

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DEL DERECHO A LA
PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES EN LAS TELEFÓNICAS**

Daniela Salazar Salazar

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Daniela Salazar Salazar

Código: 00131132

Cédula de identidad: 1725491169

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES EN LAS TELEFÓNICAS ¹

PROTECTION AND REPARATION OF THE RIGHT TO PRIVACY AND PERSONAL DATA IN TELEPHONE COMPANIES

Daniela Salazar Salazar ²
danysays@hotmail.com

RESUMEN

Desde el apareamiento del mundo de las telecomunicaciones, la humanidad y su vida privada se vieron comprometidas, ya sea su privacidad o la información que dentro de ella se generan. Ambos conceptos actualmente exigen un nivel de seguridad y responsabilidad enorme.

En el Derecho ecuatoriano estos temas han sido considerados por la normativa, contando con el Hábeas Data, la Ley Orgánica de Protección de datos, los cuales a pesar de ser medios eficientes no son suficientes. Por lo cual antes de hablar de la reparación de un daño a los datos personales o a la intimidad, debería hablarse de cómo prevenir el daño a ambos conceptos de vital importancia debido a que en base de ellos se desarrolla la conducta humana; lo cual se solucionará mediante reformas a la normativa y educación a los usuarios.

PALABRAS CLAVE

Telefónicas, Privacidad, Datos Personales, Vulnerabilidad, Reparación Integral.

ABSTRACT

Since the emergence of the world of telecommunications, mankind and its private life have been compromised, whether its privacy or the information generated within it. Both concepts currently require an enormous level of security and responsibility.

In Ecuadorian law these issues have been considered by the regulations, such as the Habeas Data and the Organic Law of Data Protection, which, despite being efficient means, are not nearly enough. Therefore, before talking about the reparation of damage to personal data or privacy, we should talk about how to prevent the damage to both concepts of vital importance, since human behavior is based on them; which will be fixed by reforms to the regulations and the users instruction.

KEY WORDS

Mobile operators, Privacy, Personal Data, Vulnerability, Integral Remediation.

Fecha de lectura: 19 de noviembre 2021

Fecha de Publicación: 19 de noviembre 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Carlos Mejía Mediavilla.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO:

1.-INTRODUCCIÓN. -2.-MARCO TEÓRICO. -2.1.- ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA PRIVACIDAD? -2.2.- ¿QUÉ ES LA AUTODETERMINACIÓN? -2.3.- ¿QUÉ SON LOS DATOS PERSONALES? -2.3.1.-BIEN CORPORAL, INMATERIAL, MUEBLE Y NO FUNGIBLE. -2.3.2.-DERECHO SOBRE LOS DATOS: REALES O PERSONALES. -2.3.3.-RAZÓN DE UN NEGOCIO JURÍDICO. -2.4.- ¿QUÉ ES UNA CENTRAL TELEFÓNICA? -2.4.1.- ¿QUÉ HACE UNA CENTRAL TELEFÓNICA? -2.4.2.- ¿QUIÉNES SON LOS USUARIOS DE LAS TELEFÓNICAS? -3.- ESTADO DEL ARTE. -4.-MARCO NORMATIVO. -5.- DESARROLLO. -6.-RECOMENDACIONES. -7.-CONCLUSIONES

1. Introducción:

“No tengo nada que ocultar, pero si tengo mucho que proteger”.

El Derecho a la Privacidad tiene un vínculo con la vida privada, la cual hace referencia a la esfera de retiro donde el sujeto en cuestión se encuentra en paz para actuar y desarrollar su identidad personal; su objetivo es proteger la autonomía individual, informática, sentimientos, costumbres, relaciones familiares, creencias, situación económica, étnica y social de la humanidad. Este derecho toma en cuenta la forma de vivir del ser humano ³.

Para Hernán Corral Talciani, este derecho tiene conexión estrecha con la vida familiar⁴, la cual representa varios comportamientos que identifican el perfil del ser humano, debido a que en este medio se desarrollan los gustos, carácter, preferencias que definen la identidad de un grupo⁵.

Sin embargo, ambas pueden ser invadidas sin saberlo. Los medios electrónicos que conviven con ellas pueden influir en su desempeño, por ejemplo: la televisión promueve usos y costumbres, internet obliga a las personas a dejar datos cuando se practican registros y el teléfono, el cual puede ser utilizado como medio indirecto de invasión a su intimidad.

Por otro lado, el Derecho a la Intimidad engloba lo que se considera como propio de la persona, y la información que se mantiene para uno mismo, este derecho responde a proteger espacios determinados del individuo como es el derecho a la soledad y a tener un área donde desenvolver su vida sin intervención de terceros ⁶.

³ Osvaldo, Gozaíni. *Hábeas Data, Protección de datos personales* (diciembre, 2015): 25-27.

⁴ Hernán, Corral Talciani, “Configuración Jurídica Del Derecho A La Privacidad I: Origen, Desarrollo Y Fundamentos.” *Revista Chilena de Derecho* 27, no. 1 (2000): 51–79. <http://www.jstor.org/stable/41613062>.

⁵ Emilio, Pfeffer. *Los Derechos a la Intimidad o Privacidad, A La Honra y a la Propia Imagen. Su Protección Frente A La Libertad De Opinión E Información Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1, (2000):465-474.

⁶ Hernán, Corral Talciani, “Vida Privada y Derecho a la Privacidad *Revista Chilena de Derecho* 26, no. 1 (1999): 63–86.

Ambos derechos están conectados al concepto de la *privacy*, la cual debido a su evolución se ha visto en la necesidad de ampliar su sentido de defensa a la vida privada pasando de un concepto estático e ineficiente a un término dinámico para así poder controlar la circulación de la información relevante producida por los seres humanos, y haciendo que estos tengan control sobre la información que generan ⁷.

Ambos derechos se vieron influenciados desde el desarrollo de tecnologías y el crecimiento de información personal, como la intromisión que se hacía a la misma. Por lo cual, resulta insuficiente considerar que el derecho a la intimidad es una garantía frente a la invasión indebida de la vida privada, si no que al mismo tiempo es un derecho de control sobre la información que afecta a las personas ⁸.

Actualmente, la influencia tecnológica ha generado repercusiones en varios ámbitos, uno de ellos es el ámbito de telefonías fijas y móviles⁹, debido a que la mayoría de los seres humanos, cuentan con un teléfono celular o fijo presente en sus vidas, por lo cual hay que tomar en cuenta los datos de tráfico de comunicación¹⁰, hacer un análisis de si existen mecanismos de protección para los conflictos que podrían enfrentar tanto los usuarios como las operadoras, y si la normativa en el país resultase adecuada para su protección.

Basándonos en lo antes mencionado, el presente trabajo analizará mediante el método deductivo (de lo más general a lo específico) y comparativo (mediante normativa nacional y extranjera), si el derecho a la privacidad (vida privada), manejo, protección de datos personales

⁷ Ibid.

⁸ Wilma Arellano; Ana Villicana. “Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información y en el entorno TIC”. Rev. IUS, Puebla, v. 7, n. 31, (2013), 183-20

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100010&lng=es&nrm=iso.

⁹ La telefonía fija hace referencia a los teléfonos que tenemos en nuestras casas o lugares de trabajo, los que funcionan conectados a la luz, que pueden ser inalámbricos o fijos, el primero transmite información a través de señales eléctricas; el segundo, se conecta a una base que se encuentra ligada a una red telefónica local, por medio de la cual este transmite la información. Eddy, Guaran. “Fundamentos para Transmitir datos a una red telefónica”. Guatemala, (2005), 9-15.

Por otro lado, la telefonía móvil, hace referencia a los celulares, dispositivos que acompañan día a día al ser humano recibiendo información por medio de señales inalámbricas.

Tanto la telefonía fija como la móvil, pueden llegar a ser víctimas de robo de información; sin embargo, debido a su uso la telefonía móvil es foco de un riesgo mayor debido a que está en contacto más frecuente con los usuarios, debido a que el celular los acompaña en todo momento.

¹⁰ Para Fernández “son los datos que rodean el mensaje que se transmite, pero que no forman parte de dicho mensaje”, de igual manera “son datos accesorios a la comunicación detallan quién, cuándo, dónde y con quién se produce esta sin entrar en su contenido”. José, Fernández. “Los Datos De Tráfico De Comunicaciones: En Búsqueda De Un Adecuado Régimen Jurídico Que Elimine El Riesgo De Control Permanente” Revista Española de Derecho Constitucional, no. 108 (2016): 93-122.”

gozan de mecanismos de protección y reparación brindados por el Estado, pese a las leyes ya existentes.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. ¿Qué es el Derecho a la Privacidad?

El derecho a la privacidad salió a la luz en 1890, a finales del siglo XIX¹¹. Siendo para varios escritores y juristas como Hernán Corral Talciani y María Nieves Saldaña un derecho fundamental en nuestras vidas. Como indica Corral Talciani, este derecho nace oficialmente cuando Samuel Warren y Louis Brandéis hacen un ensayo titulado “*The right of privacy*”, el que se basa en la protección de la esfera privada, entendiendo a la misma como el derecho a estar solo¹².

Corral Talciani indica que la propuesta de Warren y Brandéis consiste en separar este derecho de la propiedad y la libertad, generando uno nuevo que protegería a las personas de invasiones a su vida privada¹³. De igual manera como indica Paola Herrera, el concepto de vida privada que complementa a este derecho, ha ido cambiando al pasar de los años debido a varios factores, tanto sociales como culturales; pero no deja de lado que el ser humano siempre ha tenido la necesidad de guardar aspectos de su vida para sí mismo, sin tener que poner en conocimiento de terceros¹⁴.

2.2. ¿Qué es la Autodeterminación?

Este concepto se encuentra ligado tanto al derecho a la privacidad, como al de la protección de datos personales; como indica Osvaldo Gozaíni, éste responde a la libre disposición de los datos personales, por lo que dota al ser humano de libertad informática, lo que significa que puede tener control y poner límites al uso que se da de su información. Por lo cual, ambos deben ser respetados, debido a que, si no lo son, podrían causar un daño irreparable a la persona y a su información¹⁵.

¹¹ María, Saldaña. (2012). “The right to privacy: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”. *Revista De Derecho Político*, (85), 195–239. Extraído de: <https://doi.org/10.5944/rdp.85.2012.10723>

¹² Talciani, “Configuración jurídica del Derecho a la Privacidad I: Origen, Desarrollo y Fundamentos.” (2000): 51–79.

¹³ Ibid.

¹⁴ Paola, Herrera, “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* Vol. 5 No.1 (2016)

¹⁵ Osvaldo, Gozaíni. “Habeas Data, Protección de datos personales” (diciembre, 2015): 25-27.

2.3. ¿Qué son los Datos Personales?

Para el Consejo Europeo de Protección de Datos de la Unión Europea (CEDP), estos son todo tipo de información identificada o identificable relativa a una persona física y viva¹⁶. Ellos responden a la categoría de bienes jurídicos conteniendo varias características en el ámbito jurídico, por lo cual el análisis de su naturaleza es de vital relevancia.

En palabras de José Fernández y para varios autores, el tema de los datos de tráfico en las comunicaciones es importante en gran medida debido a la cantidad de información que ellos contienen; pues, tanto los datos siendo el mensaje, como los metadatos¹⁷, siendo la información que se desprende del mismo, son vulnerables frente a las telefonías y al mundo entero.

Para este autor en el mundo de las telefónicas se ven involucrados varios datos como son: a) la llamada, b) nombre de quien realizó la llamada, c) el momento en que esta llamada se realizó, d) número destinado, e) hora de comunicación, f) duración, g) identidad del teléfono destinatario emisor, h) tipo de emisora, i) servicio de pago, etc.¹⁸. Los cuales se encuentran almacenados en las bases de datos de las telefónicas.

Es importante hacer la separación entre tres ámbitos diferentes desde los cuales el dato puede ser analizado. Primero, se lo analizará como un bien; segundo, el derecho que recae sobre ellos; y, tercero se lo verá dentro de un negocio jurídico.

2.3.1. Bien Corporal, Inmaterial, Mueble y No fungible

La primera clasificación está contemplada por el Código Civil en el Libro II en el artículo 583, que distingue lo corporal y lo incorporeal. Para Luis Parraguez, corporal hace referencia a “[...] aquellas cosas que tienen una existencia real, física que pueden ser percibidas por los sentidos, mientras que¹⁹” las incorporales “[...] sólo pueden ser concebidas de manera intelectual, debido a que consisten en meros derechos [...]”²⁰.

¹⁶ Ver en: Consejo Europeo de Protección: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data.es>

¹⁷ José, Fernández. “Los Datos De Tráfico De Comunicaciones: En Búsqueda De Un Adecuado Régimen Jurídico Que Elimine El Riesgo De Control Permanente” *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 108 (2016): 93–122

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Luis, Parraguez. *El Régimen Jurídico de los Bienes*, Quito, Ediciones Iuris Dictio (2015): 55-100

²⁰ *Ibid.*

Sin embargo, como indica el autor, no resulta efectivo creer que toda cosa corporal debe ser perceptible por los sentidos, ya que solo por el simple hecho de no consistir en derechos, se deberían calificar bajo la corporalidad ²¹.

Respaldando lo antes mencionado, es necesario indicar que la corporalidad tiene un nexo con la materialidad, esta hace referencia a la idea de que las cosas están dotadas de materia y que pueden ser percibidas por los sentidos; pero hay que recalcar que cuando un bien no es percibido por los sentidos y no es un derecho, su naturaleza es inmaterial debido a que existe solo una percepción intelectual sobre el mismo ²².

A su vez, las cosas corporales en el artículo 584 del Código Civil se dividen en muebles e inmuebles, entendiéndose a los primeros como bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin que su sustancia sea afectada; y, a los siguientes como inmuebles siendo aquellos que no pueden moverse de un lugar a otro, encontrándose en un lugar específico y que si llegase a moverse su sustancia cambiaría ²³.

Finalmente, como muestra el artículo 593 del Código Civil, otra clasificación a la que los datos pueden aplicar es a ser fungibles o no fungibles, como indica Luis Parraguez, esta diferenciación se da a partir de su poder de sustitución, que no es lo mismo que el poder liberatorio. El primero hace referencia a que no pueden reemplazarse unas por otras del mismo género, sin sufrir alteraciones jurídicas; y el segundo, indica que en el caso de los datos personales no se puede extinguir la obligación con otros de la misma especie o valor, debido a que cada dato personal tiene conexión directa con el sujeto que los porta y los genera; sería ilógico pensar que, si roban la información o si la misma sufre daños, se podría compensar dándole otra de igual calidad y valor.

En virtud de lo antes explicado se puede mencionar que la *data* y la *metadata*²⁴ son bienes jurídicos que tienen a) corporalidad, ya que se encuentra en una base de datos en algún lugar del mundo que pueden llegar a ser percibidos como códigos una vez materializados, de igual manera gozan de b) inmaterialidad: ya que antes de ser materializados no pueden ser claramente percibidas por los sentidos, ambas no responden a una naturaleza de derechos reales o personales, son c) muebles, debido a que tienen portabilidad y pueden trasladarse de un lugar a otro, sin que su

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Como se explica en el capítulo 2 numeral 2.3 del presente documento, siento estos la información que se desprende del mensaje.

esencia se vea afectada y finalmente son d) no fungibles, ya que en base a lo antes mencionado no pueden ser reemplazadas por especies de la misma calidad o valor.

2.3.2. Derecho sobre los datos: Reales o Personales

Por otro lado, el artículo 595 del Código Civil Ecuatoriano indica que derecho real es aquel que las personas tenemos sobre una cosa. Como indica Luis Parraguez, esta potestad se ejecuta de forma directa e inmediata sobre la cosa, sin intermediación subjetiva alguna, y asume las potestades que tiene sobre la misma ²⁵.

Para la doctrina como indica Parraguez, a este derecho se le reconocen dos elementos: a) la persona titular y b) a la cosa sobre la que cae el derecho. ²⁶ En definitiva, se puede ver que el titular de los datos es el abonado, usuario o cliente; mientras que, los bienes sobre los que recae el derecho son la *data* y la *metadata*. Lo cual, entendiéndose en palabras simples es el derecho de dominio²⁷ que tiene cada persona sobre su información.

El derecho real es de carácter absoluto, y puede ser ejercido respecto a toda persona distinta del titular, siendo de carácter *erga omnes*, lo que hace que toda persona debe respetar el derecho del titular sobre su *data* y *metadata*.

2.3.3. Razón de un Negocio Jurídico

Desde otro punto de vista, los derechos personales se encuentran en el artículo 596 del Código Civil, el cual dice que estos solo pueden ser reclamados a ciertas personas con los cuales hayan contraído obligaciones correlativas ²⁸.

A este derecho se le reconocen tres elementos: a) Sujeto Activo (titular de derecho), b) Sujeto Pasivo, obligado o deudor y c) el elemento objetivo, que es la prestación de dar, hacer y no hacer algo. Por lo cual, se reduce a la persona o personas determinadas por asumir la obligación correlativa ²⁹.

En el caso de la *data*, y la privacidad, el sujeto activo es el titular de la información, sujeto pasivo la telefónica y el elemento objetivo es la prestación de brindar un servicio telefónico.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ El derecho de dominio tiene tres facultades: a) Uso o *ius utendi*, b) Goce o *ius fruendi* y c) Disposición o *Ius abutendi*, Luis, Parraguez *El Régimen Jurídico de los Bienes*, Quito, Ediciones Iuris Dictio (2015): 55-100, lo que significaría que el usuario puede usar, gozar y disponer de sus datos como a él le convenga.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

2.4. ¿Qué es una Central Telefónica?

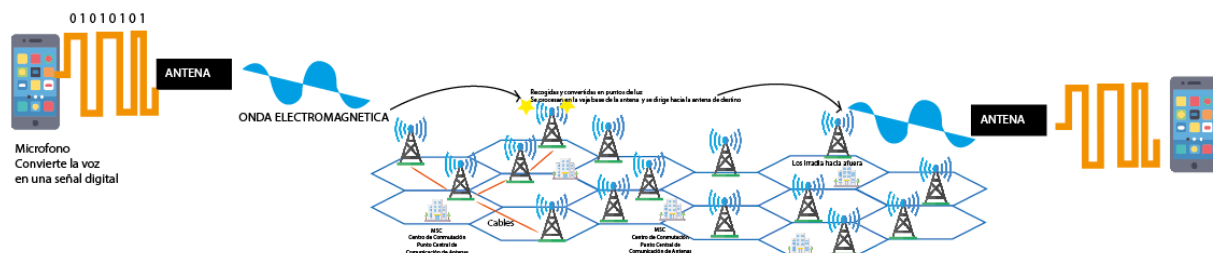
Las telefonías son el resultado de la comunicación humana. Los seres humanos se comunicaban a través de sonidos y señales, pero gracias al aumento poblacional estos medios resultaron ineficientes, generando la necesidad de crear nuevos medios que conectaran largas distancias.

Su evolución empezó cuando se descubrió que mediante la corriente eléctrica se podía transmitir mensajes, luego con el pasar del tiempo apareció por primera vez el telégrafo morse, un objeto que emitía impulsos eléctricos de diferentes tiempos de duración³⁰.

A partir de la idea de teléfono electromagnético de Graham Bell, se generó la comunicación masiva, pasando de una comunicación limitada a la idea de varias líneas para una comunicación simultánea entre diferentes personas. Así nace lo que actualmente se conoce como central telefónica, las cuales son edificaciones que albergan equipos que permiten la prestación de servicios de comunicación, que hoy por hoy son imprescindibles³¹.

2.4.1. ¿Qué hace una Central Telefónica?

Gráfico No 1. Procedimiento de la Central Telefónica



Fuente: Elaboración propia basada en la explicación a partir de Lesics Española³².

La central telefónica, utiliza a las redes de comunicaciones para que transmitan, emitan mensajes; y, recepen datos y metadatos a través de medios físicos o inalámbricos. Sin embargo, el proceso de envío de información en ellas de naturaleza es complejo, la forma en la que un teléfono celular o fijo hacen una llamada no nace de la simple lógica.

Este proceso empieza desde el momento que se realiza una llamada, ese instante la voz es captada por el micrófono del dispositivo, el cual la convierte en una señal digital codificada en

³⁰ Ana, Varon, y Edgar. Virgen. “Central Telefónica Didactia” (1988): 3-4

³¹ Ibid.

³² ¿Cómo funciona su teléfono móvil?, video de YouTube, 9:30, publicado por “Lesics Española”, 18 de febrero 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=h2oFquv96O8>

ceros y unos, la que es enviado a una antena dentro del mismo dispositivo que las transmite en forma de ondas magnéticas³³.

Las ondas magnéticas no pueden recorrer largas distancias por ello se generaron las antenas de telefonía celular que las receptan y ayudan a su difusión, para que este proceso funcione cada área del territorio se encuentra dividida en celdas hexagonales todas ellas contando con su propia antena telefónica que se conecta a través de cables con otras³⁴.

Las ondas producidas por el teléfono son recogidas por las antenas y convertidas en pulsos de luz de alta frecuencia, los cuales se llevan a la caja base de la antena para procesar la señal, cuando esto pasa, ella va a la antena de destino la cual los irradia como ondas.

El teléfono del receptor recibe la señal, la cual va desde la antena dentro del dispositivo para que la convierta en una señal digital que será transmitida como la voz del emisor de la llamada.

Sin embargo, un dato importante es ¿Cómo sabía la antena a donde debía mandar la llamada? Para que la antena pueda ejecutar tal proceso, requiere ayuda de los *MSC (Mobile Switching Center* o Centro de Conmutación de Teléfonos), por lo cual es necesario saber que la información desde que compramos la *SIM Card*³⁵ se encuentra almacenada en un *MSC* específico, el cual siempre sabe en qué área se encuentra el usuario³⁶.

2.4.2. ¿Quiénes son los usuarios de las telefónicas?

Los usuarios de los servicios telefónicos son la mayoría de seres humanos de distintas edades y géneros que tienen un contrato telefónico con una operadora. En base a normas generales, desde la perspectiva jurídica como indica el artículo 1461 del Código Civil, son usuarios las personas naturales que tengan capacidad, consentimiento en el acto o declaración, que su conducta no adolezca de vicio, y que el objeto de la prestación recaiga sobre un acto lícito, con causa lícita.³⁷

En el caso de personas jurídicas y menores o incapaces, se debe contar con un representante legal para contratar un servicio telefónico. Pero, para el presente trabajo se analizará si basta la existencia de un representante legal o si los usuarios deben tener un nivel de protección diferente

³³ “¿Cómo funciona su teléfono móvil?”, video de YouTube, 9:30, publicado por “Lesics Española”, 18 de febrero 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=h2oFquv96O8>

³⁴ Ibid.

³⁵ Es un módulo de identificación del usuario, su nombre es *Subscriber Identity Module*, esta tarjeta de plástico guarda la clave del usuario y es un medio de identificación, debido a que gracias a ella se puede acceder al número de teléfono y a los servicios que brinda la operadora. Manu, Iglesias. “Telefonía SIM: así funciona la tarjeta que «vive» dentro de tu móvil” (2021). <https://www.adslzone.net/reportajes/telefonía/que-es-tarjeta-sim/>

³⁶ Ibid.

³⁷ Artículo 1461, Código Civil, R.O. 24 jun de 2005. R.O. Última reforma 14 de mayo de 2021.

sobre su información y vida privada, de igual manera se analizará si el estándar del tercero razonable es suficiente.

3. Estado del Arte:

Actualmente, el derecho a la privacidad y a la intimidad para varios autores ha venido siendo tema de debate, algunos autores consideran que ambos conceptos abarcan lo mismo por lo cual en varias obras se hace referencia a la privacidad o intimidad; sin embargo, para otros son esferas completamente diferentes, que tienen un vínculo muy estrecho.

Para el diccionario de la Real Academia Española “intimidad, es la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Por otro lado, la privacidad es “conocida como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”³⁸.

Para José Megías la intimidad es una cualidad del ser humano, que les permite ser quienes son de manera individual y única, esta al ser creación que evoca de nuestro interior conecta con nuestra manera de ser y que si es arrebatada generaría un ataque a la dignidad humana, pues es la cualidad que nos permite desarrollar una personalidad propia, puesto que tenemos derecho a que no sepan quienes somos y a que nuestra manera de ser sea secreta en algún punto³⁹.

En cambio, para Raúl Chanamé la privacidad posee un “sentido activo que tiende a concretar la protección de los particulares impidiendo que terceros se ocupen de la vida privada de otros”⁴⁰. Para este autor, como para Emilio del Peso la privacidad e intimidad no podrían ser consideradas las mismas, pues:

La intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado ⁴¹.

³⁸ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., Extraído de <https://dle.rae.es/privacidad?m=form> > [1/10/2021]

³⁹ José, Justo Megias. “Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones datos personales” Anuario de derechos humanos, ISSN 0212-0364, N.º. 3, (2002), págs. 515-560

⁴⁰ Raúl, Chanamé. “Habeas Data y el Derecho Fundamental a la Intimidad de la persona” Tesis de Maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2003).

⁴¹ Emilio, Del Peso. “La Protección de Datos y la Privacidad” ISSN 1136-288X, N.º 33, (2000), 61-86

A pesar de ello, en el mundo del derecho no tienen una gran diferencia, ambos conceptos llegan a ser confundidos en varias ocasiones, a pesar de que para algunos autores se considere erróneo hablar de lo mismo. Dentro del trabajo se los tratará como el derecho de privacidad que engloba el concepto de intimidad, y protección de datos personales ya que estos son de importancia fundamental en la vida humana y actualmente en la época de la información.

4. Marco Normativo:

4.1. Legislación Nacional

4.1.1. Constitución de la República del Ecuador

En la Constitución del Ecuador en el artículo 66 número 19 de la Constitución se encuentra el Derecho a la Protección de datos de carácter personal, y en el número 21 habla del derecho a la intimidad, conceptos que para la Corte Constitucional como para varios autores, se encuentra bajo la acción jurisdiccional del Hábeas Data ⁴².

El Hábeas Data es una acción constitucional, que responde a la unión de dos vocablos *habeas* cuyo significado es “exhibir”, “tomar o traer”. y *datum* que se refiere a la información. Lo que forma: exhibir o traer los datos⁴³.

Esta garantía se encuentra en el artículo 92 de la Carta Magna. Para Osvaldo Gozaíni, esta garantía tiene doble consideración: 1) derecho constitucional con raíces en el derecho a la intimidad y 2) garantía constitucional debido a que esta protege el derecho a la intimidad, privacidad, dignidad humana, información, tutela al honor, imagen, identidad, perfil personal y la autodeterminación normativa⁴⁴.

Tanto para el autor como para la Corte Constitucional en su sentencia 182-15-SEP-CC reconoce que la acción del habeas data protege el derecho a la intimidad lo que permite que una persona natural acceda a información, conozca el contenido, exija actualizaciones y rectificaciones o eliminaciones para preservar su derecho a la intimidad personal y familiar ⁴⁵.

⁴² Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O, 449,20 de octubre de 2008, reformada por última vez. R, O, Suplemento 25 de enero de 2021

⁴³ Artículo 92, Constitución de la República del Ecuador, R.O, 449,20 de octubre de 2008, reformada por última vez. R, O, Suplemento 25 de enero de 2021

⁴⁴ Osvaldo, Gozaíni. “Habeas Data, Protección de datos personales” (diciembre, 2015): 25-27.

⁴⁵ Sentencia No. 0182-15-CC, Corte Constitucional. Extraído de: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=0182-15-CC>. Último Acceso: [7/11/2021]

4.1.2. Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional

En el artículo 49, 50 y 51 de esta ley se encuentra de igual manera la acción del Hábeas Data, la cual puede ser solamente reclamada por el titular de la información o por un representante legal. Esta garantía tiene como objeto principal buscar el acceso a la información tanto en bases físicas como digitales de entidades públicas o privadas. De igual manera garantiza que la persona conozca lo que se haga con su información y que pueda ejercer una acción de reparación integral, principio fundamental de esta garantía ⁴⁶.

4.1.3. Ley Orgánica de Telecomunicaciones

En la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el artículo 22 se especifican varios derechos de los abonados, clientes y usuarios de las operadoras móviles entre ellos: a) derecho al secreto e inviolabilidad del contenido de sus comunicaciones; b) derecho a la privacidad y protección de Datos personales.

Estos derechos son tratados de manera muy general en la presente ley, por lo que no especifica que se puede hacer si esto llega a ser vulnerados, pero si se estipula que se debe brindar seguridad en el manejo de estos. Sin embargo, la ley de telefónicas a pesar de que habla de sanciones, estas no están ligadas al derecho a la privacidad o protección de datos ⁴⁷.

4.1.4. Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

Por otro lado, en nuestro país entró en vigor la Ley de Protección de Datos, la cual goza de un gran parecido con la General Data Protection, -GDPR-. Esta ley busca garantizar la protección de datos, cuenta con varios derechos como acceso, rectificación, eliminación, oposición, portabilidad, entre otros.

Sin embargo, no considera la privacidad o la vida privada como bien de protección, ya que parte de la perspectiva de datos personales. En la ley se especifica que hay categorías especiales de manejos de datos personales como con los niños y adolescentes.

Por otro lado, un problema que nace de esta ley es la inexistencia de la autoridad de protección de datos, en los artículos 66 y 74 de la ley indica que debe existir una autoridad que pueda ejecutar y velar por la protección de estos, facultad que en el país hasta el momento no se le

⁴⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O.52, 22 de octubre de 2009, reformada por última vez R.O, 03 de febrero de 2021

⁴⁷ Artículo 22, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, R, O, 439,18 de febrero de 2015, reformada por última vez R.O.,suplemento 26 de mayo de 2021

ha otorgado a ninguna entidad hasta el momento, por lo cual las sanciones establecidas en la presente normativa no podrían ejecutarse ⁴⁸.

4.1.5. Código Orgánico Integral Penal

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentra el artículo 229, que se basa en que: la persona que a su beneficio a favor de un tercero revele información contenida o registrada que se encuentre en bases de datos o medios similares voluntaria e intencionalmente generando una vulneración del derecho a la privacidad de las personas, será sancionada con privativa a la libertad de 1 a 3 años, y si es servidor público de tres a cinco años⁴⁹.

4.1.6. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha tenido varios aportes referentes a protección de datos y el derecho a la privacidad, uno de ellos es que en la sentencia 068-10- SEP, la corte señaló que la autodeterminación es parte del derecho a la protección de datos personales, como se explicó anteriormente⁵⁰.

De igual manera, otra sentencia de vital importancia para la figura del hábeas data es la 182-15-CC en la que especifica que el plazo razonable para la petición del hábeas data dependerá de la cantidad de información requerida; a la par, esta sentencia implementó los tipos de habeas data que serán explicados más adelante⁵¹.

4.2. Legislación Extranjera

Como indica Osvaldo Gozaíni, Europa defiende al individuo por medio de una normativa que limita al Estado, y a los particulares que manejan los datos. Por otro lado, Estados Unidos no busca tener políticas constitucionales sobre el tema, prefiriendo la observación de los particulares o de los agresores de derecho a la privacidad ⁵².

⁴⁸ Artículo 66-74, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, Registro Oficial.0.459,26 de mayo de 2021

⁴⁹ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplementa 180, 10 de febrero de 2014, Última reforma R.O 13 de octubre 2021

⁵⁰ Sentencia No. 068-10-SEP-CC, Corte Constitucional Extraído de:
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=068-10-SEP-CC>. Último Acceso: [7/11/2021]

⁵¹ Sentencia No. 182-15-SEP-CC, Corte Constitucional Extraído de:
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=0182-15-CC>. Último Acceso: [7/11/2021]

⁵² Osvaldo, Gozaíni. “Habeas Data, Protección de datos personales” (diciembre, 2015): 25-27.

La posición europea hace distinción entre el titular de datos y los portadores y administradores de ellos, teniendo como objetivo ampliar los derechos de las personas y militar el uso de datos a las empresas si no hay consentimiento del titular.

La posición americana es diferente, su base inicia a partir del “Right to be alone” atravesando las relaciones con la prensa, medios de comunicación y todo lo referente a tutela de los datos recopilados en medios digitales.

4.2.1. General Data Protection Regulation (GDPR)

Este reglamento reconoce la protección a personas físicas en relación con el tratamiento de su información personal referente a su circulación, reconociendo el mismo como derecho fundamental. Por lo cual, los datos deben ser tratados de manera lícita, con fines legítimos y explícitos otorgados por el consentimiento del titular⁵³.

De igual manera, también cuenta con un apartado dedicado a los niños en relación con los servicios de información, si el menor tiene menos de 16 años, el tratamiento de su información debe ser autorizada por su representante legal. Por otro lado, otro punto importante de este reglamento es como se tratará la información ligada a las condenas penales, las cuales sólo se podrá registrar bajo el control de una autoridad pública⁵⁴.

De la misma forma, este reglamento indica que el titular podrá acceder a su información y el responsable deberá facilitar la misma al titular cuando esta sea requerida, por lo cual el interesado tendrá derecho a obtener información sobre qué tratamiento se está dando a sus datos personales, la conservación de su información, además pudiendo ratificar, limitar y suprimir la misma⁵⁵.

4.2.2. California Consumer Privacy Act Regulations (CCPA)

Esta ley de privacidad está enfocada en el consumidor, por lo cual la misma toma como inspiración el concepto de “*privacy*” desarrollado por Brandeis y Warren, está recae más en el ámbito empresarial fijando propósitos, siendo uno de ellos que los titulares de la información sean informados por las empresas de lo que sucede en todo momento con sus datos. Esto quiere decir que se les describa como estos serán recopilados, divulgados y en el caso de que exista la posibilidad de cómo estos pueden ser vendidos⁵⁶.

⁵³ General Data Protection, 27 de abril del 2016.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ California Consumer Privacy Act Regulations, 1 de Julio del 2020.

Algo novedoso de esta ley es que aparece el criterio de exclusión voluntaria, que puede hacer una relación con las Listas de Robinson ⁵⁷, pudiendo el usuario optar por esta opción para evitar la publicidad invasiva.

Otra cosa que implementó esta ley es la protección a menores, siendo esta de vital relevancia debido a la vulnerabilidad que representan los menores en el espacio digital. Esta norma hace tres separaciones basándose en las edades. Algo importante es que, en lo referente a menores de trece años, se debe determinar un método razonable para que la persona o representante del menor autorice el manejo de la información del menor, por lo que se ha implementado algunos métodos de protección y control, siendo uno de ellos la aceptación de un formulario que deba ser firmado por los tutores y posteriormente sea devuelto a la empresa⁵⁸.

5. Desarrollo

5.1. Análisis de los Contratos de Operadoras Telefónicas:

Un contrato que es muy utilizado en las telefónicas es el de adhesión, en este tipo de contrato el usuario no puede debatir los términos con la operadora, el abonado solo debe adaptarse a las cláusulas de este o no obtener el servicio que busca.

5.1.1. Movistar/Otecel:

En este contrato se pide para su suscripción información personal como: nombre, dirección, número de cédula, correo electrónico, método de pago (cuenta o tarjeta), pues esta información es necesaria para obtener el servicio requerido.

De igual manera estipula en su cláusula número 7.3. que la información entregada a la compañía es confidencial e intransferible y el único que tendrá acceso a la misma es el titular o un juez mediante orden legal, así mismo la compañía debe proporcionar información completa y clara una vez que sea pedida⁵⁹.

⁵⁷ Es un servicio gratuito creado en Europa que tiene como objetivo excluir a los usuarios de la publicidad y quiere disminuir la misma, por lo que busca el respeto al derecho a la protección de datos personales. Ver. [www. Listarobinson.es](http://www>Listarobinson.es)

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Cláusula 7.3 - Contrato telefónico Otecel-Movistar

5.1.2. CNT

Este contrato pide la misma información que el antes mencionado, pues se requiere de estos datos para acceder a sus servicios; en la cláusula octava del documento indica que la operadora garantizará el derecho a la privacidad y protección de los datos.

5.1.3. ¿Se apegan los contratos a la Ley de Protección de Datos?

En el contrato de Movistar se puede reconocer que tiene presente la protección de la información, debido a que incluye varios derechos de la Ley Orgánica de Protección de Datos dentro de sus cláusulas, tales como: el derecho a la privacidad, portabilidad, acceso a la información. Sin embargo, a pesar de reconocer ámbitos de la ley de protección de datos, el trato que se da a la misma información no es transparente, como muestra la cláusula 7.3:

La información [...] no podrá ser entregada a ninguna persona ajena a la que contrató el servicio. Esta información se podrá entregar únicamente con una autorización judicial expresa por cualquier medio legalmente viable del abonado o cuando se trate de investigaciones⁶⁰.

Al interpretar esta cláusula se puede deducir que la información de cada usuario es almacenada y que solo se tendrá acceso a la misma con petición judicial. No sabemos cuál es la información almacenada, ni qué trato se le da a esta; por lo cual este desconocimiento y pérdida de control sobre la misma podría generar que la autodeterminación de cada usuario se viera afectada y en sí que puedan existir varios problemas, los cuales veremos más adelante referente al almacenamiento de información.

Por otro lado, en el caso de CNT, se ve que no existe una cláusula que muestre cómo protegerá a los datos de sus usuarios en caso de vulneración, ni cómo responderá la telefónica frente a los mismos.

5.2. Vulneración que puede sufrir el usuario o su información en el medio telefónico.

5.2.1. Almacenamiento de Información

Para Malte Spitz, el almacenamiento de información generó un problema, en su caso la operadora alemana a la que está suscrito tenía ordenado mediante ley almacenar la información de cada usuario en un periodo de seis meses a dos años.

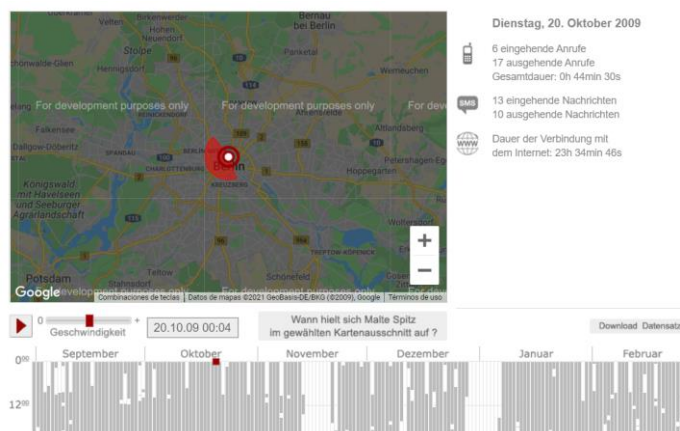
⁶⁰ Cláusula octava Contrato de Adhesión CNT

Malte se preguntó: ¿Qué información almacena mi operadora?; después de realizar varias insistencias y hasta demandas legales la respuesta fue que su operadora tenía alrededor de 35 830 líneas de información sobre su vida, lo que representaba: que hacía, donde estaba, con quien hablaba, etc ⁶¹.

Sin embargo, a simple vista Spitz, se encontraba en la misma incertidumbre que nace de la cláusula 7.3 del contrato de Otecel anteriormente explicado, el cual da a entender que se almacena información, pero no se sabe cuál es.

En el caso de Malte Spitz, esta es la información que almacenó su operadora:

Gráfico No. 2.: Almacenamiento de la información de Malte Spitz alrededor de los últimos meses de 2009



Fuente: Actividad de Malte Spitz alrededor de seis meses. Extraído de Zeit Online⁶²

Dejando de lado el caso de Malte, aparece la preocupación de la existencia del mismo almacenamiento de información de todos los usuarios que se encuentran presentes en la red de comunicaciones. Lo que mirándolo de manera global representaría cómo se comporta una sociedad y que hace la misma en todo momento, información que si llega a manos equivocadas podría generar el control sobre una colectividad.

5.2.2. Tarjeta SIM y el SIM Swapping (Intercambio de SIM)

Al contratar un servicio telefónico, las operadoras entregan una tarjeta SIM con el número al cual la gente recurrirá como medio de conexión de unos con otros y de igual manera para ejecutar otras actividades; en *estas* el número será interpretado como un código de seguridad.

⁶¹ Malte Spitz: Tu compañía telefónica está mirando, Chalrla TEDx, 9:52, publicado por “TEDGloba2012” ,18 de febrero 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=h2oFquv96O8>

⁶² Ver. Zeit Online/ Malte Spitz. Extraído de: https://www.zeit.de/datenschutz/malte-spitzvorratsdaten?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F. Último acceso [7/11/2021]

El *SIM Swapping*, es cuando un tercero diferente al usuario duplica la tarjeta SIM del titular para fines ilícitos, roba el *SIM* y genera otra tarjeta con el mismo número con el cual el delincuente tendrá acceso a todos los datos, cuentas, etc. información del usuario ⁶³.

Esto se genera cuando el tercero obtiene datos por medio de mensajes, llamadas o enlaces en la cual se pide al titular que, de su información principal, al tener estos datos acude a una empresa telefónica y solicita una duplicación de *SIM*, con este *SIM* accede a las transacciones bancarias y a la información personal del titular sin ningún problema ⁶⁴.

5.2.3. Vishing

Es otro tipo de problema que se puede generar, tiene conexión con la estafa que se ha derivado del *phishing*, en el cual él se comunica mediante teléfono o voz usando el nombre de alguna empresa, banco o entidad con el objetivo de convencer al usuario de que brinde sus datos personales o credenciales, es la práctica de obtener información confidencial a través de la manipulación de usuarios ⁶⁵.

5.2.4. Publicidad Invasiva y Llamadas Basura

Un problema igualmente relevante es cuando nuestro teléfono celular o fijo recibe llamadas publicitarias que generan molestias en los usuarios. Fue de tan alto impacto el problema, que en noviembre 2018 el Arcotel emitió la resolución 0074 del 2020, que dispone que cada empresa que desee realizar este tipo de servicio gestione la autorización previa con sus clientes y así permita que se identifiquen a las llamadas que provienen de su centro de atención telefónica o de empresas comerciales de servicios ⁶⁶.

5.2.5. Llamada *Wangiri* o Llamadas Perdidas Internacionales

Este es un nuevo método de estafa se originó en Japón, su nombre se traduce a “Un anillo y corte”, que ha estado en auge en nuestro país. Para la Arcotel, se basa en que el emisor hace una llamada desde un número internacional desconocido y la corta, buscando que el usuario devuelva

⁶³ Josep, Albers. “SIM Swapping: que es y cómo funciona este fraude” (2020) Extraído de <https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/03/30/que-es-SIM-swapping-como-funciona/> Último Acceso: [7/11/2021]

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ver. Desirée Jaimovich “Qué es el “Vishing”, la estafa telefónica de moda utilizada para robar datos del homebanking”(2021) Extraído de: <https://www.infobae.com/america/tecnologia/2021/05/11/que-es-el-vishing-la-estafa-telefonica-de-moda-utilizada-para-robar-datos-del-homebanking/> Por

⁶⁶ Resolución Arcotel 2020,00074, Registro Oficial 20 de febrero de 2020

la llamada y genere así el costo de comunicación por llamada internacional, un monto económico que se carga a la planilla móvil del usuario o se descuenta del saldo del plan telefónico⁶⁷.

El estafador debe ocupar a las víctimas en la línea para así poder extraer el mayor dinero posible, esto lo hace mediante una voz robótica que anuncia algo interesante o un premio para que el usuario permanezca en la llamada. Cuando el usuario devuelve la llamada esta se enruta a una tarifa premium, esta tarifa hace referencia a países que se encuentran con altos costos de llamadas internacionales⁶⁸.

En Ecuador como lo indica la Arcotel las llamadas más frecuentes son de Nueva Guinea, Haití, Lituania, Maldivas, etc. Una solución que da la entidad es que las operadoras monitoreen permanentemente las rutas internacionales de estos países que son considerados de alto riesgo. Arcotel con ayuda de las operadoras hace una suspensión temporal de las rutas internacionales identificadas que se utilizan para cursar las llamadas hacia nuestro país.

5.2.6. Hackeo a la base de datos de las telefónicas

Para Avast, sistema de protección de antivirus⁶⁹, el hackeo puede ser tanto positivo o negativo. Una definición de esto es: cuando se aplican conocimientos tecnológicos para superar algún problema u obstáculo. Para la realización de esto se necesita un programador muy hábil con gran conocimiento en ordenadores y software. El enfoque negativo del hacker es cuando este programador realiza actividades ilícitas dentro del medio con el objetivo de quebrar un sistema para obtener un beneficio a su favor⁷⁰.

Todos los problemas antes mencionados los puede sufrir el usuario o la operadora; sin embargo, estos problemas no son los únicos que podría sobrellevar el abonado o la telefonía, pues debido a que estos inconvenientes están ligados a la tecnología se encuentran en constante evolución, haciendo que los usuarios en este medio sean vulnerables y necesiten mecanismos de protección y reparación si se les genera alguna agresión.

Un caso de gran importancia en nuestro país, fue lo que sucedió con CNT, cuando por medio de un virus se vio comprometida información sensible, alrededor de 300 gigas, las cuales

⁶⁷ ¿Qué exactamente es el *wangiri*? Llamadas Fraudulentas!”, video de youtube, 9:30, publicado por “Arcotel Ecuador”, 9 de enero 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=QIW4ymLvqNk>

⁶⁸ Ver. Fawad, Ali. “Como protegerse contra el fraude de devolución de llamada Wingiri” (2021) <https://www.makeuseof.com/protect-against-wangiri-fraud/>

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

se encuentran disponibles en la *deep web*⁷¹, información que pertenece a usuarios de la operadora telefónica, este hackeo a sus sistema generó una vulneración al sistema, este hackeo a sus sistema generó una vulneración al sistema, se secuestró de la información, codificándola para que no se pueda de leer, y en caso de querer hacerlo requerir una llave, esta llave los hackers venden por cierta cantidad, lo que se hace llamar pago de rescate por información, los hackers piden dinero que en algunos casos llega a ser impagable ⁷².

5.3. Vulnerabilidad del Usuario

La vulnerabilidad para Lydia Feito, tiene varios aspectos, por lo cual su significado es ambiguo. Este concepto puede ser visto de distintas maneras, como: a) la posibilidad de que el ser humano sea herido b) a que su sistema informático sea invadido; desde otra perspectiva la vulnerabilidad también puede ser vista como la defensa del individualismo, autonomía e independencia y finalmente que la posibilidad de daño se situó en la reclamación de un derecho.

Como se desprende de los riesgos antes mencionados, tanto los usuarios como su información pueden llegar a ser víctima de estos ataques y de muchos más, que por consecuencia acarrea la vulneración de la vida privada del ser humano.

En la esfera de la comunicación todos somos vulnerables, y una vez que la información deja las manos del titular, la protección a la misma parecería ser que se vuelve una utopía, o que la normativa ecuatoriana no es suficiente.

5.3.1. Hiper- Vulnerabilidad

Al ser los servicios telefónicos usados por niños, adolescentes, personas adultas, se debería tomar en cuenta que estos usuarios tienen mayor vulnerabilidad que un adulto promedio.

Como indica María Laura Spina, tanto los niños como adultos mayores requieren un grado de mayor atención y capacitación frente al entorno digital, por lo que el derecho en relación con las tecnologías de la información y comunicaciones debe proteger a estos grupos pues son más propensos a sufrir daños debido a la incapacidad de respuesta frente al sistema, ya que son miembros con conductas propensas a relacionarse con la agresión, delincuencia, entre otros.

⁷¹ Es cualquier sitio en la web al que no se puede acceder fácilmente, se puede decir que es otro nivel de internet, es la parte más profunda de la red., Rafael, Marín. “¿Qué es y para qué sirve la Deep web? No todo es ilegal”(diciembre, 2020) <https://revistadigital.inesem.es/informatica-y-tics/para-que-sirve-la-deep-web/>. Último Acceso: [7/11/2021]

⁷² “Lo que debes saber del hackeo de CNT”, video de facebook, 16:22, publicado por “La Posta”, (2021), <https://ne-np.facebook.com/LaPostaEc/videos/326258022378205/> Último Acceso: [7/11/2021]

Esto no significa que las personas que no se encuentren en estos grupos no sean propensas a daños y agresiones, esta diferenciación trata de mostrar que a pesar de que la esfera privada y la información personal de cada miembro hace que todos sean vulnerables, tanto los niños como adultos mayores requieren mayor protección.

La importancia de esta diferenciación se da al momento de la protección otorgada hacia estos grupos, se busca elevar el estándar de protección sobre la información generada por los grupos antes mencionados.

5.4. Derecho a la Privacidad

La privacidad conecta con cada persona para la realización de su personalidad; sin embargo, no todo es invasión a la misma.

En este caso un objeto primordial del daño generado a la intimidad y el manejo de datos es cuando la información producida dentro de las telefónicas nos convierte en entes vulnerables, pues esta información salió de nuestra esfera de control. Para algunos autores se considera que para que ésta exista, antes debe existir una expectativa razonable de privacidad.

5.4.1. Expectativa Razonable de Privacidad

Es la expectativa de no ser invadidos por el estado o terceros sin nuestra voluntad, siempre que el usuario no desee compartir dicha información al conocimiento de terceros. Por lo cual, si por nuestro consentimiento nuestra información es dada a las compañías o llega a terceros nosotros no podríamos hablar de un daño o una agresión ya que aceptamos dicho trato o manejo.

La expectativa razonable de privacidad se basa en la idea de que nuestro entorno no debe ser invadido por nadie sin nuestra autorización o descuido.

Es por ello por lo que, para Zárate, existen cuatro clases de invasión a la privacidad que están bajo la luz de la responsabilidad civil:

(1) la intrusión a los asuntos privados de una persona; (2) la divulgación de hechos vergonzosos de carácter personal; (3) la divulgación pública de hechos falsos; y (4) la apropiación de nombre ajeno⁷³.

Sin embargo, hay que entender si la vulneración a la privacidad o intimidad y el manejo de la información cuentan con mecanismos de protección efectiva en nuestro país.

⁷³ Sebastián, Zárate “Expectativa de Privacidad y Grabaciones Ocultas: A propósito de la EXCMA Core Suprema”, Sentencias Destacadas 2013, (2016):105-170.

5.5. Mecanismos de Protección y Reparación eficientes en Ecuador

En nuestro país existen mecanismos que tratan de cumplir con el objetivo de proteger el derecho a la privacidad y los datos personales, como son: a) Hábeas Data; b) Ley Orgánica de Protección de Datos, los cuales se analizarán a continuación:

5.5.1. Hábeas Data

Como se vio anteriormente esta es una garantía constitucional, su objetivo como lo estipula el artículo 49 de la Ley Orgánica de Garantías: a) acceso a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales informes sobre sí mismo o sobre sus bienes que estén en entidades públicas o privadas, en espacios físicos o digitales, y b) toda persona conozca qué uso se da a su información, finalidad, origen, tiempo de vigencia dentro del archivo o banco de datos ⁷⁴.

Para Diego Pérez, se concluye que esta acción constitucional garantiza el derecho a la información en tres aspectos:

a) Derecho al acceso de documentos, bancos de datos e informes sobre la persona o sus bienes, que consten en entidades públicas o privadas, b) derecho a conocer el uso y propósito que se da a esta información c) derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de los datos en caso de que fueran erróneos o afecten ilegalmente derechos personales ⁷⁵.

5.5.1.1. Tipos de Hábeas Data

La Corte Constitucional por medio de sentencia 182-15-SEP-CC ha indicado que existen tipos de habeas data: a) Informativo, b) aditivo, c) correctivo, d) reserva, e) cancelatorio.

El hábeas data informativo responde a proteger el derecho a acceder a la información, de igual manera busca recabar quien y de donde se obtuvo la misma. Por otro lado, el aditivo se basa en modificar la información que se tiene, buscando agregar más datos de los que ya existen en una base de identificaciones; el correctivo se fundamenta en rectificar la información falsa, imprecisa, inexacta o modificar información.

El hábeas data cancelatorio parte de la idea de exclusión a la información sensible es decir eliminar cierta información personal, siempre y cuando la ley no indique lo contrario. Por otro lado, el habeas data de reserva busca proteger la información, y que esta debe ser guardada debido a que es parte del derecho íntimo del ser humano, haciendo referencia a su salud, familia, etc ⁷⁶.

⁷⁴ Artículo 49, Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

⁷⁵Diego, Pérez Ordóñez. "El Hábeas Data". *Iuris Dictio* 2 No.3. (2001). Extraído de: <https://doi.org/10.18272/iu.v2i3.550>

⁷⁶ Sentencia de la Corte 182-15-SEP-CC

5.5.1.2. Alcance y problemas de esta acción

Esta garantía presenta algunos problemas: el primer conflicto es la espera del plazo razonable, el artículo 92 de la Constitución de la República no indica en qué tiempo se debe plantear la acción, por lo cual no se puede saber cuándo la entidad a la que se hizo la petición responderá, debido a que dice que se debe esperar el plazo razonable, el cual la Corte Constitucional en su sentencia 182-15-CC estableció que dependerá de la cantidad de información que se pida, tipo de pedido, y conducta de la entidad a cargo de los datos personales, por lo cual la respuesta para así ejecutar esta acción será de carácter ambiguo dependiendo el caso, ya que no se tendrá conocimiento de si la petición fue negada o si en algún momento habrá respuesta en base a los criterios antes mencionados ⁷⁷.

El segundo problema es que esta garantía es de carácter *ex post*, lo que significa que el ciudadano puede acudir a la misma una vez que se haya vulnerado su derecho constitucional como estipula el artículo 50 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional⁷⁸.

El hecho de que sea *ex post* genera un problema, esto es cuando el usuario pierde control sobre sus datos y esta pérdida le genera una vulneración; a pesar de que esta se la repare, puede seguir en el tiempo debido a que no se podría considerar que la información del usuario volviera al mismo y no existiese respaldos de esta vagando en el espacio digital.

Por lo cual, una reparación pecuniaria, no representaría más que una simple compensación por la información perdida. Sin embargo, esto en sí ya deja de ser posible controlar por medio de esta garantía, ya que el espacio donde esta información se encuentra sería de difícil eliminación.

En tercer lugar, otro problema, es que la vía de acción para proteger los datos personales de manera más idónea sería bajo la figura de reparación integral contemplada dentro el Hábeas Data, no obstante, esto generaría colapso en el sistema constitucional debido a la carga procesal de esta acción y su tiempo de solución.

En conclusión, el hábeas data es una garantía efectiva para la protección de datos, pero no es suficiente. Está solamente actuará cuando se dé el daño, y que cada usuario ejecute la misma representaría un colapso al sistema constitucional, por otro lado, la reparación integral que esta garantía no logra compensar en algunos casos el daño, y mucho menos mitigarlo, pues tanto el

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Felipe, Roldan. “Los ejes centrales de la protección de datos: consentimiento y finalidad. Criticas y propuesta hacia una regulación de protección de datos personales en Ecuador”. *Law Review*, Vol. VIII. Núm. 1 (2020) 175-201

derecho a la privacidad como los datos personales exigen un nivel de seguridad y responsabilidad alto debido a la sensibilidad que contienen. Por lo cual, sería más eficiente optar por mecanismos preventivos que reparadores.

5.5.2. Ley Orgánica de Protección de Datos y sus problemas

Algo que le afecta en gran manera la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales; principalmente, es la falta de Superintendencia de Datos, pues no hay entidad designada o existente que pueda ejecutar las sanciones y velar por los derechos que en ella existen; otro problema es que esta ley no contempla la reparación integral a los usuarios en el caso de que sufran un daño, poniendo a la garantía del habeas data y las acciones civiles como medio para realizar tal petición.

Por otro lado, esta ley solamente sanciona a las compañías, lo cual no es eficiente para reparar la vulneración a la víctima, pues no se la considera. Esta normativa parte del criterio de sanción a la compañía, más no reparación por la vulneración sufrida al titular de los datos personales.

5.5.3. Reparación Integral

Está situada en el artículo 18 de la Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se basa en que las personas que son titulares del derecho que se les vulneró, a partir de esta acción vuelvan al estado en el que habrían estado si esta vulneración no se generaba.

La Reparación Integral es una forma de compensación que se da a la persona por su derecho vulnerado, puede ser la restitución de este, ya sea mediante compensación económica o rehabilitación, garantía de no repetición, disculpas públicas, entre otros⁷⁹.

5.6. Responsabilidad de las telefónicas y diligencia del usuario

5.6.1. Diligencia del Usuario

Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la debida diligencia o *due diligence*, es un concepto que viene del derecho anglosajón el cual significa o hace alusión a la precaución con la que se debe actuar ⁸⁰; por otro lado, para Jorge Borun, este es:

La medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa una persona prudente y razonable en unas circunstancias determinadas⁸¹.

⁷⁹ Artículo 18, Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

⁸⁰ Jorge, Broun. “El Principio De Diligencia Como Garantía De Justicia”. Revista Saber Y Justicia 1 (2020). Extraído de: <http://saberyjusticia.edu.do/index.php/SJ/article/view/51>.

⁸¹ Ibid.

El estándar razonable de actuación hace referencia como una persona normal, ordinaria tendría cuidado o diligencia y las precauciones que esta tomaría para evitar el posible daño que podría sufrir, por lo cual se basa en la capacidad de reacción de una persona promedio frente a una situación.

En base a esta idea que ha sido adoptada por varios ordenamientos, entre ellos el de nuestro país como estipula el artículo 29 del Código Civil. En el cual, se puede deducir que el usuario de los servicios brindados por la telefónica debe actuar de manera razonable y en base a una conducta esperada.

5.6.2. Responsabilidad de las telefónicas

Es necesario indicar que las telefónicas no son responsables de todas las vulneraciones generadas en su esfera, debido a dos cosas; primero, la telefónica es y será responsable de lo que pase dentro de su infraestructura, sus bases de datos, manejo a la información y los seguros que ofrezca a las mismas; segundo, la operadora no podrá responder por la actuación de los abonados, debido a que esta va más allá del control y cuidado que la operadora puede ofrecer.

Por lo cual, sería ilógico responsabilizar a la telefónica si los usuarios por sí mismos entregan su información o sufren agresiones a base de vicios en su actuar. En base a lo antes mencionado, no se le podría pedir a la telefónica que vigile el actuar de sus usuarios para que estos no sufran agresiones. Lo que se le puede pedir a la telefónica es que opte e implemente mecanismos que eviten que sus usuarios se vean afectados por actos de terceros, de igual manera que opte por seguridad informática para evitar daños dentro de sus bases de datos, manejo de información e infraestructura.

En el mundo jurídico existen algunos tipos de responsabilidad, entre ellos: a) civil y b) penal. Para que las empresas de telefonía puedan ser civilmente responsables del daño causado deben existir cuatro elementos: 1) un daño real y efectivo, 2) un hecho antijurídico negligente o doloso, 3) nexo causal, 4) elemento subjetivo de culpabilidad ⁸². De igual manera, para que una telefónica sea penalmente responsable debería vulnerar el bien jurídico protegido, la seguridad social, y cumplir con el tipo penal “*nullum pena sine legge*”, por lo que el acto en el que está incurrir debería ser 1) típico, 2) antijurídico y 3) culpable. Sin embargo, este trabajo se enfocará en

⁸² Rodrigo, Becerra. “Nociones Generales sobre Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual” (2014): 30-38.

el ámbito civil, sin dejar de lado que el ámbito penal sea importante para futuros análisis sobre el tema.

En virtud de lo antes mencionado, las telefónicas pueden ser responsables o pueden no serlo dependiendo de los casos a continuación, los cuales se podrá alegar: a) hecho de un tercero, b) fuerza mayor, c) hecho de la víctima y d) culpa compartida.

5.6.2.1. Hecho de Terceros

Para que esto ocurra el causante del daño debe ser un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. Este hecho debe ser único, exclusivo y determinante del daño producido, y debió producirse por circunstancias imprevistas e irresistibles para quien lo alega. Por lo cual, si se prueba que el hecho del tercero pudo ser previsto o evitado por el demandado, pero así no lo hizo, le debe ser imputado en base a que no evitó el resultado, lo que equivaldría a que lo produjo ⁸³.

En el caso de las Telefónicas, en el supuesto de que sufran un hackeo a sus bases de datos, estas podrían alegar que lo realizó un tercero ajeno a ella y al usuario; sin embargo, si el usuario logra demostrar que este hecho pudo evitarse, se alegará que las telefónicas fueron las productoras de este, pues no tomaron las medidas necesarias para evitar la vulneración.

5.6.2.2. Fuerza Mayor

Fuerza Mayor es un acontecimiento externo, imprevisible e irresistible que viene de la naturaleza, cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar. Externo: hace referencia a que debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se causó el daño; imprevisible: significa que no se podía contemplar el hecho antes de que ocurra; e irresistible, hace alusión a que no podía evitarse ⁸⁴.

5.6.2.3. Hecho de la Víctima

Este hace referencia a cuando la producción o agravamiento del daño sufrido, se da debido al actuar de la víctima, cuando en los actos de esta existe culpa grave o dolo, pues la vulneración ocurre por el actuar imprudente de esta. Su conducta resulta imprevisible e irresistible, y genera

⁸³ Lucia, Mendoza, “La Responsabilidad Civil y el Daño”, Instituto de Investigación Jurídica Unam (2014).11-21. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3636/4.pdf> Último Acceso: [7/11/2021]

⁸⁴ Jorge, Jiménez. “Caso Fortuito y Fuerza Mayor Diferencia Conceptual”. Revista de Ciencias Jurídicas 123. Universidad de Costa Rica, Costa Rica, (2010).4-28.

un daño⁸⁵. En el caso de las telefónicas y los usuarios se da cuando el abonado brinda su información de manera voluntaria, con vicios en su consentimiento, acto en el cual la operadora no tiene responsabilidad alguna.

5.6.2.3.1. Efectos del hecho de la víctima

Hay dos tipos de exoneración que se puede dar en base a la conducta generada por el usuario. La exoneración total es cuando su comportamiento es la causa única exclusiva y determinada en la producción del daño; por otro lado, la exoneración o culpa compartida es cuando el comportamiento del usuario puede concurrir a la producción del daño con el actuar de la operadora, siendo ambos comportamientos determinantes, adecuados y eficientes en la producción de la vulneración, en estos casos el juez verificará el grado de participación de cada uno y analiza la indemnización ⁸⁶.

6. Recomendaciones

En el presente trabajo se sugieren estas recomendaciones:

- 6.1.** Solicitar al ejecutivo que fije una autoridad de protección de datos personales o le atribuya esta facultad a una entidad existente para así poder efectivizar las sanciones y medidas preventivas que provee la norma.
- 6.2.** Solicitar una reforma a la Ley Orgánica de Protección de Datos, para que implemente la reparación integral a los usuarios dentro de su normativa, para de esta forma generar una compensación por la vulneración que los usuarios puedan sufrir dentro de la esfera de las telecomunicaciones.
- 6.3.** Promover mediante reforma a la Ley de Datos Personales que se maneje el derecho a la privacidad y los datos personales de niños y adultos mayores con mayor cuidado que la de un ser humano promedio, debido a que ambos grupos son propensos a sufrir mayores vulneraciones.
- 6.4.** De igual manera, positivizar el derecho a la privacidad dentro de la Ley de Protección de Datos, para poder acudir al concepto en el caso de vulneraciones al mismo y generar sanciones sobre la vulneración y abuso de este derecho.

⁸⁵ Paul Ricardo, Carrera Torres, , Felipe Nicolás Roldán Carrillo, y María Alejandra Vera Saltos. (2020). “Culpa De La víctima Como Eximente De Responsabilidad: ¿Un análisis De Causalidad O Culpabilidad? “. *USFQ Law Review* 7 (1). Quito–Ecuador, 227-45. Extraído de: <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1692>. Último Acceso: [7/11/2021]

⁸⁶ Ibid.

- 6.5. Solicitar a la Arcotel dar charlas informativas sobre seguridad informática, protección de datos y el derecho a la Privacidad de los usuarios.
- 6.6. Solicitar a las telefónicas que protejan y procuren la autodeterminación de los usuarios frente a su información y que traten a la misma de manera transparente en sus contratos.
- 6.7. Promover mediante una reforma a la Ley Orgánica de Datos Personales, se genere un apartado donde se estipule la seguridad informática que tanto el derecho a la privacidad como los datos personales requieren.

7. Conclusiones

El Derecho a la Privacidad tiene un vínculo con la vida privada y el desarrollo de la personalidad, por lo cual este debe ser protegido y garantizado por el Estado ecuatoriano. Un concepto ligado a este derecho es el de autodeterminación, el que se refleja en la libre disposición de los datos personales, por lo cual ambos conceptos junto a la protección de datos personales han sido recogidos en la normativa y en la jurisprudencia constitucional.

La normativa ha brindado grandes aportes para la protección de estos conceptos, como: la garantía jurisdiccional del Hábeas data y la Ley de Protección de Datos. Ambos sistemas a pesar de estar enfocados en el tema tienen puntos débiles. Los puntos débiles del hábeas data, son: 1) en algunos casos, como por ejemplo en el hackeo de la información, esta garantía no logra reparar el daño, si aún quedan respaldos en el medio digital de la información perdida o robada, por lo cual en estos casos se requiere de mayor protección y de mecanismos de prevención del daño; por otro lado, 2) es una garantía ex post si se habla del aspecto de reparación integral; 3) la entidad a la que se le pide la acción responderá en un plazo razonable, lo cual lo hace ambiguo debido a que no se sabrá si la información es mucha o si solamente es negativa a la petición y 4) ejecutar esta acción generaría un colapso en el sistema constitucional debido a la carga procesal.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Protección de Datos también tiene sus desventajas: 1) no tiene determinada la autoridad de protección de datos personales, por lo cual las acciones tanto preventivas como sancionatorias previstas en esta ley no resultan eficaces o aplicables, 2) la ley no busca reparar el usuario si se le generó alguna vulneración, esta ley no repara a la víctima, la ley sanciona a la compañía, en el caso de CNT la ley sanciona a la entidad, mas no repararía a los usuarios, 3) no contempla el derecho a la privacidad .

En base a esto, nuestro país a pesar de contar con mecanismos de protección, como lo antes mencionados, estos no logran brindar la protección necesaria que los datos personales, la autodeterminación y la privacidad necesitan. Por lo cual, los usuarios pueden ser víctima de almacenamiento de información, protocolización de su vida, *sim swapping*, *vishing*, llamada *wangiri*, hackeos de las bases de datos de las telefónicas, entre otros.

En base a lo antes mencionado, no siempre las telefónicas tendrán la responsabilidad de los daños sufridos por los usuarios, pero si responderán si la vulneración surge dentro de su esfera o debido a una mala diligencia; como se señaló anteriormente las telefónicas no responderían por fuerza mayor, pero sí respondería si el hecho de terceros se podía evitar y no lo evitó; por otro lado, los usuarios responderán por los hechos causados bajo su conducta negligente, no actuando como un tercero razonable; y de igual manera respondería tanto el usuario como la telefónica si sus conductas fueron relevantes para provocar el daño.

Finalmente, tanto los datos personales como el derecho a la privacidad necesitan de medios tanto preventivos, como sancionatorios eficientes, pues su importancia es tan alta que no es lógico pensar que se prefiera pagar el daño a de ellos, que buscar mecanismos más eficaces, como: pedir mediante reformas a la normativa que las telefónicas implementen mecanismos de seguridad informática para procurar el bienestar de cada uno de sus usuarios.

Por otro lado, también se debe solicitar que las telefónicas manejen los datos de los abonados de manera clara, informando a los usuarios lo que sucede con ellos en cada momento, primando así por la autodeterminación y cuidado en el sistema telefónico.

En conclusión, en base a todo el contenido expuesto anteriormente es necesario que la normativa ecuatoriana analice los problemas a los que se ven expuestos los usuarios y cree una normativa referente a la seguridad informática en el medio de las telecomunicaciones, la cual provea mecanismos eficaces de protección y reparación si estos se ven vulnerados; y, prime por el cuidado del derecho a la intimidad del usuario y a su protección de datos.