno.

Ahora bien, de la misma forma, debemos dejar en claro cuál es el objeto o bien protegido por este Derecho, así podría decirse que su objeto radicaría en hacer cumplir el designio de cada quien, sin dar paso a arbitrariedades por parte de terceros, solo entonces estaríamos frente a una verdadera libertad del ciudadano.

La preocupación de los legisladores no debe apartarse de fomentar la debida protección a la Intimidad personal, Derecho que en la actualidad está cada vez más cerca de concretarse su eliminación, o más bien, del ser humano facilitarla, es por ello que en la doctrina, no mal se ha señalado que una de las características de aquella protección sería ”el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada”,⁴ es decir, que mientras menos se establezcan formas que puedan entrometerse en la vida privada del ser humano, mucho más propicia sería su garantía, que precisamente debe ser, deber de las autoridades pertinentes de proteger su efectivo goce y vigencia.

De igual manera Concepción Conde Ortiz sostiene que desde la óptica antes mencionada, este, “se convierte en un derecho inherente a toda persona, como derecho de todo hombre a verse libre de injerencias e intromisiones no deseadas en su esfera

³Manuel Martínez Sospedra, “Sobre la Intimidad”, Sobre la intimidad. Derecho a la intimidad vida privada y privacy El art. 18.1 ce in principio, en, Antonio, Vallés Copeiro del Villar y Hugo, Anzar Gómez, coord, *la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Valencia: Artes Gráficas Soler S.A, 1996), 128.

⁴ Concepción Conde Ortiz, *La protección de datos personales: Un Derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad* (Madrid: Dykisonson S.L, 2005), 22.

privada”,⁵ dicho así, se podría dejar indicado que aquel, en palabras de Robert Alexy,⁶ sería un derecho fundamental de Defensa, donde el Estado se limita a respetar la decisión de cada persona, estando al libre designio de su cuerpo humano y de sus datos que de él se puedan registrar. Es decir, en este caso, cada uno de nosotros somos quienes al final decidimos sobre nuestra intimidad, nuestra vida privada y si debe o no ser objeto de registro público por parte de los funcionarios del Estado, más aun, cuando se trata de datos genéticos o inherentes al cuerpo humano, que desde toda óptica garantista de la intimidad personal, debería ser cuestionado si deben o no, ser objeto de registro en datos públicos manejados por instituciones gubernamentales.

Por ello Carlos E Delpiazzo ha dicho también que “intimidad significa un ámbito interior que solo conoce uno mismo, refiere a lo más recóndito, o sea a un mundo interior al santuario de lo humano un lugar donde solo puede entrar uno mismo, del que uno es dueño”⁷, y precisamente por ser de propiedad intrínseca de nuestro mundo interior debe ser respetado y protegido por el Estado.

A este respecto Carlos E Delpiazzo también afirma que “este derecho es relativamente reciente y reconoce una evolución que puede examinarse a base de ciclos sucesivos, sentidos diferentes y enfoques diversos ”,⁸ esto, debido a que el Derecho en mención, ha tenido diferente tratamiento y discusión en el marco doctrinal, en tanto que se presume tiempo atrás, que en ese entonces, en los Estados Unidos era habitual referirse al “right to be alone (1890)”⁹ conocido como el Derecho a estar solo o dejado solo, podría señalarse entonces que en aquel tiempo se estaba ya en procura de estipular su protección en norma escrita.

De la misma forma y del análisis realizado por Oscar R Puccinelli con respecto a la naturaleza jurídica de la intimidad se sostiene:

En cuanto a las naturaleza jurídica y contenido de este derecho, algunos autores entienden que, cuando nos referimos a un aspecto de la libertad jurídica inofensiva o neutra para el grupo o para terceros, inmunizada o sustraída de toda interferencia arbitraria del Estado,

⁵Concepción Conde Ortiz, *La protección de datos personales: Un Derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, 22.

⁶Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa S.A., 2ª. Ed., 1997. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., 2008), en la presente obra se hace mención aquellos derechos que el estado tiene que respetar al ciudadano y que se los denomina derechos de defensa.

⁷Carlos E Delpiazzo, *Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad* (Montevideo: Amalio M Fernández, 2002), 256.

⁸Carlos E Delpiazzo, *Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad*, 257.

⁹Carlos E Delpiazzo, *Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad*, 257.

más que aludir a un “derecho” a la intimidad, resulta más preciso referir a una “libertad” de intimidad (Bidart Campos, Bianchi, Zarini). Claro que esta libertad se proyecta en exigibilidad, por lo cual se transforma en una prerrogativa que toda persona tiene de disponer de un ámbito de inmunidad para sus acciones privadas, que le permita sustraer todo o inherente a esa esfera de la publicidad de las perturbaciones del Estado y de los terceros, quienes deberán abstenerse de intervenir en ella sin causa justificada.¹⁰

Por otro lado y en similar concepción en la obra de Alicia Pierini y otros se manifiesta:

El derecho a la intimidad, entendido como el poder o potestad de tener un domicilio particular, papeles privados, ejercer actividades, tener contactos personales y pensamientos que no trascienden a terceros, en virtud del interés personal de mantenerlos en reserva y la discreción de quienes se entera de no hacerlos públicos cuando se trata de hechos privados o datos sensibles de las personas, cada vez se encuentra más jaqueado por un interés desmedido e incesante de obtener información.¹¹

Como vemos tanto la doctrina, como la historia de las legislaciones de naciones diferentes a la nuestra, se procuraba por un tratamiento garantista en procura del Derecho a la Intimidad, pensamiento este que deberá ser recogido por nuestras fuentes del Derecho.

Sin duda, algo que nos ha llamado la atención y que no debía dejar mencionado en este punto, es el análisis que realiza Marcela Basterra referente a determinadas esferas de protección al incoado derecho.

Desde este punto de vista se afirma la existencia de cuatro esferas que debe proteger el derecho a la intimidad, la primera estaría diseñada para proteger la autonomía personal “al respeto más absoluto por las conductas autorreferentes, es decir, la no intervención estatal en la vida que cada uno elige, reconociendo como único límite el de no dañar a terceros”,¹² entonces estaríamos frente a lo que se mencionaba anteriormente es decir al “right to be alone”, teniendo este como único obstáculo la no interferencia en la vida privada de terceros.

De la misma forma tenemos la segunda esfera de protección, esta sería entonces, el derecho a la intimidad, a este respecto se sostiene la existencia de una diferencia

¹⁰ Oscar R Puccinelli, *Protección de datos de carácter personal* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004), 116.

¹¹ Alicia Pierini, *Hábeas data: derecho a la intimidad, derecho a informar, límites, censura, derecho a réplica, reserva de las fuentes real malicia, delitos de la prensa, derecho informático, banco de datos electrónicos, telemática, controles y responsabilidad, internet* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999), 237.

¹² Marcela, I Basterra, “Derechos Humanos y Justicia Constitucional; Intimidad y Autonomía personal”, en, German J Bidart Campos y Guido I Riso, *Los Derechos Humanos del siglo XXI La Revolución Inconclusa* (Buenos Aires: Copyright by Editar Sociedad Anónima, 2005), 60.

importante entre lo que en sí es privacidad e intimidad respectivamente, por ejemplo, se estaría a que “La intimidad es la lejanía, la vida privada es lo más próximo desde la perspectiva de los demás”,¹³ diríamos entonces que lo primero es un terreno que debe ser imposible de transitar, mientras que en lo segundo existe un posible tránsito, teniendo en consideración los aspectos legales del caso.

Llegaríamos entonces a la tercera forma de protección, siendo ésta, el derecho a la privacidad, de lo ya antes mencionado al respecto de la privacidad, es debido mencionar también que “aparece como la esfera más expuesta a las permanentes intromisiones”¹⁴, pero claro esto no solo por el Estado, sino también por terceros que bien podrían ser los medios de comunicación.

La cuarta forma de protección según Marcela I Basterra, radica en la “autodeterminación informática”, aquí se dice haber incertidumbre entre la promulgación de información y la necesidad de tener intimidad de aquello, en efecto se ha indicado que “por un lado el ser humano tiene necesidad de saber y por otra de ocultar, la necesidad de saber está representada por el derecho a la información y la de ocultar por el derecho a la intimidad”,¹⁵ lo que en general debe dilucidarse tomando en consideración el derecho Constitucional que más garantice el respeto a los derechos humanos.

Lo que finalmente llamaría desde mi perspectiva una quinta esfera de protección, sería la autodeterminación corporal, es decir aquí estaremos frente al respeto absoluto de cada uno de los componentes del cuerpo humano, que cada uno de las personas debe ser dueño único de esa información, y por ende no interferido por terceros.

¹³Marcela I Basterra, “Derechos Humanos y Justicia Constitucional; Intimidad y Autonomía personal”, 63.

¹⁴Ibid, 63.

¹⁵Ibid 70.

1.1.1. El interés general por la limitación del derecho a la intimidad.

Considero que es atiente preguntarnos si ¿siempre el interés general primará por sobre el derecho a la intimidad de las personas?, si bien las respuesta no será inmediata y concisa, el análisis por descifrar esta inquietud, debe ser bastante completa, esto en vista a la grave afectación a un derecho, que bien se lo podría llamar fundamental, pero si la respuesta fuera favorable al interés general ¿entonces la garantía de los mínimos dejaría de existir?, en adelante se tratará de descifrar este paradigma jurídico.

Por ello considero que, el fin mismo de todo Derecho, debería encaminarse a otorgar una facultad o potestad de un objeto determinado y con ello su efectivo goce, en este dilema, debemos verificar si el Derecho a la intimidad, está o no, siendo limitado potencialmente, o si por otro lado, esta constreñido por determinados factores sociales, como puede ser el interés general en algunas ocasiones, o como por ejemplo, sería la seguridad ciudadana o el derecho a la información, que si bien son derechos sociales, pero considerando que no por ello debe eliminarse o sacrificarse otro Derecho, más aún, si de este depende una libertad personal o en su defecto el libre desarrollo de su personalidad como ya en doctrina se lo mencionaba con anterioridad.

Así a lo antes mencionado se sostiene que:

Mientras el interés general juega como un elemento importante para la formación de la opinión pública general, el interés social o bien común juega el papel del límite extrínseco del derecho, esto es, que el derecho de cada persona está limitado por el derecho de los demás, por la seguridad de todos y por las exigencias de bienestar, lo que hace suponer que existen intereses generales que prevalecen sobre el ejercicio individual de los derechos fundamentales.¹⁶

De lo antes dicho, entonces deberíamos preguntarnos en este contexto, ¿se puede o no limitar el derecho a la intimidad anteponiendo el interés general?, a este respecto se debe considerar lo que en la práctica se evidencia en el ámbito penal, me refiero a cuando nos vemos inmersos en datos informáticos automatizados, como por ejemplo, sistemas manejados por la Policía Judicial, pero claro, estas acciones se las puede identificar como positivas o negativas desde su campo de acción, desde su ámbito legal

¹⁶Orlando Parada Vaca, *Las libertades de expresión e información vs los Derechos al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen* (Santa Cruz de la Sierra: editorial el país, 2006), 73.

y desde el beneplácito de la sociedad, es decir, si estas son o no efectivas, legítimas y si son aceptadas por la sociedad, pues solo entonces, si el interés general es determinado al tenor de lo antes citado, se consideraría que la limitación al derecho a la intimidad es constitucionalmente justificado, cuestión que llevaría finalmente a preguntarnos ¿si éste derecho no es o nunca fue un derecho fundamental, o si los derechos fundamentales son o no absolutos?

Así de lo antes mencionado, podemos dejar dicho también, que si bien efectivamente el Estado por intermedio de sus Instituciones públicas estaría precautelando el bienestar y garantizando la paz ciudadana, sin embargo, estas acciones potencialmente pueden violar derechos, como el de la Intimidad, por ello, debe estar debidamente justificada su limitación, más no tratar de justificar el abuso o su violación.

Desde esta perspectiva la Corte Constitucional colombiana, ha señalado que en efecto este Derecho “puede ser objeto de limitaciones” o de interferencias “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución”,¹⁷ bajo este punto de vista, se diría que puede ser acertado el pensar que solo bajo una verdadera justa causa debe ser transgredido un derecho tan importante y fundamental como el de la Intimidad personal, pero reiteraría mi opinión puesto que entonces ya no sería un derecho fundamental o en su caso dejaría de serlo por un lapso de tiempo, es decir, que ante este acontecimiento los derechos constitucionales entonces no serían absolutos.

Además de lo suscrito en la sentencia antes referida, se pronuncia también y deja en claro algunos presupuestos más, como “que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”,¹⁸ consideraciones que desde mi enfoque jurídico, deben ser objeto de análisis al momento de pretender transgredir el mencionado derecho o hacer uso de ello en razón del interés de todos.

Dada la acción de injerencia a la Intimidad personal, creo que los ciudadanos estudiosos del Derecho, debemos tratar de analizar la legalidad y validez de estos actos,

¹⁷Corte Constitucional de la República de Colombia, *Sentencia C-640/10 (Agosto 18, Bogotá DC)*

¹⁸*Sentencia C-640/10, (Agosto 18, Bogotá DC)*

por ello es deseo de esta investigación, poner de relieve al menos una de las injerencias al derecho a la intimidad y verificar si esta cumple con los aspectos antes anotados, y determinar si a priori está o no justificado el interés general, con respecto a la recopilación de datos por medio de huellas dactilares, estudio del que trata el presente análisis.

Vemos que si bien, tanto en la doctrina, como en el análisis de la Corte colombiana, existe consenso respecto de que solo bajo una justificación constitucional se podría limitar los derechos de las personas, sin embargo, la preocupación de estas afirmaciones recaen en que en las dos aseveraciones se sostiene que la intimidad es un derecho de los denominados fundamentales, es allí mi discrepancia de estas afirmaciones, si se habla de un derecho fundamental creería que este no debe por ningún motivo ser transgredido, contrario a ello pues en la vida diaria vemos que el limitar los derechos por el interés general no ha sido la solución para los problemas que la sociedad padece, ejemplo propicio de ello para el presente estudio puede ser el aumento del crimen, pues entonces vemos que no ha sido solución el limitar el derecho a la intimidad en la recopilación de datos de las personas. Más el afectar un derecho fundamental como la intimidad, sería similar a dejar sin derecho al agua, derecho que es intrínseco al ciudadano que su ausencia o quebrantamiento quebrantaría la vida misma de la persona.

Sería sin embargo evidente la existencia de la violación de un derecho o su potencial limitación, como quiera que se lo desee ver, existiría injerencia en la intimidad, esto más aún cuando existe ilegalidad en los procesos que (limitan) el derecho, como en los registros de datos personales realizados por la Policía Judicial, conforme lo ha comentado el agente Marco Miño en su entrevista concedida.¹⁹

Por su parte la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas ocasiones procura la debida justificación para la determinación de una restricción de un derecho, indicando fehacientemente que para tal acto, debe ser necesario el análisis, de principios como el de excepcionalidad, necesidad,

¹⁹ En la entrevista realizada al Agente de la Policía Marco Miño manifestó “Nos estamos refiriendo a los datos personales, estos datos son registrados en los sistemas de identificación que mantiene la Policía Judicial, estos sistemas son tres, el “Siipne” (Sistema Informático Integral de la Policía Nacional), es uno de los primeros sistemas que obtuvo la Policía Nacional, también tenemos el sistema “AFIS”, que es un (Sistema de Identificación Automatizado de huellas) y el sistema AVIS más F, que es un (Sistema de Identificación de muestra de voz facial).”

proporcionalidad y legitimidad.²⁰ Asimismo, y aun en un modo más garantista Humberto Nogueira Alcalá, analiza constitucionalmente dos formas de limitar derechos como lo serían la forma ordinaria y extraordinaria,²¹ vías en las que por ningún motivo se acredita la restricción del derecho por medio de poderes diferentes que no sea el legislativo, es decir, que en el caso que nos ocupa respecto de la fiscalía no estaría facultada para restringir derechos, sino más bien, sería la ley pertinente donde se debería señalar con exactitud el derecho restringido con las precisiones que ya se indicaba.

Por otro lado la Convención Americana de Derechos Humanos en su marco normativo, ha establecido, que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”,²² es decir, que de igual manera, la Convención Americana, admite el respeto por la limitación a los derechos siempre que se justifique mediante una norma legítima, sin embargo, a lo aquí definido, existe norma constitucional que no permitiría tal limitación de un derecho por medio de una ley, sino que más bien, señalaría expresamente la prohibición de la restricción de los derechos por medio de normas jurídicas, como categóricamente lo hace la Constitución del Ecuador.²³

Esto evidentemente conlleva un conflicto entre una norma constitucional y una disposición interamericana, asumiendo que bajo lo dispuesto en el Art. 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador es la norma constitucional la que debe prevalecer sobre todo ordenamiento jurídico.²⁴

²⁰Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie No. 151, párr. 81.

El presente análisis también puede ser vislumbrado en la Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho de acceso a la información en el Marco Jurídico Interamericano, véase en:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>, 07-04-2016, 12h10.

²¹Humberto Nogueira Alcalá, “*Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*”, (México D, F, Universidad Autónoma de México, primera edición, 2003) véase en, <https://es.scribd.com/doc/6991430/Nogueira-Alcala-Humberto-Teoria-y-Dogmatica-de-Los-Derechos-Fund-Amen-Tales>, 07-04-2016, 14h00.

²²Convención Americana Art. 30.

²³Constitución 2008 Art. 11 Num. 4.

²⁴ Constitución 2008 “en la disposición constitucional se indica Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

1.1.2. La seguridad ciudadana como límite a la intimidad

Como bien ha señalado Lautaro Ojeda Segovia, “La seguridad ciudadana se refiere, además, a la existencia de un orden público que elimina las amenazas de violencia en la población y permite la convivencia segura”²⁵, y por ende se podría decir el bienestar social.

Ante lo expuesto, la seguridad ciudadana entendida como aquel factor intrínseco en la sociedad para el desarrollo y bienestar colectivo, también es un mandato que la Constitución del Ecuador 2008 atribuye a la Policía Nacional²⁶, siendo deber de esta institución el cuidado y protección interno de la ciudadanía. Mandato que facultaría a la Policía realizar las estrategias pertinentes para alcanzar su cumplimiento y por ende la protección del derecho.

Como ya se analizaba en la parte pertinente, en efecto por esta disposición constitucional se aduce que podría entonces limitarse el derecho a la intimidad por los intereses de todos, y precisamente si bien, así, un limitante sería entonces la seguridad ciudadana de una determinada población.

Desde este punto de vista se podría creer que en efecto se trata de un factor que involucra la seguridad de todos y por ende del interés general de la nación, sin embargo, sabemos que esta condición no faculta para que instituciones públicas como la Policía Judicial adquieran facultades restrictivas de derechos, mucho menos de legisladores, pues claramente la norma constitucional añade que su objetivo es la protección y garantía de los derechos.²⁷

Desde este enfoque entonces cabría preguntarnos ¿se debe limitar el derecho a la intimidad por factores de seguridad ciudadana?, considerando lo presumiblemente abordado por la Fiscalía y la Policía judicial al intervenir indirectamente al derecho a la intimidad con la reglamentación de obtención de huellas dactilares, sin que se haya analizado su constitucionalidad debida y más aún si como factor preponderante

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas, los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”

²⁵ Lautaro Ojeda Segovia, *Seguridad ciudadana, Sociedad y Estado* (Ecuador: Corporación Metropolitana de Seguridad y Convivencia Ciudadana, 2005), 105-106.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 163.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 158.

limitador del derecho esta la seguridad ciudadana, discreparía al respecto, considerando que son otros los factores que atañen al resguardo de la seguridad ciudadana.

Más bien al respecto me añadiría al criterio realizado por Comisión Andina de Juristas quienes analizando los elementos que atañen a la seguridad ciudadana concluyen señalando:

Tomando en cuenta estos elementos, podemos concluir entonces que la seguridad ciudadana se presenta como un concepto democratizador; esto es, que ayuda a consolidar el desarrollo democrático de nuestros países cuando es asumido como principio orientador de las políticas y acciones que toman los gobiernos en materia de seguridad pública. Sin embargo para que ello pueda ocurrir es necesario ir superando algunos desafíos que se viene presentando actualmente en nuestros países, y que promueven o un regreso a nociones tradicionales de seguridad nacional, o una reducción de la seguridad ciudadana para entenderla como mera lucha contra la delincuencia común.²⁸

Es decir, que sería necesaria una mejor justificación al tratar de limitar un derecho como, desde esta noción y considerando su importancia, se consideraría como medio inicial para argumentar una justificada limitación la Constitución.

²⁸Comisión Andina de Juristas, *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos* (Lima: CAJ, 1999), 108.

1.1.3. La intimidad personal en la nueva tecnología informática.

Es conocido que si bien es cierto, por medio del tiempo la tecnología informática ha servido de forma eficaz para el desarrollo de la ciencia, pero es conocido también, que es justamente por medio de estos métodos, que se está tratando de hacer del ser humano un formulario de base de datos, asemejado a un objeto sin sentimientos. Dada esta situación es menester de este estudio verificar su aceptación o desaprobación por parte de la sociedad.

Por ello, hay que considerar lo que algunos sostienen a lo antes referido, es así que Eduardo Molina Quiroga ha planteado que “la irrupción de la informática obligó a un replanteo del derecho a la intimidad, por la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal y la posibilidad del entrecruzamiento de la información contenida en los mismos”,²⁹ en efecto, se sabe de la existencia de varias garantías de protección constitucional a las bases de datos, a las que el ciudadano tiene derecho a apelar, como en el caso de las determinadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se verificará en la parte pertinente del trabajo. Pero claro, además se debe analizar que desde toda perspectiva garantista, la más eficaz para salvaguardar un derecho, debe estar ligada a varios procesos de legitimidad constitucional y sobre todo de la venia del soberano, y que por medio de estos sistemas no se incurra en violaciones a los Derechos Humanos.

En este sentido, se avizora como algo novedoso, la implementación de equipos tecnológicos que automatizan la información de los ciudadanos, de técnicas antes no utilizadas, como es el caso del proceso de recopilación de información por intermedio de huellas dactilares, estudio también del que nos ocuparemos en este trabajo, y que se analizara en el capítulo posterior.

Pero al contrario del análisis antes referido por la doctrina, hay quienes ven el fenómeno de la informática y la tecnología, como un latente peligro a la intimidad, señalando que:

²⁹Eduardo Molina Quiroga y otros, “Preservación del Derecho a la Intimidad”, en, Celia Weingarten y Carlos A. Ghersi, dir, *Daños Globalización Estado-Economía* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000), 122-123.

Es aquí donde juega la importancia del avance tecnológico. Las modernas, rápidas, eficientes y económicas computadoras han producido y seguramente continuarán produciendo cambios en la sociedad. La posibilidad de manejar innumerable cantidad de datos, la posibilidad de interconectarlos, de recibir información de base de datos inclusive de diversas partes del mundo ha generado, cuando menos, la posibilidad de ver afectada la intimidad.³⁰

A este respecto, se puede identificar en la vida cotidiana, que tanto en el ámbito público como privado, la intimidad está siendo manejada a beneplácito, ya sea, del poder privado o de los entes estatales, a lo mejor estos últimos supuestamente con algo de apego a la legalidad y legitimidad, sin embargo, vemos como con el pasar del tiempo, un derecho como el de la intimidad, figurado como personalísimo, estaría padeciendo quebrantamientos en su contenido esencial, es decir, la libertad del ciudadano de poner a relieve su intimidad personal mediante base de datos públicos, factor que es precisamente donde se presume su violación, ya que en el medio privado sería aquella persona la que sede su derecho a terceros y por lo tanto no habría tal afectación.

Y con respecto a las entidades privadas que están cada vez influyendo en la vida íntima de las personas se sostiene que “en Estados Unidos de América el marketing ha llegado a intervenir tanto en la intimidad de las personas que se ha creado la llamada Lista Robinson, en donde se registran quienes no quieren recibir publicidad u ofertas”³¹, es decir, que incluso esta actividad privada no tendría asidero legal alguna o aceptación de parte de la población, y que de ser el caso podríamos demandar ante las autoridades correspondientes por las presuntas arbitrariedades, como sucede asimismo con las entidades financieras que con presión a los ciudadanos logran sus ventas, introduciéndose en la intimidad del cliente.

Pero si bien no existiría mayor peligro en el ámbito privado, debemos analizar el comportamiento de los gobiernos o del ámbito público, con respecto a sus actos en contra de la intimidad personal. Pues se verifica que existe un sinnúmero de base de datos manejados por estos entes estatales, tales como Registro Civil, Bancos del Estado, Policía Judicial, entre otros, hay autores que analizando este comportamiento han señalado:

³⁰ Rodolfo Daniel Uicich, *Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad* (Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1999), 39.

³¹ Rodolfo Daniel Uicich, *Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad*, 39

Así también el manejo arbitrario de los gobiernos totalitarios que constituye un gravísimo peligro que no es meramente potencial por cuanto ya lo hemos sufrido.

Ya se ha dicho que en los países desarrollados se ha legislado protegiendo lo que se ha dado en llamar el Dato Personal

Así la Constitución Nacional española en su art. 184.4 emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar.³²

Aquí encontramos un señalamiento claro con respecto no solo a la potencial violación a este derecho, sino que se ejemplariza donde esto estaría ya consumado, pues vemos también que en los países desarrollados como España existía en ese tiempo ya legislación al respecto de la garantía de la intimidad que se encontraba en base de datos informáticos, disponiendo incluso un límite para la recopilación por medio de la informática, mas tomando este ejemplo y siendo deber de los demás países incluidos el Ecuador, se debería implementar la legislación adecuada para la garantía eficaz de la intimidad.

En consecuencia en la actualidad estaríamos en la lucha contra la automatización de nuestros datos personales a través de la tecnología informática, esto en vista a su sensible vulneración.

³² Rodolfo Daniel Uicich, *Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad*, 40.

1.1.4. La autodeterminación informática.

A este respecto, asimismo sabemos de la quizá inevitable injerencia de los medios tecnológicos como se analizaba anteriormente, sin embargo, hay que tener presente que los derechos y garantías que nos atribuye nuestra norma constitucional siendo una de aquellas precisamente la libertad, es decir, la discrecionalidad que poseemos sobre nuestra vida sin afectar a terceros.³³

En este contexto cabe preguntarnos si ¿efectivamente tendremos libertad o autonomía informática sobre nuestros datos personales? A este respecto en la doctrina se ha dicho que:

El concepto del derecho a la autodeterminación informática, es precisado por el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia sobre el caso del censo de la población de 1983 con relación a la conexión del art. 2.1 con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn como la concreción jurídico-fundamental del derecho común de la personalidad, con la que se trata de combatir las amenazas a la personalidad producidas por los recientes cambios: teniendo en cuenta que esta autodeterminación constituye una condición funcional elemental de una democracia en libertad fundada en la capacidad de acción y concurso de sus ciudadanos, el individuo tiene que ser protegido frente a la ilimitada investigación, el archivo, la utilización y la transmisión de sus datos personales.³⁴

Desde mi perspectiva y creo que desde el punto de vista del antes citado autor, lejos estamos de tener autodeterminación informática de nuestros datos, y más bien se presume que esos procesos se dan disque en razón de una legítima intervención del Estado por el interés general o por la seguridad ciudadana. Pero es aquí justamente donde se encuentra mi preocupación, respecto de ¿hasta qué punto el Estado debe interferir en este derecho y atentar contra él? y sobre todo, es donde preocupa la legitimidad de estos actos del poder, que bien podrían ser utilizados con otros fines por parte de los gobiernos de turno.

³³ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 66. En esta sección de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano se establece el derecho de libertad de los ciudadanos, artículo que cuenta con 29 numerales específicos de todas y cada una de las libertades y donde sobre todo se define claramente la libertad de decidir sobre el desarrollo de la vida de cada persona.

³⁴Fabián Luis Riquert “El derecho a la intimidad y su relación con las nuevas tecnologías”, en, Víctor Bazán, coord, *Defensa de la Constitución Garantismo y controles* (Buenos Aires: Copyright by Editar Sociedad Anónima, 2003), 482.

Ante ello se encuentran diversas posiciones respecto a este fenómeno como lo es la nueva tecnología informática así se sostiene que:

Con acierto destaca Hassemer que el derecho de la protección de datos personales y la privacidad se levantan para proteger la dignidad humana y la libertad general de actuar. En un sentido tradicional es un derecho de defensa de los ciudadanos contra el Estado hambriento de información. Esta idea del derecho fundamental clásico dirigido contra el Estado amenazante, el Leviatán, en relación con las técnicas revolucionarias en el procesamiento de datos, como se vio, tiene hoy, una dimensión más extendida.³⁵

En efecto, acertadamente vemos como se señalaba anteriormente que la recopilación de información o datos personales, es cada vez más extensa por parte del Estado y de medios privados, así se puede verificar en cada una de las instituciones estatales, quienes cuentan con información inclusive genética de las personas y por otro lado de los entes privados, que como se detallaba más arriba está inclusive transmitiendo información sin siquiera saber la persona, que éstas masas de marketing mantiene la información de sus datos.

Pero se sabe, que no para todos, éste fenómeno de la tecnología es visto de manera negativa, es con el pasar del tiempo que esto ha cambiado, así tenemos quienes opinan señalando que:

Otro cambio que refleja el profesor alemán como punto de interés es que mientras que en los años sesenta y setenta, coincidiendo con aquella concepción original, se observaba a las tecnologías de la comunicación como una técnica amenazante, portadora de violencia, una suerte de policía en nivel informativo, la posición acerca de las tecnologías hoy día es muy diferente. Estas se presentan ahora como tentadoras y multicolores, ahorran tiempo, abren muchas nuevas posibilidades a la vida y se ven muy bien. Sin embargo, siguen siendo tecnologías de la información y de la comunicación, no son menos peligrosas para la privacidad de los seres humanos como las tecnologías amenazantes en manos de los departamentos de seguridad social, de la policía o de los departamentos de estadística.³⁶

El análisis anterior nos hace reflexionar en una cosa, esto es, que cuanto más pasa el tiempo y el avance de las tecnologías informáticas crecen, más aceptación

³⁵Fabián Luis Riquert, “Defensa de la Constitución Garantismo y controles”, 483.

³⁶Ibíd.

tenemos las personas por dejarnos convertir en datos informáticos automatizados, sin siquiera resistir en contra de ello sepultando de esta forma nuestro derecho fundamental a la intimidad.

Así a lo antes referido en este mismo contexto doctrinal, hay quien indica un pensamiento que deja mucho para la reflexión “Así, afirma Hassemer: El lema “cambio libertad por seguridad”, es hoy en día una muy precisa caracterización de la idea del ciudadano frente a los ataques informativos del Estado”³⁷, es sin duda significativo para el análisis el lema indicado por este autor, puesto que anteponiendo nuestro derecho de libertad, seríamos los ciudadanos quienes al final debemos decidir sobre estas dos situaciones jurídicas, y no dejar la intromisión deliberante de terceros que bien podrían ser los gobiernos de turno.

Del análisis pormenorizado, se refleja en efecto, que cuando nos referimos a la autodeterminación informática con sus nuevas tecnologías, se debe entender al instrumento que se encuentra definiendo con exactitud el comportamiento de un ciudadano, es decir, que al determinar a un ciudadano mediante el dato informático, se estaría limitando su propia autodefinición y su continua evolución dentro de la sociedad.

Desde este enfoque de ideas asimismo Oscar R Puccinelli refiere que:

El Estado de la sociedad postindustrial sumido en esta dialéctica de socialización de lo estatal y estatización de lo social, hace del derecho a la intimidad no sólo a una libertad negativa, sino también una libertad positiva; puesto que se trata no sólo de tutelar la subjetividad de la injerencia ajena (estatal o privada), sino de preservar la identidad libertad frente al intenso e invisible poder informático.³⁸

Siendo consecuencia inmediata del acontecimiento premeditado, la violación al derecho mismo de autodeterminación del ciudadano y por ende a su derecho de intimidad. Es decir, de disponer con la libertad necesaria de un derecho tan importante como el de la intimidad. Teniendo como fundamento la antes dicha autodeterminación informática, la decisión del sujeto de quien se requiera tal información, garantizando de esta forma su derecho.³⁹

³⁷Fabián Luis Riquert “Defensa de la Constitución Garantismo y controles”, 484.

³⁸ Oscar R Puccinelli, *Protección de datos de carácter personal*, 14.

³⁹ Antonio Enrique Pérez Luño, *Ensayos de Informática Jurídica* (México: Fontamara, 2009), 13-14.

1.1.5. Las huellas dactilares en el derecho

 **Huellas**

■ La calidad de la imagen escaneada es importante.

| | | | |
|--|--|---|--|
|  |  |  |  |
| <u>Marca de baja calidad para el AFIS</u> | <u>Muy oscura</u> | <u>Muy clara</u> | <u>Sin contraste suficiente</u> |

40

⁴⁰La presente imagen fue insertada de la base de datos de la empresa “Safran” de la capacitación recibida en la Policía Judicial, el agente de Policía Marco Miño, quien amablemente nos ha permitido acceder y poder proyectar en el presente trabajo.

El planteamiento de este apartado de estudio está direccionado al análisis específico de las huellas dactilares, su creación, el proceso de formación e introducción en la sociedad y como han adquirido importancia en el derecho, es decir, si están o no implementadas o asimiladas como tal, o por su parte, es o una obligación de los ciudadanos.

Para ello es propicio analizar primeramente que son las huellas dactilares, para luego determinar asimismo, como se deben asimilar en el Derecho, si forman parte de un Derecho o si se trata nada más de una herramienta de investigación de criminalística, o una obligatoria injerencia del Estado ante las personas o incluso una abusiva intromisión. Esto con el afán de ver como se encuentran influyendo en el ámbito jurídico estas determinadas prácticas de investigación.

Así, para iniciar vemos que se señala en una Enciclopedia denominada Escena de los Hechos Y Evidencias, que las mencionadas (huellas dactilares): “Son las marcas dejada por el criminal, en la escena de los hechos y constituyen uno de los indicios más importantes en toda investigación criminal. Porque relacionan a un sospechoso con los sucesos ocurridos”.⁴¹

Quizá esta enciclopedia se refiere a la persona a quien es el responsable de un delito, quien por ende estuvo en la escena de los hechos, sin embargo, se puede evidenciar en varios de estos hechos, que no solo el responsable pudo estar presente, siendo entonces varias las huellas dactilares que se recogen de una escena, por lo cual desde mi óptica estaría siendo demasiado apresurada y cerrada esta afirmación acerca de las huellas dactilares.

Por otro lado, según Manuel Ossorio, las huellas dactilares son: “las que dejan las yemas de los dedos, empleadas en la identificación (v.) Personal.”,⁴² la definición de “Ossorio”, señala que tales huellas son las que se desprenden de las yemas de los dedos, las cuales servirían para la identificación de las personas, por tanto una de las formas científicas de singularizar la identidad de cada uno de los ciudadanos, es el procedimiento de recolección por este y otros medios de identificación ya que se sabe que no solo existe uno, pero como vemos a diferencia de la primera concepción esta se avizora más general en su análisis ya que esta no indica que es o tiene un solo objetivo.

⁴¹ Enciclopedia CCI Tomo I Criminalística denominada, *Ciencia Criminalística, Escena de los Hechos Y Evidencias Físicas* (Sigma editores, 2010).

⁴²Ernesto Artigas Villarroel, *Criminalística General para Fiscales y Defensores* (Ecuador: Editorial la Palabra Ecuador, 2009)

Si bien este parecería ser un mero procedimiento, sin embargo, se puede evidenciar en la práctica que para la investigación penal por medio de este proceso, se encuentra implantando un nuevo sistema mismo que tendría tintes de ilegítimo y atentatorio al derecho de intimidad, así se verificará según el análisis posterior.

Una vez que tenemos entendido que es y para qué sirven las denominadas huellas dactilares, es deber de este estudio analizar cómo puede estar ligado al derecho esta particular situación, como se mencionaba al final del párrafo anterior, vemos que en este proceso se encuentran varias instancias de participación de la ciudadanía, una activa, una pasiva y una instancia Estatal, es allí donde diría que aparece el Derecho como ente regulador de estas instancias que he denominado.

De lo antes mencionado, es menester indicar que cuando hablamos de instancias de participación me refiero, que para el proceso de recopilación de datos de las personas por medio de huellas dactilares, las personas nos podemos ver en esas tres facetas, como sujeto activo, cuando nosotros somos quienes solicitamos la recopilación de nuestras huellas, la faceta pasiva, cuando sin permiso de la persona es una tercera persona quien se toma esa facultad y la tercera es cuando el Estado se toma la atribución anteponiendo otros intereses, como supuestamente sería el interés general.

Por ello hemos dicho que las huellas dactilares se encuentran relacionadas con el Derecho y no solo deben ser vistas como simple procedimiento de investigación perteneciente a la rama de la criminalística, pues ello dejaría a estas sin sustento constitucional.

En fin, pues creo que podemos entonces considerar, que las huellas dactilares deben ser creadas, primeramente observando el proceso u acción para su archivo en base de datos, momento que en la actualidad desde mi perspectiva cuestiono, en razón de sus aún potencial quebrantamiento del derecho, y no solo pasas por el proceso sino que se avizoraba una violación legal de aquel y por ende constitucional de estas acciones del Estado.

Por ello finalmente, creo que las huellas dactilares deben tener un específico estudio de su necesidad y el beneficio que pueden dar a la sociedad y sobre todo si en la actualidad siguen siendo una herramienta útil para la sociedad o por el contrario pueden ser verdaderas herramientas de control de los entes estatales con fines particulares.

1.1.6. Base legal para la creación de datos de las huellas dactilares

La implementación de las normas en la sociedad, no ha sido cuestión inmediata ni de un tiempo determinado, sino que con el pasar del tiempo, la sociedad ha visto necesaria la regulación del accionar de sus integrantes bajo sus leyes, es así, que el uso de las normas se ha visto una necesaria implementación para el desarrollo y desenvolvimiento de armónico de las personas, leyes estas, que son o pueden ser escritas o enunciadas verbalmente y cumplidas bajo la costumbre de los pueblos o bajo el manto de la justicia como se lo hacía en la antigüedad o bien, tipificadas como se lo hace en la actualidad.

Es así que como todo accionar de las personas naturales o jurídicas, de la misma forma los funcionarios de la Policía Judicial, deben contar con una norma que brinde legalidad a sus acciones que deseen emprender, y claro, esto al margen de lo que la Constitución permita, siempre en pro de los derechos del soberano.

Siendo así, en este particular enfoque he visto conveniente indagar por intermedio de la entrevista realizada al Agente de la Policía Judicial, a fin de que nos pueda dilucidar acerca de esta relación, del accionar de la Policía Judicial con la norma legal, y sobre todo cuál sería la base legal para la creación de la base de datos de huellas dactilares y dónde encontraríamos su procedimiento legítimo.

En efecto Marco Miño al respecto nos indicó:

La disposición viene de la Constitución que es la madre de las leyes, después bajamos al COIP y al Reglamento de la Policía Judicial, todo eso se ha resumido y esta detallada en el Registro Oficial Nro. 569, en donde nos da más detalladamente todo el procedimiento que se debe adoptar y la base legal para poder realizar estos procedimientos, los equipos que utilizamos son equipos forenses dotados por el Estado y todo equipo que sea dotado por el Estado para la Policía Nacional tiene que ser vigilados y supervisados y tiene que estar dentro de los Derechos Humanos y deben estar aprobados para utilizarlos.⁴³

⁴³Marco Miño, Agente de la Policía Judicial de Loja, experto en criminalística, entrevistado el día 5 de octubre de 2015.

Y precisamente, es conocido que el Fiscal General del Estado, de acuerdo con el Registro Oficial Nro. 569 de fecha 20 de agosto de 2015, dispone implementar el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos,⁴⁴ constante de 9 artículos, mismos en los cuales no se determina con claridad los principios constitucionales básicos que sustentan su creación, dejando en la oscuridad normativa o sustento constitucional y que deja en la incertidumbre, de hasta qué punto el funcionario público puede o no obligar al ciudadano al registro de sus datos y sobre todo la obtención de su huella dactilar.⁴⁵

En este proceso supuestamente legal, como lo mencionaba el Agente de Policía encontramos tres formas en las cuales se registra datos de huellas dactilares y datos personales; estos se los podría determinar de la siguiente forma;

Primero cuando el sujeto pasivo se encontró en un lugar donde se cometió un delito, donde claramente se verifica que no conscientes de que nuestros datos están siendo registrados en un sistema informático, el Estado por intermedio de estos entes se introduce en la información corporal de un ciudadano, quizá sí como se lo mencionaba antes con fines investigativos, sin embargo, esta información nunca es eliminada por la institución y funcionario que recopiló estos datos, en este panorama vemos que la legislación no ha incorporado una norma que determine procedimiento alguno de eliminación de estos datos en aquellos sistemas informáticos, más bien vemos que se los recopila sin autorización alguna del ciudadano.

La segunda forma de recopilación de huellas dactilares y datos personales es la que obtiene cuando el sujeto es detenido por determinada infracción, en esta forma de recopilación se incorpora más información aún, como ya antes se lo mencionaba, así como en la primera forma de recopilación de información, nunca se encuentra garantizado el derecho del ciudadano a la libertad de disposición de sus datos más íntimos, e igualmente, menos aún encontramos la norma que permita la depuración en el sistema, aquí se podría reflejar claramente la injerencia estatal violatoria del derecho fundamental a la intimidad, puesto que este proceso se establece como anteriormente

⁴⁴El Reglamento en mención, fue elaborado tiempo después de que mi proyecto de investigación fue debidamente aprobado por la Universidad Andina, es decir posterior al mes de junio de 2015, más, como se podrá verificar tal reglamento es oficializado y puesto en vigencia en agosto de 2015, es decir dos meses después.

⁴⁵Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015.

decíamos, aun cuando la persona detenida sea inocente de cualquier infracción cometida.

La tercera forma de recopilación de información la podemos encontrar cuando es el sujeto o ciudadano quien por su posición frente a una situación como solicitante, se obliga o tiene que admitir y facultar la recopilación y almacenamiento de dicha información de huellas dactilares, ya sea para determinado empleo o para adquirir alguna certificación del ente encargado del sistema informático, como vemos, más que un derecho, este proceso se convierte en una obligación del sujeto para poder acceder a su propósito y en particular cuando desea portar armas de fuego.

Del análisis dispuesto, y de la forma como lo ha señalado Marco Miño en su entrevista brindada,⁴⁶ se podría establecer la existencia de la potencial violación latente a nuestro Derecho a la intimidad, si bien se ha establecido una norma que permite tal intromisión, esta no tiene armonía con la Constitución, ni sus enunciados normativos legitiman el proceder del sistema y de la Policía Judicial, es decir, que las facetas antes descritas serían inconstitucionales tanto por la forma de su recolección, como por la inconstitucionalidad de la norma que las ampara, esto a la luz del Art. 11 Num 4 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que estas acciones evidentemente restringen el derecho a la intimidad de los ciudadanos.

Además como ya se ha dicho en el antes señalado Reglamento, estas tres formas que se pueden analizar, no se encontraría presente y garantizado eficazmente nuestro

⁴⁶En la entrevista realizada con fecha 05 de octubre de 2015 y que consta en los respectivos anexos, el Agente de Policía Marco Miño indica: en el sistema AFIS podemos ingresar dos tipos de huellas, las huellas de las personas capturando estas huellas en vivo y las huellas que localizamos en el lugar de los hechos, es decir esto en robos a domicilios, una vez que nosotros ingresamos las huellas capturadas en vivo a las personas, mandamos a comparar con las huellas encontradas en el lugar de los hechos, para así poder obtener un resultado positivo, entonces esto nos da como resultado, que ejemplo Juan Pérez fue registrado el día de hoy y resulta que el momento que mandamos hacer la comparación con la base de datos me da un resultado positivo con una huella encontrada hace una semana en un robo a domicilio, entonces allí estaríamos esclareciendo o relacionando y ayudando a la investigación y esclarecimiento de ese delito, que sería un robo a domicilio. Los tres sistemas en sí actúan, no solamente el sistema AFIS, sino los tres sistemas, se les da la emisión de un certificado indefinido humano, que es un requisito para las personas naturales o jurídicas que estén haciendo algún trámite de matricular un arma de fuego.

Derecho a la intimidad, tal y como lo dicta la Constitución, esto además en razón de su imprecisión en los considerandos que motivan el reglamento antes mencionado, mismo que resumidamente deja indicado:

Que, el artículo 194 de la Constitución de la República dispone que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso; Que, el artículo 195 de la norma Constitucional determina que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal;. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal; Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; Que, la Carta Magna, en el artículo 66 numeral 18 reconoce y garantiza el derecho al honor y al buen nombre. Igualmente protege la imagen y la voz de la persona; Que, el numeral 19 del artículo 66 de la norma superior reconoce y garantiza 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.⁴⁷

Del análisis de los considerandos indicados podemos dejar señalado:

En el primero considerando como vemos se hace alusión al Art. 194 de la Constitución, mismo que ha más que dar autonomía administrativa, económica y financiera, solamente indica que la Fiscalía será un órgano separado de la función Judicial, pues esta norma constitucional no le otorga la facultad a la Fiscalía y propiamente al Fiscal General, de minimizar los derechos de las personas, como se presume se estaría haciendo en el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos, de esta forma vemos que el indicado considerando no tiene fundamento para la intromisión al Derecho a la intimidad que la Fiscalía pretende en aras de su mencionado reglamento, pues más bien la norma constitucional al final indica claramente que su proceder debe estar ligado a los principios constitucionales.

⁴⁷ Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015, la referencia es tomada de los considerandos de del reglamento antes indicado, en donde se indican los considerandos en los que se hace alusión a las normas constitucionales en la que supuestamente se motiva dicha norma.

En el segundo considerando vemos que se hace alusión al Art. 195, mismo que en la misma línea de lo antes analizado, señala en su contenido que la Fiscalía es la institución encargada de la investigación penal, misma que dirigirá la acción pública, sin embargo vemos en tal normativa que señala que se atribuye a tal ente minimizar los derechos de los ciudadano, menos aún violar sus derechos.

Finalmente en el tercer considerando citado para la ejecución del reglamento en mención, se hace alusión de la misma forma a los numerales 18 y 19 del Art. 66 de la Constitución, así vemos que en el numeral 18 de la indicada norma, se propicia en su contenido el amparo del derecho al honor y buen nombre, siendo esta norma por sobre todo garantista de la inviolabilidad de estos derechos; y de forma similar el numeral 19 de la citada norma constitucional, en su contexto señala la protección, resguardo y amparo de los archivos y datos personales, finalizando determinadamente que para tal hecho se requerirá la autorización del ciudadano o de la ley para la recolección y archivo de sus datos.

Del presente análisis, se verifica además que el planteamiento de los dos últimos considerandos de la determinada norma constitucional, enuncian que la forma por la que se puede limitar el Derecho a la intimidad, es por intermedio de la ley, es decir, del designio del soberano por medio de sus representantes legislativos, más nada dice al respecto siquiera de que el juez pueda dar tal autorización, eso ateniéndose a la normativa constitucional, sin embargo, veamos a continuación como se han planteado los considerados referentes al Código Orgánico Integral Penal que es la ley atinente en este caso, así en los considerandos respectivos indican:

Que, el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 459 numeral 1 determina que para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad.⁴⁸

⁴⁸Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015, por su parte en esta sección se determina la motivación haciendo referencia al Código Orgánico Integral Penal.

Como se puede apreciar, el primer considerando establece con claridad que para la obtención de muestras corporales o exámenes médicos, se requerirá la autorización expresa de la persona, sin embargo, en la misma disposición se determina que también se podría obtener dicha información con el consentimiento del juzgador, dentro de esta normativa se evidencia que si bien se hace mención a “la autorización del juzgador”, pero en la misma disposición se determina claramente que de ninguna forma la persona puede ser constreñida físicamente para la consecución de tal fin, es decir, que ni la ley establece siquiera tal injerencia arbitraria al Derecho de intimidad en la normativa citada.

Que, los numerales 2, 4 y 12 del artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal, establecen a los y las fiscales la facultad de disponer al sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, la investigación y el peritaje integral sobre las huellas, señales y demás indicios encontrados en las escenas del delito, a fin de cumplir con lo establecido en los numerales 6, 9 y 11 del artículo 449 *Ibídem*, y garantizar el descubrimiento de la verdad en los procedimientos investigativos que se adelantan con apoyo de las plataformas tecnológicas criminalísticas.⁴⁹

Si bien en el segundo considerando se hace mención a determinada normativa que faculta la investigación penal y el uso de herramientas tecnológicas para el descubrimiento de los delitos, no se puede evidenciar armonía entre ello y el arbitrio de la autoridad para la consecución de las muestras, más bien en consecuencia lo que nos manda esta ley es seguir un procedimiento determinado, más no una facultad de la autoridad.

Que, el artículo 681 de la norma legal invocada dispone el registro obligatorio de las personas privadas de libertad;

Que, en concordancia con la norma legal invocada el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 282 numeral 7, igualmente faculta al Fiscal General expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial;⁵⁰

⁴⁹Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015, de igual forma en esta sección se precisa algunas cosas del Código Orgánico Integral Penal.

⁵⁰Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015

El tercer considerando referente al Art. 681 del COIP, de forma general determina la obligación del registro de las personas privadas de la libertad, como vemos esta normativa es quizá desde nuestra óptica la más inconcreta y por ende, misma que no guardaría armonía con ningún mandato constitucional, ni mucho menos con lo que respecta al resguardo del Derecho a la intimidad, pues siendo así, esta norma crea conflicto y es incongruente con sus propias disposiciones y por ende limitadora del derecho.

A partir de este considerando se puede apreciar disposiciones enunciadas que hasta al final de las mismas, no establecen una relación eficaz entre la facultad normativa y el reglamento, que determine puntualmente la limitación del Derecho a la intimidad o siquiera aun su proceso específico de injerencia con las condiciones del caso.

Siendo así hemos visto que los considerandos tanto constitucionales, como los atinentes a la norma penal no detallan con precisión una arbitrariedad de la autoridad ni siquiera judicial, que limite el Derecho a la intimidad, por otro lado precisa que de ninguna forma se constreñirá físicamente a la persona.

Ahora una vez analizado los considerandos referentes a la norma legal, es necesario verificar si el Reglamento determina con claridad cuál es el procedimiento para la creación de base de datos de huellas dactilares y su procedimiento, veremos entonces a continuación si además la referida normas atribuye el constreñimiento físico a la persona para este fin, así el Reglamento dispone:

Art. 1.- *Ámbito.*- El presente reglamento se aplicará para el proceso de obtención, registro, análisis y cotejamiento de muestras biométricas y datos, tales como: voz, imagen facial, huellas e impresiones papiloscópicas y otras que permitan descubrir la identidad de una persona procesada penalmente y privada de la libertad por delitos de acción pública determinados en el COIP.⁵¹

Como se demuestra del ámbito del presente reglamento, textualmente indica que esta normativa aplicará únicamente para el proceso investigativo de la persona procesada y privada de la libertad, más nada señala respecto de aquellas personas que solamente requieren con estos procesos alguna certificación, como es el caso de los

⁵¹Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Art. 1

ciudadanos que solicitan permiso de portar armas, ni de aquellos que son detenido con fines investigativos donde vemos claramente y como nos manifestaba anteriormente el Policía Judicial igual se registra mediante el sistema AFIS, toda aquella información del ciudadano inclusive sus huellas dactilares, como vemos esto no estaría legalmente reglado para proceder, mas solamente sería legalmente posible para las personas que están siendo procesadas.

Asimismo en una posterior disposición de la norma en análisis se indica:

Créase el Subsistema de obtención, registro, análisis y cotejamiento de muestras biométricas y datos como parte del Sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses, con sede en la capital de la República del Ecuador y con ámbito de ejecución a nivel nacional, sin perjuicio de que se pueda realizar la desconcentración previo el estudio técnico de la Dirección correspondiente de la Policía Nacional.⁵²

En la norma antes detallada ya se hace alusión a un subsistema de obtención, registro, análisis y cotejamiento de muestras biométricas y datos, es decir aquí se asigna el procedimiento para la creación del sistema de información, la regla para el manejo del conocido sistema AFIS, pero de la misma forma respecto de la información que reposará en el subsistema a continuación se ha detallado: “La obtención, registro, análisis y cotejamiento de muestras biométricas y datos, se realizarán de conformidad a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal y este reglamento”.⁵³

Según la norma atinente, respecto de la obtención se seguirá en armonía y como debe de ser, con lo manifestado por la Constitución y por el Código Orgánico Integral Penal, siendo así, que en ningún caso se atentara contra el Derecho a la intimidad y por ende con el constreñimiento físico de la persona.

Por otro lado en la misma norma en referencia se establece el procedimiento para la supuesta recopilación de información, la cual principalmente deja indicado que cuando se trate de datos levantados en el lugar de los hechos estos se entregaran en cadena de custodia al subsistema para el respectivo análisis y cotejamiento, que el

⁵²Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Art. 2.

⁵³Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Art. 3.

mismo procedimiento se realizará cuando dichos datos sean puesto en consideración por cualquier persona para la investigación correspondiente, asimismo que cuando el registro de datos sean extraídos de menores infractores el procedimiento será el contenido en el artículo 305-a numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, la norma atinente establece que para las personas privadas de libertad estas se sujetaran al Sistema Nacional de Rehabilitación Social, sin embargo al final de la norma pertinente se indica que las personas que son procesadas pero que no tengan privación de su libertad estas se podría registrar sus datos siempre que haya la autorización por escrito del sujeto procesado para luego si proceder al análisis ingreso y cotejamiento de sus datos. Dejando en evidencia que solo aquellas información que sea propicia para el análisis y cotejamiento serán ingresados al mencionado sistema.⁵⁴

Según el procedimiento determinado por el reglamento en mención, nos indica como ya se analizaba con anterioridad, tres formas de proceder que nos había mencionado el Agente de la Policía, es decir, la cual se procede cuando se da un hecho determinado y que por ende se ejecuta la recopilación de la información en el lugar de los hechos, la que es por intermedio de la supuesta voluntad de la persona de entregar dicha información y la que se obtiene obligatoriamente a las personas detenidas, a más de ello en la parte final del artículo en referencia se presume que únicamente aquellos datos o información biométrica que cumplan determinados requisitos serán registrados y almacenados para su cotejamiento.

A partir de ello y una vez recopilada la información antes dicha a través del Reglamento respectivo se indica que:

Los peritos especializados en el área técnico-científica, una vez realizado el respectivo análisis y obteniendo resultados positivos, harán conocer el análisis preliminar a la unidad correspondiente a través de las Fiscalías Provinciales, para que se realice la acumulación de los informes al expediente o proceso investigativo, para que las y los fiscales de conocimiento soliciten la realización de las pericias correspondientes. Los indicios que no arrojen resultados positivos, se almacenarán en las bases de datos del Subsistema que corresponda

⁵⁴Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Art. 7.

para futuros análisis. Los indicios luego de ser analizados serán remitidos a los centros de acopio del Sistema, observando cadena de custodia.⁵⁵

Como vemos la norma referida, determina los resultados de la recopilación de la información, y en efecto, se indica que dichos resultados serán puestos a disposición, del Subsistema de información, como de la Fiscalía, en tanto que en el inciso antepenúltimo de dicha disposición se refleja una evidente incoherencia, tanto con la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal y su propio Reglamento, al señalar que aquellos indicios que no arrojen resultados positivos, es decir, aquellos que no tengan relación con los hechos igual se los almacenará y recopilará, pues siendo así vemos claramente una intromisión manifiesta al Derecho a la intimidad, pues la consideración en honor al antes mencionado Derecho sería que mencionados datos sean depurados con el fin de resguardar y garantizar una posible violación y aún más tratar de recopilar información sin la autorización de la persona.

Así como se puede analizar la base legal para la creación de base de datos de huellas dactilares, en su marco legal deja desde nuestra perspectiva varias observaciones y vacíos que aun el legislador no ha dado solución y que pueden ser objeto de una o varias demandas de la ciudadanía.

⁵⁵Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Art. 8.

1.1.7. Riesgos de afectación de los derechos de intimidad personal por la creación de datos de huellas dactilares.

Los riesgos de afectación a la intimidad por la creación de huellas dactilares, se radicaría, tanto en el proceso de recopilación, como en la normativa que sustenta dicha recolección de datos genéticos y de huellas dactilares, esto por medio del sistema conocido bajo las siglas AFIS.

¿Por qué decimos que es posible la existencia de una vulneración del Derecho de intimidad personal, al crear una base de datos de huellas dactilares? Se conoce que si bien no solo la Policía Judicial es recolector de huellas dactilares, existen varias empresas que quizá con otros fines realizan esta labor, como las instituciones financieras por ejemplo, pues no solo vamos al hecho de que se lo realizase, sino que es deber y necesidad de este trabajo haber verificado ¿Por qué?, ¿para qué? y ¿cómo se obtiene estos datos de las personas?, asimismo era determinante verificar sobre su proceso de recolección y su base jurídica.

Y en efecto, una vez realizada la labor antes dicha analizamos primero que su recolección sigue un proceso que tiene tres facetas o formas de realizarlo, como bien nos señalaba Marco Miño, proceso en donde verificamos una grave anomalía en aquellas facetas de recolección, siendo la única legitimada en la normativa penal, la existente en el Art. 681 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, que en materia penal, solo se guardará un registro de datos u obtención de información personal únicamente de las personas privadas de la libertad y de forma obligatoria, al respecto sabemos que únicamente se encuentran privadas de la libertad, aquellas personas a quienes por alguna infracción penal debidamente comprobada se ha seguido juicio penal y por ello hayan recibido sentencia condenatoria.

Como vemos nada se dice de aquellos ciudadanos a quienes ni siquiera se les ha iniciado juicio en su contra, pero que sin embargo, se les detiene con fines investigativos y aun así se les registra sus datos, este sería un ejemplo de la potencial violación de la que se ha hablado en la investigación y del por qué decimos que la creación de esta base de datos afectaría el derecho de intimidad que constitucionalmente está garantizado a cada persona. Entonces con ello se diría que el registrar o recopilar datos para almacenarlos como se lo haría según lo indagado, esto es con las personas detenidas y las personas que obligatoriamente lo hacen para sacar una determinada certificación, estaría en contra de lo estipulado en la norma penal y en la Constitución.

Por otro lado, es conocido que incluso el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos, entra en vigencia con fecha agosto de 2015, es decir que aquellos acontecimientos abusivos que se daban en el pasado con objeto de la investigación penal, no estaba debidamente normado su proceso, ni la autorización expresa para que la Policía Judicial actúe, es decir estaba viciado de legalidad. Siendo entonces este particular otra anomalía que se encontró en el inicio mismo de la investigación es decir en el análisis del proyecto de investigación, pero que a posterior se observa un Reglamento en supuesta armonía con la Constitución y la Ley.

Como vemos, cada día el Derecho a la intimidad, está siendo situado como uno de los cuales no tiene el carácter de fundamental, es decir, que su importancia en la vida jurídica es efímero, más aún cuando la tecnología asecha al hombre dando paso firme hasta su debacle.

Siendo de esta forma la potencial violación entonces no solo sería a nuestras Leyes locales, sino que además se estaría vulnerando también el Derecho internacional, es decir, nuestros acuerdos ratificados como es el caso de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que en lo referente señalan:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. 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 por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.⁵⁶

Es decir, que siendo nuestro Estado ratificador de esta Convención, tiene el deber jurídico internacional de garantizar por intermedio de sus leyes todos nuestros derechos y libertades, como es el caso de la intimidad personal, que incluso el mencionado convenio expresa algunas otras facetas de esta privacidad de las personas aparte de la que hemos mencionado ya durante la etapa investigativa:

⁵⁶Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (b-32) san José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Art. 1.1.

Así a este respecto el Art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
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.⁵⁷

Como se mencionaba estas facetas de la privacidad como lo son la honra y la dignidad deberían encontrarse en armonía y concordancia con la intimidad, ya que serían precisamente elementos que protegen el lado inquebrantable de la persona y el respeto de su categoría de ser humano.

Además es primordial acotar lo determinado en el numeral 2 de la ates norma citada, ya que la arbitrariedad de los Estados, sería entonces, juzgada por las Cortes Internacionales, que sería en este caso la atinente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto se aplicaría por las responsabilidades de las violaciones de los Derechos humanos, que como analizábamos bajo esta investigación, la intimidad podría ser uno de aquellos Derechos que se encuentra en constante peligro de violación por los países del mundo, y esto puede ser por medio de sus funcionarios públicos como es el caso de esta posible injerencia atentatoria al Derecho de Intimidad por parte de la Policía Judicial del Ecuador, al crear base de datos de huellas dactilares con procesos de obtención y recopilación arbitrarios y por ende inconstitucionales e inclusive ilegítimo hasta agosto de 2015 cuando se crea el respetivo reglamento de procedimiento.

⁵⁷Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 11

Capítulo segundo

Los datos públicos en la policía judicial y la validez constitucional de las huellas dactilares.

Cuando hemos señalado a los datos públicos manejados por la Policía Judicial, esencialmente nos estamos refiriendo a aquellos datos que son incorporados, recopilados o archivados por la Policía Judicial, por sus sistemas tecnológicos a base de diversos procedimientos, de la forma como se lo analizaba en el capítulo anterior.

Es conocido que la Policía Judicial, es un ente estatal encargado de la investigación penal, esto de acuerdo con el art 495 del “Código Orgánico Integral Penal”, además es de conocimiento general que para tal investigación ésta institución perteneciente a la Policía Nacional cuenta con una variedad de herramientas tecnológicas, mismas que son utilizadas para tal investigación.

En el proceso penal de investigación, se conoce también que los Agentes de la Policía Judicial como medio de investigación se ayudan de las bases de datos registrados en las herramientas tecnológicas, siendo una de estas herramientas en las que se almacena datos, el sistema automatizado denominado con el nombre (Sistema Automatizado de Identificación de Huellas Dactilares), mismo que guarda relación con las siglas “AFIS”, identificado como una de las herramientas, donde se presume que la Policía guarda miles de datos de las personas.

En razón del análisis del capítulo anterior se ha observado varias cuestiones, la primera es que de acuerdo a la narración del agente de policía se mantiene tres formas de recopilación de información de los ciudadanos, así como la existencia de tres herramientas tecnológicas que recopilan tal información, asimismo, se ha verificado la existencia del sistema AFIS, el cual se encarga de la recopilación de las huellas y el almacenamiento de la información de los ciudadanos a los que pertenecen las mencionadas huellas.

Por otro lado en el Reglamento respectivo que da supuesta legalidad al proceso de recopilación de datos, no siquiera hace mención a determinado sistema AFIS, menos aún determina la forma que se ha de aplicar para el proceso de recopilación de información que el agente de Policía mencionaba, por su lado, en ninguna parte del

Código Orgánico Integral Penal permite el constreñimiento físico de la persona para tal recopilación de huellas y de información, más la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 Num. 4 prohíbe la restricción de derechos por medio de normas jurídicas, es decir, que mediante ley sería imposible restringir los derechos.

Motivos estos que más que certezas de esta aplicación del derecho y de su legitimación, generan incertidumbre y obscuridad al momento de su aplicación en los hechos, como vemos, es discutible la validez constitucional tanto del proceso de recopilación de huellas dactilares, como de su ejecución.

Como veíamos en primer momento la intimidad es un derecho constitucional que si bien se analizaba puede ser limitado siempre que sea debidamente justificable dicha limitación y que su proceso sea legítimo a la luz primero de la constitucional y de las normas internas, es decir, que para que se pueda proceder a la limitación de un derecho constitucional el proceso debe iniciar precisamente de la Constitución, es por ello que la formación de huellas dactilares traería consigo una potencial limitación y por ende violación al derecho a la intimidad.

Pero la pregunta entonces sería una vez analizado lo anterior ¿tienen los procesos de recopilación de datos y específicamente el Sistema Automatizado de Identificación de Huellas Dactilares “AFIS” validez constitucional?, quizá esto tenga su respuesta con el análisis anterior, pero si debemos ya mencionar que todo proceso que atente a los derechos determinados en la norma suprema, deberían ser discutidos a la luz de la Constitución como norma que garantiza los Derechos de los ciudadanos, puesto que todo acto del poder público debe estar previamente sustentado en nuestra norma de mayor jerarquía como lo es la Constitución.

2.1.Datos personales manejados por la Policía judicial.

Antes de entrar en materia, es necesario asimilar que son los datos personales, y a este respecto, debo señalar que se puede asumir que los datos personales son todas aquellas referencias que configuran la naturaleza de una determinada persona, es así que de similar forma se ha dicho que; “Un banco de datos es, entonces, un archivo de datos, almacenados en el caso que nos ocupa, en una computadora”,⁵⁸ esto hablando en términos informáticos.

Una vez comprendido el particular y para lograr realizar un análisis profundo a este respecto, de igual forma, de manera desinteresada Marco Miño ha dado su versión, la que permitirá verificar específicamente y con conocimiento de causa, cuáles son los datos públicos que maneja la Policía Judicial, como ente encargado de almacenarlos, y cuáles son los sistemas informáticos que sirven para procesarlos.

Ante ello comedidamente el Agente de la Policía Judicial experto de Criminalística Marco Miño, gratamente accede y nos brinda la siguiente información al señalar:

Nos estamos refiriendo a los datos personales, estos datos son registrados en los sistemas de identificación que mantiene la Policía Judicial, estos sistemas son tres, el “Siipne”, (Sistema Informático Integral de la Policía Nacional), es uno de los primeros sistemas que obtuvo la Policía Nacional, también tenemos el sistema “AFIS”, que es un (Sistema de Identificación Automatizado de huellas) y el sistema AVIS más F, que es un (Sistema de Identificación de muestra de voz facial), esto con relación a la información, la información como le decía ingresamos datos personales, domicilios, teléfonos, características fisionómicas, fotografías de conjunto, de cuerpo entero, de perfil y características particulares como tatuajes y cicatrices, nombres, apellidos, huellas dactilares y fotografías, en el sistema Siipne este sistema es únicamente para guardar más datos por ejemplo, direcciones, viviendas, números de casa, correos, alias de personas, mientras que los otros sistemas como el AFIS más se dedica a los que es huellas de origen dactilar y huellas y huellas de las personas y el sistema AVIS es una toma de una muestra de voz.⁵⁹

De la versión del Agente de Policía, podemos darnos cuenta el avance inminente del Estado por saber cada día más acerca de las personas e introducirse en la vida íntima

⁵⁸ Rodolfo Daniel Uicich, *Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad*, 46.

⁵⁹Marco Miño, Agente de la Policía Judicial de Loja, experto en criminalística, entrevistado el día 5 de octubre de 2015.

de cada ciudadano, inclusive tomando datos genéticos que supuestamente no conducen a error, cuando se trataría de identificar a quien sea y en el lugar que sea.

Es por ello que surge la interrogante ¿es necesario mantener los datos que menciona el Agente de Policía?, presumo que no debería ser así, a sabiendas que estamos formando del hombre una fórmula de letras y sobre todo jugando con el derecho fundamental de intimidad, mismo que debe encontrarse ligado y en armonía a la libertad de las personas.

Conocido de las tres herramientas utilizadas y de los archivos guardados en ellos, entonces no sería tan ilustrado pensar que el Estado trabaja para salvaguardar nuestro derecho a la intimidad, sino que por el contrario estaría trasladando al derecho de la persona hacia sus potestades, que deducirían a nuestra nación como una de aquellas que con arbitrariedades y políticas antidemocráticas han hecho llamarse dictaduras, y se diría aquello en vista de que como se lo mencionaba la única forma de restringir un derecho de forma válida sería a través de un proceso de reforma constitucional.

De lo antes expuesto no estaríamos señalando que si bien nunca se debe limitar un derecho, el análisis al respecto ha hecho pensar que esto puede realizarse pero abogando al Derecho, más no al designio arbitrario como se supone esta determinada la recopilación de huellas dactilares y de un sistema tecnológico en el que su proceso seguiría siendo violatorio del derecho al no tener sustento y validez constitucional.

Por otro lado a este respecto Rodolfo Daniel Uicich, ha dicho; “El desarrollo tecnológico sumado a una conciencia autoritaria funciona como un coctel explosivo. Por ello deviene imprescindible evitar que se convierta al ser humano en un mero conjunto de datos.”⁶⁰

En conformidad con lo que ha mencionado el aludido autor, debemos recordar que en casi todas las normativas constitucionales del mundo incluido la nuestra, efectivamente se guarda respecto a la intimidad de las personas, puesto que se encuentra garantizado constitucionalmente su efectivo goce, y priorizar su garantía.

Por ello, y en este mismo contexto doctrinal Uicich concreta diciendo “El hombre reducido a un número es una situación aberrante. Recordemos que el dato es una referencia fija, pero la personalidad del hombre es cambiante.”⁶¹

Lo mencionado por el autor apunta a una realidad de la sociedad, en efecto, la personalidad de cada uno, tiende a cambiar a medida que la misma sociedad lo permite

⁶⁰ Rodolfo Daniel Uicich, *Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad*, 40.

⁶¹ Rodolfo, Daniel, Uicich, “*Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad*”, 40

y lo adecúa, el delincuente cambiaría si la sociedad que lo rodea lo hace cambiar, a ese cambio lo podríamos llamar evolucionar en un espacio determinado, es decir, que el ser humano siente y piensa, no se estanca ni es algo definitivo. Pues quizá son las cosas o materia inerte quienes no sufren tales cambios, no así el hombre que vive en constante transformación.

2.1.1. Función del sistema AFIS.



AFIS

¿POR QUÉ UN AFIS ?

El objetivo de un AFIS es apoyar al perito en su tarea de identificación de personas y de resolución de crímenes.



¿QUE ES UN AFIS ?

AFIS : Automated Fingerprint Identification System
Sistema de Identificación Automatizado de Huellas

AFIS Criminal : manejo de las fichas decadactilares y de las huellas latentes (huellas que provienen de escenas de crimen) través de un sistema informático

AFIS Civil : incluido en los sistemas de registro de población, emisión de credencial identidad, sistemas de seguro social...

Toda entidad que requiera una identificación segura para evitar los fraudes



LA MISMA
TECNOLOGÍA



⁶²La presente imagen fue insertada de la base de datos de la empresa “Safran” de la capacitación recibida en la Policía Judicial, el agente de Policía Marco Miño, quien amablemente nos ha permitido acceder y poder proyectar en el presente trabajo.

En razón de lo que se ha planteado acerca de los datos personales, es menester de esta investigación, asimismo, adentrarnos al estudio específico del sistema conocido bajo las siglas AFIS (Sistema de Identificación Automatizado de huellas), y conocer su función sistemática de almacenamiento de datos personales.

De la misma forma que en el parámetro anterior, he visto de buena manera realizar en la misma línea la entrevista al Agente de la Policía Judicial de Loja Sr. Marco Miño, quien al referirse a la función que tiene el sistema AFIS, en lo pertinente indicó, que al sistema AFIS, se lo adquirió en el 2013, mismo que está destinado a la recopilación de información de las huellas de las personas y su posterior cotejamiento con otras que el sistema guarda en escenas de los diversos delitos.⁶³

Como se analizaba y bien se ha precisado por el Agente de Policía, el sistema AFIS, es una herramienta informática adquirida con el propósito de recopilar y almacenar información específicamente de huellas dactilares, mismas que como se hace saber, se lo realiza de dos diversas formas, y por ende, de diferente manera de comportamiento del accionar, tanto de la autoridad que recopila aquellos datos, como del sujeto pasivo de quien se recepta la información. En este proceso del AFIS, se dice, tiene la función de comparar las huellas dactilares en esos dos momentos que se detallaban anteriormente, es decir, que en la escena de un determinado hecho delictuoso, se pueden recopilar huellas dactilares, mismas que serán entonces comparadas con las de cualquier persona detenida, esto con el supuesto fin de ayudar con la investigación penal.

Pues vemos como en el procedimiento antes indicado, se puede evidenciar en efecto, si bien una excepcional herramienta de ayuda que serviría a la justicia para la investigación penal, pero de la misma forma se evidencia que en aquel proceso de

⁶³ Narración de Marco Miño, Agente de la Policía Judicial de Loja, experto en criminalística, entrevistado el día 5 de octubre de 2015, quien además dijo; El sistema AFIS, como lo explicaba, es un Sistema de Identificación Automatizado de huellas, ¿Cómo funciona este sistema?, bueno, este sistema se lo adquirió en el 2013, y está actualmente con una base de datos desde el 2013 hasta la presente fecha de todas las personas que han sido detenidas, no de toda la población, es decir, que en el sistema AFIS podemos ingresar dos tipos de huellas, las huellas de las personas capturando estas huellas en vivo y las huellas que localizamos en el lugar de los hechos, es decir esto en robos a domicilios, una vez que nosotros ingresamos las huellas capturadas en vivo a las personas, mandamos a comparar con las huellas encontradas en el lugar de los hechos, para así poder obtener un resultado positivo, entonces esto nos da como resultado, que ejemplo Juan Pérez fue registrado el día de hoy y resulta que el momento que mandamos hacer la comparación con la base de datos me da un resultado positivo con una huella encontrada hace una semana en un robo a domicilio, entonces allí estaríamos esclareciendo o relacionando y ayudando a la investigación y esclarecimiento de ese delito, que sería un robo a domicilio

cotejamiento de huellas dactilares, sin duda, se encuentra vinculada nuestra intimidad, pues de las huellas dactilares recopiladas tanto en la escena de los hechos, como de las personas detenidas, aún no existe la certeza inminente que derive siquiera a la vinculación de la persona en los hechos, menos aún, la autoría de determinado hecho delictivo, sin embargo las huellas dactilares serían recopiladas en sus totalidad y sin la venia del ciudadano. Es ahí precisamente donde se encontraría presente una evidente potencial violación de nuestro Derecho a la intimidad, es decir, tal como se está deliberadamente procesando la información y como se presume aparentemente funcionaría el sistema AFIS.

Se puede apreciar también del presente análisis, que la información que existe en el sistema AFIS, no solo está a disposición del Agente de Policía, sino como mencionaba Marco Miño, existe un administrador central dependiente del Ejecutivo quien hace las veces de auditor y que bien podría acceder a la información contenida en dicho sistema, es decir, que nuestros gobernantes bien podrían hacer uso de dicha información, en el momento que así se lo dispongan, estando entonces al arbitrio de ellos.

Además y tal como lo ha comentado el Agente de Policía, se presume la existencia de problemas derivados de estas acciones, que quizá nunca deben haber tenido relevancia en la justicia ordinaria, y como siempre suele suceder en varios casos de delitos que van en contra de nuestros derechos a la intimidad, los Estados no han sido responsables de garantizar eficazmente tales derechos, sino que más bien para buscar justicia se ha tenido que recurrir a las Cortes Internacionales como en los casos X E Y VS Argentina o AtalaRiffo y niñas vs Chile, en los que se refleja que los Estados tratan de justificar un derecho violado y más no garantizar su protección, en los casos mencionados la CIDH, ha dejado entendido el alcance de la autonomía personal y del libre desarrollo de la personalidad y que recuerda a estos estados sobre su responsabilidad sobre estos derechos.⁶⁴

Del análisis que precede que deja sin duda varias reflexiones, se puede advertir las acciones que sin duda vinculan el derecho a la intimidad al implementarse formas

⁶⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso X E Y VS Argentina, caso 10.506 Argentina. rto. 15 de octubre de 199 y AtalaRiffo y niñas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

que atacan su contenido, es decir, la libertad de decidir sobre su recopilación ligado a su proceso de legitimación, y que claro se supone estarían justificadas por el interés general a la seguridad interna, pero realizando el conocido ejercicio de ponderación de la doctrina del profesor Manuel Atienza,⁶⁵ sería propicio dilucidar si en efecto se encuentra justificado el violar el derecho a la intimidad por el de la seguridad, es decir, de un principio directivo por uno regulativo⁶⁶, donde este último sería el de intimidad.

Así en el caso de auge mundial entre Apple vs FBI,⁶⁷ se evidencia el choque de los principios antes mencionados donde en el ejercicio ponderativo realizado por el Juez Estadounidense James Orenstein, tuvo que hacer retroceder en el caso concreto el principio de la seguridad y respetarse por su parte el de la privacidad de la persona.

Por lo tanto se verificaría entonces, que no siempre el derecho constitucional a la seguridad prevalecerá por sobre la intimidad, por el hecho de tratarse de dos principios constitucionales en juego tampoco se asume la inferioridad del uno ni del otro.⁶⁸

⁶⁵ Veas en, Manuel Atienza y Alí Lozada Prado, *Como Analizar una Argumentación Jurídica* (Alicante: Editora Cevallos, 2009), este particular libro nos presenta realizar un buen ejercicio de ponderación.

⁶⁶Giorgio Pino, “principios, ponderación, y la separación entre derechos y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en Luigi Ferrajoli y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 214.

⁶⁷Caso 1: 15-MC-01902-JO Documento 29 Archivado 02/29/16 Página 1 de 50 PageID #: 620, Véase en <https://epic.org/amicus/crypto/apple/Orenstein-Order-Apple-iPhone-02292016.pdf>, 13-05-2016, 14h45, el caso en referencia se trata de un Terrorista que asecha un atentado y en la escena de los hechos encuentran un teléfono marca Apple donde le FBI, pretende que los datos que se encuentran en el teléfono sean descubiertos y puestos a la luz, donde se palpa un interés general por la seguridad de los ciudadanos, mientras que la empresa Apple aboga a la privacidad de sus clientes y finalmente la justicia norteamericana desecha el pedido de la FBI de obligar a Apple de desbloquear el dispositivo telefónico.

⁶⁸ Claudia Alejandra Villaseñor Goyzueta, *Proporcionalidad y límites de los Derechos Fundamentales* (México: Editorial Porrúa, SA, 2011), 92.

2.1.2. Problemas y riesgos de las huellas dactilares para el derecho constitucional de la intimidad personal.

Uno de los problemas y riesgos del Derecho constitucional a la intimidad, debe ser su continuo desplome en las legislaciones del mundo, esto debido a las nuevas formas de ver al ser humano como una especie de materia u objeto, es decir, un ser determinado y fijo.

Ya en párrafos anteriores se constata la fulminante intromisión de la tecnología y de la informática en la vida del ser humano, que alentaría el incontrolable paso del dato, por los sentimientos humanos, la imperante forma de control del hombre por el hombre o quizá, el designio de la paz, por la violación de derechos personales, son contraposiciones de la sociedad que solo el Derecho y la justicia debe dar las respuestas adecuadas y sobre todo dar vista hacia el respeto de los derechos humanos.

Pero el ser humano ha ido aún más allá de la sola impregnación de datos personales externos, sino que además, las políticas y las nuevas normativas del mundo pretenderían incluso recopilar información del interior del ser humano, es decir, hacer uso de la información de la genética humana o quizá más allá, verificando lo que siente la persona, una intromisión dirigida a los sentimientos personales.

Es por ello que la presente investigación acentúa su interés por el estudio de la posible o potencial violación del Derecho a la intimidad, con la implementación de las nuevas tecnologías, justificando su desmedro por la supuesta investigación penal, cuestión que más bien pretende hacer del hombre una recopilación de datos.

Sin más, es propicio entonces para este análisis descifrar específicamente por qué las huellas dactilares son prácticas o procesos que toleran la potencial violación a la intimidad y el contenido esencial que se desprende de él que sería la libertad misma del hombre.

2.1.3. La protección de la intimidad personal en la Constitución y la reserva de ley.

Es eminente que en todo Estado constitucional, de derechos y justicia, la protección de sus enunciados sustanciales o derechos y libertades, se encuentren debidamente garantizados y protegidos de cualquier intromisión arbitraria e inconstitucional, es por ello que no de otro modo debe ser la importancia que debe darse al Derecho a la intimidad y que por ende el ordenamiento jurídico debe siempre estar acorde a nuestra norma Suprema.

Ya en ocasiones anteriores se decía que mientras menos se pueda entrometer en la vida privada del ciudadano, más protegido debe estar su Derecho a la intimidad. Así respecto a la protección constitucional de este Derecho Esther Bueno Gallardo ha indicado:

La afectación, empero del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido o, haciendo uso de la terminología que proponemos, del aspecto material del derecho, no comporta por sí sola la vulneración de la garantía constitucional que analizamos. Junto al aspecto material resulta necesario introducir un segundo aspecto, el aspecto jurídico, que consiste en el haz de facultades o poderes jurídicos que el derecho confiere a su titular.⁶⁹

Como bien se lo establece, existen dos aspectos que se estarían vulnerando cuando existe intromisión estatal en la intimidad, esto en referencia a lo que bien se ha señalado en la antes citada doctrina, estos serían la afectación al contenido sustancial como garantía que debe brindar el Estado y a su contenido u aspecto jurídico que resulta ser la libertad del ciudadano de decidir su vida privada, como ya antes se revisaba en el capítulo anterior en los procesos de recopilación u obtención de información existiría una probable violación por parte del Reglamento e incluso del proceder mismo de la Policía Judicial al Derecho que nos ocupa, más aun cuando la Constitución y la Ley Orgánica Penal, enfatizan que está prohibido para tal hecho, el constreñimiento físico de la persona por lo que necesariamente tendría que tener la autorización del titular del derecho.

⁶⁹Esther Bueno Gallardo, *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad* (Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 29.

En este sentido, podemos analizar que resulta similar a lo que nuestra norma suprema nos ordena en su texto, es decir lo siguiente:

Capítulo sexto; Derechos de Libertad

Art. 66. Se reconoce y garantiza a las personas.

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.⁷⁰

La importancia que el constituyente ha brindado al Derecho de intimidad esta predominantemente reflejado, en razón de que lo encontramos en uno de sus capítulos de la parte Dogmática y más aún cuando a aquel capítulo se lo ha titulado como Derechos de libertad, así, los componentes de ésta parte de la Constitución son esencia misma de la garantía de los derechos del hombre, para su desarrollo social y su libertad sin condiciones restrictivas ni arbitrarias. Y por ende como ya antes se indicaba y realizando un análisis sistemático de la constitución de ninguna forma por medio de una ley se podría restringir los derechos de las personas.

Como vemos, además no solo está protegida la persona individual como tal, sino que se encuentra garantizada la protección de la intimidad del núcleo familiar, como Derecho constitucional de libertad, es decir, bajo los presupuestos jurídicos constantes en la norma constitucional incoada, como bien se lo determina. Pues solo cuando exista el respeto de las normas constitucionales que más garanticen la libertad del ciudadano se podría hablar de armonía y justicia constitucional.

Y claro debemos recordar que la intimidad se encuentra conexas a otros derechos de la misma índole, es decir, de los que también protegen la vida íntima del hombre, como la privacidad y la dignidad que son parte de las libertades del hombre.

Desde esta perspectiva, asimismo, resultaría indispensable concretar el análisis en referencia haciendo alusión a uno de los principios que estructuran el marco jurídico de la norma suprema, por lo tanto, en el presente estudio se ha hecho indispensable referirnos a la reserva de ley en vista de la imperante y necesaria verificación de la

⁷⁰Constitución de la República del Ecuador [2008], Título II, Derechos, capítulo quinto, “derechos de libertad”, art. 66 Núm. 19,20 ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial Nro. 449)

restricción de un Derecho constitucional como el de la intimidad, toda vez que la figura antes referida provendría de un principio del Derecho constitucional tal como lo ha sostenido Ángel Latorre.⁷¹

Asimismo y con similar acepción, Carlos Felipe Aroca Lara, refiriéndose a la reserva de ley describe “las reservas de ley son mandatos constitucionales expresos, por medio de los cuales se establece que la regulación de cierto ámbito esencial de la vida en comunidad, o de la realidad social, está en cabeza exclusiva del órgano colegiado encargado de producir leyes”.⁷²

Sin embargo, de la misma forma y según el análisis de Sergio Endress al referirse a los orígenes de la concepción misma de reserva de ley enfatiza “Los autores señalan que el origen técnico de la construcción dogmática de la reserva de ley en la doctrina iuspublicista alemana en la Ley Fundamental de 1871”.⁷³

De las referencias doctrinarias se hace saber que la reserva de ley es una institución que se ha creado en el Derecho décadas atrás, y que tendría su fundamento jurídico en la norma constitucional como un mandato que la Constitución determina a un órgano específico, quien sería el encargado de crear las normas pertinentes. En el Estado ecuatoriano por ejemplo, esta facultad se la ha dado a la Asamblea Nacional y que la encontramos en el Art. 84 de la norma constitucional referida.⁷⁴

Una vez comprendido a que nos referimos cuando de reserva de ley se trate, sería importante descifrar si bajo este encargo o potestad constitucional, la asamblea nacional en este caso puede restringir derechos, pues ascendiendo referencia a la parte final del Art. 84 de la norma constitucional antes referida se diría que no se lo podría hacer.

Pues la reserva de ley otorgada a la función legislativa tendría que limitar su actuación a adecuar las leyes a la Constitución en razón de su jerarquía normativa, a este respecto Ángel Latorre precisa indicando “Efectivamente, nos encontramos ante un problema de creación de normas y de validez de la Constitución, puesto que la reserva de ley es una limitación competencial al órgano parlamentario”⁷⁵

⁷¹ Ángel Latorre, “Delimitación del marco conceptual para el estudio de la reserva de ley”, en Marat Paredes Montiel y Raúl Rodríguez Lobato, *El principio de reserva de ley en materia tributaria* (México: Editorial Porrúa, 2001), 5.

⁷² Carlos Felipe Aroca Lara, *Principio de reserva de ley en materia tributaria: análisis normativo y jurisprudencial* (Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2005), 16.

⁷³ Sergio Endress, “Legalidad, reserva de ley y normas internacionales de contabilidad: reflexiones sobre certeza y participación”, en Mauricio A. Plazas Vega coor, *Del Derecho a la hacienda pública al Derecho Tributario estudios en honor de Andrea Amatucci* (Bogotá: Editorial Temis S. A, 2011), 269.

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 84.

⁷⁵ Ángel Latorre, “Delimitación del marco conceptual para el estudio de la reserva de ley”, 5.

Entendido de esta forma sabemos entonces que si bien la reserva de ley entendido como un poder facultado al legislativo, este no podría extrapolar sus funciones por encima de la Constitución, siendo así cabe preguntarnos ¿se encuentra facultado entonces el poder legislativo para restringir un derecho haciendo alusión a la reserva de ley?, y más aún ¿un órgano diferente a este lo podría hacer?.

Dada la supremacía constitucional y los mandatos expresados en ella se podría en tela de duda la legalidad constitucional de restricciones de derechos por medio de disposiciones normativas inferiores a la Constitución.

En este contexto de ideas Augusto Durán Martínez en su análisis respecto a de si se podría limitar derechos por actos administrativos concluye enfatizando:

A la luz de lo expuesto puede decirse que por actos regla dictados por órganos reguladores se puede limitar derechos humanos si existe ley habilitante –o norma constitucional-, si se respetan los límites ya indicados y si ese órgano regulador es el poder Ejecutivo. Pero si como se entiende en general, esos órganos reguladores constituyen unidades especializadas distintas del Poder Ejecutivo, aunque puedan pertenecer a su sistema orgánico, la respuesta es la adelantada al comienzo de esta exposición: NO.⁷⁶

Con esta precisión ahonda más la duda de la validez jurídica de las restricciones de derechos por normas jurídicas, mucho más por órganos que no sean pertenecientes a la función legislativa, cuestión que se discrepa de lo citado por antes indicado autor.

⁷⁶ Augusto Durán Martínez, “Se puede limitar Derechos Humanos por actos Administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada” en, *Revista de Derechos de la Universidad Católica de Uruguay* (Montevideo: Amalio M Fernández, 2002), 192.

2.1.4. La garantía constitucional del Habeas Data

Como todo derecho tiene su garantía y su resguardo, de la misma forma debe suceder con el derecho a la intimidad, que si bien, en primer momento estaría debidamente protegido por la acción o garantía constitucional del Habeas Data, no se descartaría la posibilidad de ejecutar la acción de protección como mecanismo subsidiario de resguardo al derecho antes indicado.

Así, el análisis presente dejará en evidencia en primer lugar, cómo y por qué la acción constitucional del Habeas data, ha sido el procedimiento primordial para proteger la intimidad de los ciudadanos y en segunda instancia además, analizar la posibilidad de ejecutar la acción de protección como otro mecanismo de auxilio, cuando se encuentre en latente riesgo nuestra intimidad, es decir, antes de que se convierta en una dato u archivo puesto que para tal tendríamos establecida la primera acción enunciada, determinada en el Art. 92 de la Constitución 2008 en actual vigencia.⁷⁷

Como se ha conocido la garantía del Habeas Data, nace en el año de 1948 a través de la Organización de las Naciones Unidas, con el fin de precautelar los derechos humanos y por supuesto se diría que en este contexto está el de la intimidad, asimismo, en la legislación ecuatoriana es conocido que tiene su nacimiento en el año 1996, donde se haría referencia al derecho de los ciudadanos a acceder a los datos que consten en los archivos públicos, y ya en la constitución del 2008 se ha establecido de mejor manera esta acción, es decir, con una forma garantista más amplia que en la anterior.⁷⁸

⁷⁷Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 92.

⁷⁸Marco Antonio Morales Andrade, *Acción de Habeas Data* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2012), 169.

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

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

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

Como se percibe, la acción constitucional antes referida presupone el amparo del ciudadano de los datos u archivos inherentes a su personalidad, es decir, de la autodeterminación informativa.⁷⁹

Así el respecto de su ámbito de aplicación la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el Art. 50, se apreciaría que se accionara esta garantía cuando se prevea la afectación de la intimidad constante en información digitalizada o escrita, presuponiendo que solo entonces se podría ejecutar dicha acción.⁸⁰

Por su parte José García Falconi, refiriéndose a la naturaleza de la referida garantía constitucional señala:

El habeas Data en nuestra legislación, es derecho de tercera generación integrante de aquellos destinados a resguardar al ciudadano y a estos derechos de tercera generación lo llamamos NUEVOS DERDCHOS, que nos son otros que las últimas concepciones producto del constitucionalismo real.⁸¹

Sin embargo, vemos que la acción en referencia con respecto a la intimidad, estaría cubriendo solamente una parte de su particularidad, por lo tanto, solo estaría resguardando, los documentos ya registrados de determinada persona, es decir, que si bien, como ciudadanos se nos garantiza mediante ésta acción la privacidad de los documentos recopilados, anterior a este paso, no se estaría protegiendo debidamente la autodeterminación precisamente de tal recopilación, por lo que se supone una posible vulneración al derecho a la intimidad, que desde esta perspectiva, debe protegerse desde que se pueda reflejar un latente peligro, como lo puede ser, cuando se está recopilando información sin la autorización del ciudadano o más aun cuando en tal proceso ha existido constreñimiento físico y por lo tanto inconstitucionalidad.

Así por su parte Osvaldo Alfredo Gozaíni en su análisis con respecto a lo antes dicho manifiesta:

⁷⁹Marco Antonio Morales Andrade, *Acción de Habeas Data*, 186

⁸⁰ Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 50, segundo suplemento Registro Oficial Nro. 52, jueves 22 de octubre de 2009.

⁸¹ Dr. José C. García Falconi, *El juicio especial por la acción de Habeas Data; y, los derechos constitucionales a: la intimidad, privacidad, imagen, al honor, a la no discriminación, a la igualdad, al de petición, al de información, sus limitaciones y responsabilidades*(Quito: Rodin, 2000), 27.

En este sentido, el habeas data puede ser la garantía procesal adecuada para ciertos aspectos del derecho a la intimidad, pero el proceso es un remedio ex post facto que ofrece soluciones a situaciones ya padecidas; lo importante será actuar en la etapa previa, formando y concienciando para que los derechos se promuevan y ejecuten conforme sus premisas e ideales o contemplan.⁸²

De lo antes mencionado si bien el Habeas Data tiene su valor garantista que puede ser tanto de carácter informativo como exclutorio,⁸³ se debe propiciar también el análisis jurídico en el que efectivamente se ampare de otra forma de vulnerar el antes dicho derecho a la intimidad, es decir, de que nuestra intimidad sea transformada en datos u archivos.

Desde esta perspectiva asimismo Alicia Pierini, encuentra algunos objetivos que según su análisis trae consigo la garantía del Habeas Data, mismos que serían:

- a) Que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o un banco de datos;
- b) Que se actualicen los datos atrasados;
- c) Que se rectifiquen los inexactos;
- d) Que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y
- e) Supresión en los procesos de obtención de información del requisito de la llamada información sensible, entre la que cabe mencionar la vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales⁸⁴

Como se refleja hasta aquí se verifica que, en efecto el Habeas Data podría proliferarse aún más, pues desde esta perspectiva no solo debería estarse a que la mencionada garantía deba resguardada la intimidad de una persona cuando esta esté convertida en registro o información digital, uno de los objetivos que debería precisamente tener la garantía es la prevención de la violación a la intimidad desde su espectro real.

De esta forma pueda expandir su campo de acción, es decir, que el Habeas Data sea una garantía constitucional capaz de resguardar la intimidad, desde mucho antes que esta sea convertida en un archivo.

⁸² Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Habeas Data: protección de datos personales Doctrina y Jurisprudencia* (Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni, 2001),73.

⁸³Marco Antonio Morales Andrade, *Acción de Habeas Data*, 195-196

⁸⁴Alicia Pierini, *Hábeas data: derecho a la intimidad, derecho a informar, límites, censura, derecho a réplica, reserva de las fuentes real malicia, delitos de la prensa, derecho informático, banco de datos electrónicos, telemática, controles y responsabilidad, internet*, 16-17.

Por esta razón asimismo seguidamente se analizará si la Acción de Protección constitucional, sería o no la herramienta subsidiaria que pueda tener resultado positivo para el amparo efectivo del derecho en mención esto sin menoscabar ni desnaturalizar el objeto y el ámbito de acción del Habeas Data.

2.1.5. La Acción de Protección como garantía subsidiaria del derecho a la intimidad

De la misma forma que se ha establecido constitucionalmente el Habeas Data la Acción de Protección tiene asimismo su antecedente constitucional, la historia cuenta que sin embargo no fue conocida bajo la institución jurídica que hoy conocemos como acción de protección, sino que, fue denominada con el nombre de Amparo, esto en el año de 1967,⁸⁵ por su parte en la actualidad en la legislación ecuatoriana a la que supone cubre el vacío de la antigua acción de Amparo la encontramos determinada tanto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como en la Constitución,⁸⁶ pero de cierto modo con un cambio trascendental, ya que tendría más factores que garantizan el efectivo goce de los derechos, es decir, que en semejanza a la anterior estaría más “evolucionada y desarrollada”.⁸⁷

Se ha mencionado lo ante dicho, por la forma que esta acción presenta para la protección de un derecho constitucional, como garantía que no solo repara el derecho vulnerado, sino que puede evitar su violación con las medidas cautelares pertinentes, por ello me atrevería a verificar la presente garantía constitucional como instrumento subsidiario ideal, que en la actualidad podría funcionar al momento de garantizar nuestro derecho a la intimidad.⁸⁸

Es por ello que desde este enfoque no tan descabellado sería pensar en tener la oportunidad de proteger la intimidad de aquellas personas que se resisten frente a los ataques de la recopilación de información, que se perpetran a través de la Policía Judicial, cuando estos utilizan medios de fuerza, o actúan sin la autorización expresa del ciudadano, más aun, cuando la acción de protección también garantizaría el efectivo goce de un derecho constitucional.

⁸⁵Dr. Galo Blacio Aguirre, *La acción de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano* (Madrid: Editorial Universitas S.A, 2011), 43

⁸⁶En la Constitución de la República del Ecuador la encontramos en el Art. 88 que literalmente estipula “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”

⁸⁷Antonio José Pérez, “Acción de Protección” en, Julio Cesar Trujillo y otros, *Viabilidad de las garantías Jurisdiccionales* (Quito: Departamento Jurídico Editorial CEP, 2012), 62.

⁸⁸Dr. Galo Blacio Aguirre, *La acción de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*, 116-117

Ahora bien, en este contexto sabemos que por ende y en relación al objeto que persigue la acción atinente, es decir, el amparo directo y eficaz contra aquellos actos de autoridad pública no judicial,⁸⁹ evidentemente podría accionarse la acción de protección misma que sería dirigida precisamente contra el ataque a las arbitrariedades de los funcionarios públicos es decir los entes encargados de la Policía Judicial, como se dejaba dicho anteriormente bien sería posible proponer la acción de protección que proteja el derecho a la intimidad desde el inicio mismo de la recopilación de datos sean genéticos o no, pues sería ese el momento oportuno donde pueda ejecutarse la acción de protección en defensa de la intimidad, ya que cuando nuestra intimidad se encuentra en un dato u archivo es el Habeas Data la forma de protección constitucional adecuada.

Pues se consideraría que es bajo el derecho a la intimidad que precisamente se respeta la autodeterminación de la intimidad de los pueblos no indígenas no contactados, puesto que desde esta perspectiva estaríamos frente a uno de los que se denominan derechos humanos.

Finalmente del análisis expuesto y más aún cuando de la presente acción se ha dicho que “es de naturaleza tutelar, universal, informal, inmediata y directa, sumaria y preferente,”⁹⁰ sería la acción constitucional preferente a vistas de proteger un derecho tan importante con lo es la intimidad.

⁸⁹Antonio José Pérez, “Acción de Protección”, 57.

⁹⁰Dr. Galo Blacio Aguirre, “La acción de Protección”, 114.

2.1.6. La inconstitucionalidad por la forma y fondo del Reglamento para el AFIS

Una vez analizado tanto la potencial violación a la intimidad por el supuesto inconstitucional proceso de recopilación de base de datos de huellas dactilares, sería asimismo necesario verificar la validez constitucional, en tanto a la forma y fondo del Reglamento para el establecimiento del AFIS.

Como se analizaba en la parte pertinente del presente trabajo, se podría afirmar que por la reserva de ley, solo a través del poder legislativo se podría regular los derechos de los ciudadanos, por lo tanto hay que verificar porque nos atreveríamos a pensar que el Reglamento en moción, padecería una latente inconstitucionalidad tanto por la forma como por el fondo.

De forma que realizando un análisis respecto a la inconstitucionalidad se diría en palabras de Francisco Martínez Sánchez, que “La inconstitucionalidad es la contravención al texto constitucional”.⁹¹

Ante ello nos atreveremos a verificar el vicio de inconstitucionalidad por la forma del que hemos señalado, así en este contexto se debe entender, como tal, precisamente a la forma como se generó la determinada norma jurídica, es decir, si sus proceder se encuentra ligada a lo determinado en la norma constitucional.⁹² Desde esta perspectiva, cabe hacer referencia a lo dispuesto en el numeral 13 del Art. 147 de la Constitución del Ecuador 2008,⁹³ norma que hace reflexionar sobre las potestades reglamentarias, por lo que cabría preguntarse si ¿la Fiscalía General del Estado tendría o no tal facultad? Pues pese a la disposición transitoria octava del Código Orgánico Integral Penal, desde el punto de vista formal, inclusive aun tal Reglamento debió tener su validez dentro de los sesenta días determinados por tal disposición.⁹⁴

⁹¹Francisco Martínez Sánchez, *La jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes: Su aplicación Erga Omnes* (México: Editorial Porrúa S.A, 2002), 9.

⁹²Mario Cajas Sarria, “Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho Tomo VIII* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 130.

⁹³ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 147 numeral 13

⁹⁴ Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Nro. 180, lunes 10 de febrero de 2014

Es decir que el Reglamento en mención padecería de inconstitucionalidad por la forma, esto tanto por la dependencia jerárquica, como por la competencia reguladora para la ejecución de las leyes⁹⁵, como sería el caso del Código Orgánico Integral Penal.

Por lo tanto y finalmente en palabras de Manuel de Jesús Mejicano Jiménez se diría:

El motivo de inconstitucionalidad por vicio de forma, denominado también vicio formal o vicio en el proceso interna coporis, se suscita cuando, en la emisión de la norma impugnada, el órgano emisor de ésta inobservó (total o parcialmente) el procedimiento establecido en la Constitución Política de la República para la emisión, vicio que es aplicable tanto a leyes como a reglamentos.⁹⁶

De la misa forma sería prudente verificar el aspecto material o de fondo del por qué se presume la inconstitucionalidad del antes referido Reglamento, por lo que resultaría necesario enfocarnos al Reglamento en mención.

A este respecto es necesario contrastarlo antes referido, realizando un breve análisis del contenido que encaja el Reglamento en mención, es así, que desde nuestra óptica la norma jurídica antes indicada, si bien regla el proceder para la recopilación, obtención y cotejamiento de datos de huellas dactilares,⁹⁷ sin embargo, no mantendría sintonía con la materialidad constitucional.

Al respecto se ha mencionado que existiría vicio de inconstitucionalidad por el fondo o materia, cuando la ley o reglamento trae consigo una afectación sustancial que puede lesionar el contenido mismo de un derecho constitucional.⁹⁸

Como bien se analizaba anteriormente, ni la Ley penal pertinente, ni mucho menos el Reglamento pueden restringir derechos, por lo tanto se dejaría entrever su validez y por ende legalidad constitucional al no obedecer el mandato constitucional que terminantemente prescribe el ya antes referido numeral 4 del Art. 11 de la Carta Fundamental ecuatoriana.

⁹⁵ María Asunción García Martínez, *El control de constitucionalidad de las leyes: recurso y cuestión de inconstitucionalidad* (Lima: Jurista Editores, 2005), 156.

⁹⁶ Manuel de Jesús Mejicano Jiménez, “La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco” en Fundación Konrad Adenauer, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006), 527.

⁹⁷ Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015.

⁹⁸ Manuel de Jesús Mejicano Jiménez, “La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco”, 527.

3. Conclusiones.

Primera: el Derecho a la Intimidad, comprende la protección misma de toda injerencia a la vida privada del ser humano y a las posibles arbitrariedades de terceros, que bien podría devenir inclusive del Estado mismo.

Segunda: El interés general por la seguridad, respecto de la limitación del Derecho a la intimidad, no quiere decir que existan arbitrariedades al mencionado Derecho, sino, que su injerencia debe estar debidamente justificada constitucionalmente, es decir, que nunca se justificara procedimientos arbitrarios y atentatorios a la Intimidad personal.

Tercera: la injerencia permanente de la tecnología en el desarrollo de la humanidad hace pensar que en poco tiempo el hombre pasará de ser una persona capaz de desarrollar constantes cambios, a un sujeto estéril y determinado, es decir, pasaremos entonces de la era de los sentimientos personales por el de los archivos o datos humanos.

Cuarta: Las huellas dactilares en el Derecho, han sido introducidas como una herramienta de investigación criminal, sin embargo, por medio del tiempo se presenta como procesos arbitrarios que carecen de fundamento constitucional y de legitimidad, toda vez que en el proceso de su recopilación no cumplirían con la garantía del Derecho a la intimidad.

Quinta: Los datos Públicos que se mantienen en la Policía Judicial, son introducidos por medio de varias herramientas informáticas como el Siipne, (Sistema Informático Integral de la Policía Nacional), el sistema AFIS, que es un (Sistema de Identificación Automatizado de huellas) y el sistema AVIS más F, que es un (Sistema de Identificación de muestra de voz facial), siendo entonces que por medio de estas tres herramientas se procede a la recopilación de la información de las personas, sin embargo, es el AFIS la herramienta que ha destinado el tratamiento de huellas dactilares, misma que sirve para el cotejamiento de aquellas huellas dactilares que provendrían por intermedio de una posible violación a la intimidad personal.

Sexta: El Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos, propone una forma supuestamente legítima de proceder, para la recopilación y obtención de datos, empero, de los supuestos argumentos normativos para la creación tanto de la base de datos como para la obtención de muestras biométricas, con respecto a lo indicado en la Constitución y en

la ley, resulta disímil, en razón de que tanto ambas proclaman el no constreñimiento de la persona para dicho proceso, no así, más bien el reglamento señala claramente que el proceso en mención debe atenerse a los más estrictos designios de la Constitución y la ley, es decir, que llegada a esta conclusión, en ninguna parte existiría obligación del ciudadano de someterse a dicho registro, como vemos esa facultad es para los jueces, siempre que sea en un proceso o juicio determinado, más aun, nada se señala respecto del cotejamiento de la huella dactilar asimilando la responsabilidad de un delito, por lo que contrapone principios constitucionales como el de presunción de inocencia por ejemplo.

Séptima: Siendo el Derecho a la intimidad, uno de aquellos que se deben armonizar con el respeto mismo a la libertad del ser humano, es menester que su protección esté garantizada en la norma suprema de la nación, es así, como se lo ha detallado en la del Ecuador, sin embargo, se denota su flagelo en las normas inferiores como en este caso el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos.

Octava: al establecerse tres formas de recopilar huellas dactilares en el sistema AFIS y luego cotejarlas para investigaciones de carácter penal, sería falaz, decir que el derecho a la intimidad está debidamente protegido, cuando en la práctica y en sus normas no se garantiza tal situación.

Novena: Es conocido que hasta el 20 de agosto de 2015 no existía el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos, por lo que se denota una evidente violación del Derecho a la intimidad por parte de la Policía Judicial, es decir estos actos eran ilegítimos e inconstitucionales.

Décima: Debe ser preponderante por el auge del Derecho a la Intimidad, su amparo y garantía eficaz, donde el argumento no solo provenga del (Interés General), sino que su detrimento este cargado de motivos suficientes, es decir propiciar su desarrollo mas no su quebrantamiento.

Décima primera: El carácter fundamental de un Derecho humano, nos hace saber que su eliminación sería el fin mismo de la persona, quien sin el beneplácito de aquel es un ser sin vida, por ello la necesaria investigación de la potencial violación que se presenta bajo estas modalidades que la sociedad de hoy asecha y que el Derecho debe reflexionar.

Décima segunda: Según el principio constitucional de la reserva de ley, existe un órgano específico encargado de legislar y que por ende tendría el mandato constitucional de regular los derechos.

Décima tercera: La garantía constitucional del Habeas Data presentaría algunos problemas a la hora de precautelar el espectro total del derecho a la intimidad.

Décima cuarta: En la actualidad un mecanismo constitucional que puede servir de auxilio a la garantía del Habeas Data, sería la acción de Protección, misma en la que subsidiariamente se podría accionar medidas de protección.

Décima quinta: Que de acuerdo al análisis de la inconstitucionalidad por el fondo y la forma, el Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos, padecería tanto de validez como de legalidad constitucional.

Décima sexta: que en función del análisis del presente trabajo investigativo, existiría carencia de análisis constitucional, al momento de establecer restricciones a los derechos como sería el caso de la Intimidad.

4. Bibliografía.

PUBLICACIONES

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa S.A., 2ª. Ed., 1997. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., 2008.
- Artigas Villarroel, Ernesto. *Criminalística General para Fiscales y Defensores* Ecuador: Editorial la Palabra, 2009.
- Aroca Lara. Carlos Felipe *Principio de reserva de ley en materia tributaria: análisis normativo y jurisprudencial*. Bogotá: Universidad externado de Colombia. 2005.
- Atienza, Manuel y Alí Lozada Prado. *Como Analizar una Argumentación Jurídica*. Alicante: Editora Cevallos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, 6 de septiembre de 2012 < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3015/1/%C3%81vila%2c%20R-CON-008-Evoluci%C3%B3n.pdf> >. Consulta: 03 de febrero de 2016.
- Ayala Mora. Enrique. *Historia Constitucional*. Quito: Editora Nacional, 2014.
- Basterra, Marcela. “Derechos Humanos y Justicia Constitucional; Intimidad y Autonomía personal”, en German J Bidart Campos y Guido I Risso, *Los Derechos Humanos del siglo XXI La Revolución Inconclusa*. Buenos Aires: Copyright by Editar Sociedad Anónima, 2005.
- Benavides Ordoñez. Jorge y Escudero Soliz. Jhoel. *Manual de Justicia constitucional ecuatoriana*, Quito: CDEC, 2013.
- Blacio Aguirre, Galo. *La acción de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Madrid: Editorial Universitas S.A, 2011.
- Bueno Gallardo, Esther. *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Cajas Sarria. Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho Tomo VIII*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2008.

- Comisión Andina de Juristas. *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Lima: CAJ. 1999.
- Conde Ortiz, Concepción. “La protección de datos personales”. *Un Derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Madrid: Dykisonson S.L, 2005.
- Delpiazzo, Carlos E. “Protección de los datos personales en tiempos de internet”. *El nuevo rostro del derecho a la intimidad*. Montevideo: Amalio M Fernández, 2002.
- Durán Martínez. Augusto. Se puede limitar Derechos Humanos por actos Administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada. En, *Revista de Derechos de la Universidad Católica de Uruguay*. Montevideo: Amalio M Fernández. 2002.
- Endress Sergio. Legalidad, reserva de ley y normas internacionales de contabilidad: reflexiones sobre certeza y participación. En Mauricio A. Plazas Vega coor, *Del Derecho a la hacienda pública al Derecho Tributario estudios en honor de Andrea Amatucci*. Bogotá: Editorial Temis S. A. 2011.
- Enciclopedia CCI Tomo I Criminalística denominada, *Ciencia Criminalística, Escena de los Hechos Y Evidencias Físicas*. Sigma editores, 2010.
- Riquert, Fabián Luis. “El derecho a la intimidad y su relación con las nuevas tecnologías”, en coord, Víctor Bazán, *Defensa de la Constitución Garantismo y controles*,. Buenos Aires: Copyright by Editar Sociedad Anónima, 2003.
- García Falconi. José C. *El juicio especial por la acción de Habeas Data; y, los derechos constitucionales a: la intimidad, privacidad, imagen, al honor, a la no discriminación, a la igualdad, al de petición, al de información, sus limitaciones y responsabilidades*. Quito: Rodín. 2000.
- García Martínez. María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes: recurso y cuestión de inconstitucionalidad*. Lima: Jurista Editores. 2005.
- Gozañi. Osvaldo Alfredo. *Habeas Data: protección de datos personales Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni. 2001.
- Latorre Ángel. Delimitación del marco conceptual para el estudio de la reserva de ley. En Marat Paredes Montiel y Raúl Rodríguez Lobato, *El principio de reserva de ley en materia tributaria*. México: Editorial Porrúa. 2001.
- Martínez Sánchez. Francisco. *La jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes: Su aplicación Erga Omnes*. México: Editorial Porrúa S.A. 2002.

- Martínez Sospedra, Manuel. “Sobre la Intimidad”. En Antonio Vallés, Copeiro del Villar y Hugo Anzar Gómez coord. *Sobre la intimidad. Derecho a la intimidad vida privada y privacy. El art. 18.1 ce in principio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*,. Valencia: Artes Gráficas Soler, S.A, 1996.
- Mejicanos Jiménez.Manuel de Jesús. La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. En Fundación Konrad Adenauer, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer. 2006.
- Miño, Marco. Agente de la Policía Judicial de Loja, experto en criminalística, entrevistado: el día 5 de octubre de 2015. El funcionario de la Policía Judicial es experto en criminalística y se encuentra a cargo de los sistemas de recopilación de datos.
- Molina Quiroga, Eduardo, y otros. “Preservación del Derecho a la Intimidad”. En Celia Weingarten y Carlos A. Ghersi, direct. *Daños Globalización Estado-Economía*,. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- Morales Andrade, Marco Antonio. *Acción de Habeas Data*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2012.
- Ojeda Segovia. Lautaro *Seguridad ciudadana, Sociedad y Estado*. Ecuador: Corporación Metropolitana de Seguridad y Convivencia Ciudadana. 2005.
- Orlando, Parada Vaca. *Las libertades de expresión e información vs los Derechos al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen*. Santa Cruz de la Sierra: editorial el país, 2006.
- Pérez Luño. Antonio Enrique. *Ensayos de Informática Jurídica*. México: Fontamara. 2009.
- Pérez, Antonio José. “Acción de Protección” en Julio Cesar Trujillo y otros, *Viabilidad de las garantías Jurisdiccionales*. Quito: Departamento Jurídico Editorial CEP, 2012.
- Pino, Giorgio. “principios, ponderación, y la separación entre derechos y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en Luigi Ferrajoli y otros, *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons. 2012.
- Pierini Alicia. *Hábeas data: derecho a la intimidad, derecho a informar, límites, censura, derecho a réplica, reserva de las fuentes real malicia, delitos de la prensa, derecho informático, banco de datos electrónicos, telemática, controles y responsabilidad, internet*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1999.

Puccinelli Oscar R. *Protección de datos de carácter personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2004.

Rodolfo, Daniel, Uicich. *Los bancos de datos y el Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1999.

Storini. “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana de 2008”. En *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

NORMATIVA

Constitución de la República del Ecuador 2008, Quito: Asamblea Nacional, Registro Oficial Nro. 449.

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (b-32) san José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Asamblea Nacional del Ecuador Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nro. 180. lunes 10 de febrero de 2014.

Asambleas Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Nro. 52, jueves 22 de octubre de 2009.

Fiscalía General del Estado Ecuador, “Reglamento para el Procedimiento de Obtención, Registro, Análisis y Cotejamiento de Muestras Biométricas y Datos”, Registro Oficial Nro. 569, de 20 de agosto de 2015.

JURISPURDENCIA

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-640/10 Agosto 18, Bogotá DC.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso X E Y vs Argentina, caso 10.506 Argentina. rto. 15 de octubre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso AtalaRiffo y niñas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Claude Reyes y otros Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie No. 151.

Caso 1: 15-MC-01902-JO Documento 29 Archivado 02/29/16 Página 1 de 50 PageID #: 620, Véase en <https://epic.org/amicus/crypto/apple/Orenstein-Order-Apple-iPhone-02292016.pdf>.