

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, USFQ

Colegio de Jurisprudencia

El alcance de las medidas precontractuales como base de legitimación bajo la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

Martina Rehpani García

Jurisprudencia

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

Quito, 19 de abril de 2024

© 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: Martina Rehpani García

Código: 00214546

Cédula de identidad: 1722482724

Lugar y Fecha: Quito 19 de abril de 2024.

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 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

EL ALCANCE DE LAS MEDIDAS PRECONTRACTUALES COMO BASE DE LEGITIMACIÓN
BAJO LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES¹

THE SCOPE OF PRE-CONTRACTUAL MEASURES AS A BASIS OF LEGITIMATION BASED
UNDER THE ORGANIC LAW OF PERSONAL DATA PROTECTION.

Martina Rehpani García ²
martina@rehpani.com

RESUMEN

Este trabajo investigativo explora la interacción entre las medidas precontractuales y la protección de datos personales, en el supuesto contemplado en el artículo 7, numeral 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, recientemente expedida en Ecuador. Este estudio pretende comprender cual es el alcance que tienen dichas medidas actuando como base legitimadora para el tratamiento de datos personales pretendiendo desarrollar a profundidad cual sería la interpretación y correcta aplicación de este término en el contexto de la protección de datos personales. A su vez se pretende determinar cuál es el límite al uso de dichas medidas como un fundamento legal en el contexto del manejo de información personal, utilizando como una de las fuentes principales al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus respectivas directrices, como uno de los predecesores internacionales más relevantes que influenciaron de manera directa a la redacción de este texto normativo.

PALABRAS CLAVE: BASES DE LEGITIMACIÓN, MEDIDAS PRECONTRACTUALES, TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

ABSTRACT

This research explores the interaction between pre-contractual measures and the protection of personal data, focusing on Article 7, subsection 5 of the recently enacted Organic Law of Personal Data Protection. This study aims to understand the extent to which these measures serve as a legitimizing basis for the processing of personal data, aiming to develop in depth the interpretation and correct application of this concept within the framework of personal data protection. Additionally, it strives to determine the limits on the use of such measures as a legal foundation in the context of managing personal information, drawing primarily from the General Data Protection Regulation of the European Union and its respective guidelines, as one of the most significant international precedents that directly influenced the drafting of this regulatory text.

KEY WORDS: LEGITIMATION BASIS, Pre-contractual measures, and processing of personal data

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 María Gracia Naranjo Ponce.

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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO TEÓRICO. - 4. MARCO NORMATIVO. - 5. DESARROLLO. - 5.1. DEFINICIÓN DE TRATAMIENTO Y DATOS PERSONALES. - 5.2. ANÁLISIS DE LAS BASES DE LEGITIMACIÓN CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 7 DE LA LOPDP. - 5.3. SOBRE LAS MEDIDAS PRECONTRACTUALES. - 5.3.1. - LA EXPRESIÓN “MEDIDAS PRECONTRACTUALES” Y SU ENTENDIMIENTO EN EL CONTEXTO DE LA LOPDP. - 6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

En la era de la digitalización y la globalización, la protección de datos personales ha emergido como un tema crucial, pues es de interés colectivo que la información inherente a cada ser humano sea tratada de forma ética, adecuada y legítima. Ha surgido un especial interés en explorar bajo qué preceptos es lícito y legítimo el tratamiento de los datos personales. Cada legislación ha regulado estos preceptos de forma distinta.

La legislación ecuatoriana enumera de forma taxativa los preceptos que dan lugar a un tratamiento de datos lícito y legítimo, en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPDP). Estos preceptos se conocen como bases de legitimación. Entre ellas, como una de las bases de legitimación, consta enunciado un término que, aunque abunda en estudios doctrinarios de derecho privado, genera dudas al aplicarlo a la materia de datos personales. Este término es el de las "medidas precontractuales" que, como se indicó, consta previsto como una base de legitimación para tratar datos personales en el Ecuador.

En este contexto, pueden abordarse abundantes situaciones bajo las cuales es apropiado considerar a la fase precontractual, y no solo al consentimiento y a la fase contractual, como base de legitimación para el tratamiento de datos personales. Sin embargo, el alcance de esta expresión no es enteramente claro en la LOPDP.

Las fases preliminares de las relaciones contractuales en el contexto bajo el cual se presentan en la LOPDP en Ecuador representan, además de un reto, un campo fértil para la investigación académica. La justificación para abordar este tema radica en la

necesidad de comprender y evaluar cómo las disposiciones legales influyen en la gestión de datos personales previo a la formalización de contratos, garantizando que se respeten los derechos de los individuos y se mantenga la confianza en las transacciones comerciales.

Por el otro lado, el objetivo general de este trabajo es analizar el impacto de las medidas precontractuales, su definición y alcance al considerarla una base que otorga una fundamentación legítima para el tratamiento de datos. Sin embargo, para poder interpretar este término en el contexto de la LOPDP de Ecuador, y evaluar su alineación con las normas internacionales, especialmente el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, se debe luchar contra la insuficiencia de claridad de este término por sí mismo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la variedad de teorías contrapuestas en la doctrina. Se pretende identificar cómo la legislación ecuatoriana regula la recopilación y el tratamiento de datos personales en las etapas preliminares de las negociaciones contractuales y determinar tanto la eficacia como el alcance de estas regulaciones para garantizar la protección de la privacidad del individuo.

Si bien existen dificultades con respecto al texto normativo, se enfocará en cómo las leyes actuales salvaguardan estos datos y promueven prácticas transparentes y éticas, respetando la autonomía de los individuos y su derecho a la autodeterminación informativa.

2. Estado del arte

Las discusiones y debates actuales que consagren a las medidas precontractuales ejerciendo un rol de base legitimadora, son escasas por no decir nulas. No obstante, al pretender determinar el alcance que ejercen dichas medidas como un fundamento de legitimación en la LOPDP, es pertinente presentar la literatura y a los autores que abordan distintas perspectivas sobre dos temas: por un lado, las bases de legitimación en materia de protección de datos y, por otro, la fase precontractual en la celebración de contratos.

El derecho a la protección de datos es algo que ha surgido con la necesidad de ir más allá en la protección de la privacidad debido al avance y desarrollo de la tecnología. El autor Aristeo García, sostiene que el derecho a la intimidad, debido al tratamiento, la recolección y el almacenamiento de datos, que antes solo formaban parte de la vida íntima y privada de cada persona o eran mínimamente conocidos, se ha tenido que redireccionar en lo que respecta su ámbito de protección y que ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso a la información relativa de las personas, denominándolo,

derecho de protección de datos. También menciona que hay 3 generaciones de derechos y es en la última en la que, por el desarrollo de la tecnología, se consagra el mencionado derecho a la protección de datos personales. Remitirse al nacimiento del derecho a la protección de datos personales pretende conducir a establecer uno de los puntos cardinales de esta investigación, que es el tratamiento legítimo de los mismos. El mismo autor subraya que la protección de la intimidad frente a la informática no significa impedir el proceso electrónico de informaciones sino asegurar un uso democrático y apropiado de las tecnologías de la información y que bajo la premisa de que el derecho a la intimidad ha sido viable, un tratamiento y almacenamiento tecnológico de datos no tiene porque no serlo³.

A su vez, Martínez- Martínez establece que el Estado tiene la obligación de proteger a todos sus ciudadanos de posibles tratamientos no autorizados que podrían devenir en la vulneración de otros derechos fundamentales⁴, para complementar esta noción, Rosas-Lana y Pila- Cárdenas se remiten a la LOPDP de Ecuador al mencionar que en la misma está provisto que todo procesamiento deberá tener fines legítimos⁵, mismos que son consagrados en dicha norma en calidad de bases de legitimación para el tratamiento de datos personales.

Por su parte, la fase precontractual ha sido objeto de amplia discusión en el Derecho Civil y hasta el momento no existe una postura uniforme, ni en la doctrina ni en los ordenamientos jurídicos en lo que respecta al alcance y los efectos de esta fase. La discusión más extensa recae sobre la responsabilidad que la ruptura injustificada de las medidas precontractuales puede abarcar.

Vladimir Monsalve expone las propuestas de Schmidt⁶ y Hilsenrad⁷, mismas que alegan que el objeto de las conversaciones preliminares es preparar el consentimiento de las

³ Aristeo García González, “*La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI, Un estudio comparado*”, (2001), Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 120, 745-749.

⁴ Dolores Martínez-Martínez, “Unification of personal data protection in the European Union: Challenges and implications”, *Profesional de la Información, information professional 27(1)*, 185-194 citado en Gabriela Rosas Lanas y Geoconda Pila- Cárdenas, “*La protección de datos en Ecuador: Una revisión histórica-normativa de este derecho fundamental en el país suramericano*”, 4-16.

⁵ Gabriela Rosas Lanas y Geoconda Pila- Cárdenas, “*La protección de datos en Ecuador: Una revisión histórica-normativa de este derecho fundamental en el país suramericano*”, *Revista Internacional de cultura visual*, (2022), 4-16.

⁶ Joanna Schmidt, “*La sanction de la faute précontractuelle*”, *revue trimestrelle de droit civil*, tomo 42, (París,1974),46 citado en Vladimir Monsalve Caballero, “*La Ruptura Injustificada de los tratos preliminares*”, Tesis Doctoral (Salamanca 2008), 77.

⁷ Arthur Hilsenrad, “Las obligaciones precontractuales”, citado en Vladimir Monsalve Caballero, “*La Ruptura Injustificada de los tratos preliminares*”.

partes para la conclusión del contrato y que de ellas se decide la suerte del mismo.

Menciona que las primeras manifestaciones de voluntad emitidas son “provisionales, imprecisas y débiles⁸” por lo que no tienen el poder de formar el contrato que se desea proyectar y su solo objetivo es el de manifestar de manera progresiva los puntos de sus distintos elementos, razón por la cual esta primera fase es generalmente inconsistente poniendo a la voluntad de las partes en discusión y que por tanto serán iniciativas para concluir eventualmente unas condiciones determinadas⁹. El mismo autor cita a la doctrina italiana, la cual defiende la postura de que los tratos preliminares al tener un fin preparatorio y en principio no vinculante, se catalogan como una fase autónoma y por ende diferente al proceso de formación contractual.

Exponiendo una tesis contrapuesta, el mismo autor se remite al profesor Alonso Pérez, quien, al contrario de los doctrinarios citados previamente, alega que sí existe una relación jurídica entre las partes en la fase de tratativas preliminares en el momento que estas llegan al punto en el que nacen expectativas recíprocas entre las partes fundamentándose en la buena fe contractual, que es la manera en la cual se debería proceder durante toda esta fase. Pérez se percató sobre la necesidad de configurar de manera apropiada esta relación jurídica y establecer ciertas condiciones que se vuelven necesarias entre estos tratos y la confianza. Estudia que la relación jurídica precontractual se compone de dos elementos, por un lado, el elemento subjetivo, que incluye al conjunto de las aproximaciones, actos, conversaciones; entre otros; que forman la etapa in contrahendo, y por el otro el elemento objetivo que se refiere a la buena fe en esta etapa precontractual¹⁰.

3. Marco Teórico

Para lograr comprender cuál es el alcance que tienen las medidas precontractuales como fundamento jurídico para un tratamiento lícito de datos se utilizará una metodología de conceptualización que consiste en definir las ideas base para estructurar un propósito y orientar a la delimitación del problema.

⁸ Joanna Schmidt, “*La sanction de la faute précontractuelle*”, *revue trimestrelle de droit civil*, tomo 42, (París, 1974), 46 citado en Vladimir Monsalve Caballero, “*La Ruptura Injustificada de los tratos preliminares*”.

⁹ Vladimir Monsalve Caballero, “*La Ruptura Injustificada de los tratos preliminares*”.

¹⁰ Mariano Alonso Pérez, “La responsabilidad precontractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1971), págs. 887, Anotaciones y concordancias, a la obra de PIETROBON V., “El error en la doctrina del negocio jurídico citado en “Monsalve Caballero, “*La Ruptura Injustificada de los tratos preliminares*”, 81.

Es necesario desarrollar al término “medidas precontractuales” desde las diferentes perspectivas que existen para poder contextualizarlo en el numeral 5 de artículo 7. El artículo reza que el tratamiento de los datos será lícito y legítimo si cumple con alguna de las condiciones planteadas; que serán desarrolladas de manera posterior; el artículo abarca como bases de legitimación tanto a la ejecución de medidas precontractuales como al cumplimiento de obligaciones contractuales, sin embargo el análisis versará sobre el primer supuesto contemplado.

Una base legal se entiende como una justificación que valida que los datos personales puedan ser tratados¹¹. La Asociación Española de Protección de Datos alude que no sería posible realizar el tratamiento de estos datos por una “razón de oportunidad”, o cayendo en el supuesto de que van a ser útiles después. Por el contrario, se exige que el responsable del tratamiento cuente con la base jurídica que le autorice tratar los datos¹². En la norma ecuatoriana (LOPDP), así como en las normas internacionales que son predecesoras a la misma, existen listas taxativas en las cuales se mencionan dichas bases de legitimación, mismas que serán desglosadas en apartados posteriores. Definir *per se* a la legalidad y la legitimidad, es crucial para poder tener un entendimiento exhaustivo de la investigación que se está desarrollando. Según Luis Legaz Lacambra, desde la perspectiva iusfilosófica, la legitimidad alude a los principios de justificación del Derecho, mientras que la legalidad en el sentido más amplio alude a la existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos a quienes bajo ellas se someten¹³. En el artículo en discusión se abordan ambos conceptos, que, si bien no son sinónimos, están estrechamente ligados y para el propósito de esta investigación, la mención de uno no excluirá al otro y se abordarán de manera similar.

Con el propósito de adquirir una comprensión cabal del tema, resulta imperativo exponer el concepto subyacente, “medidas precontractuales”, en dicho sentido, el Dr. Luis Parraguez realiza un análisis sobre la conceptualización del término en cuestión. Parraguez menciona que si bien existen contratos que se consuman en un solo acto, no sucede en menor frecuencia que abunden otros en los cuales la construcción del mismo

¹¹ León Weinstock, “Formas de legitimación del tratamiento de datos personales”, *Revista Tribuna Libre*. Vol. 8, No. 1, (2021), 144-159.

¹² Agencia Española de Protección de Datos- Guía: La protección de datos en las relaciones laborales, AEPD, (2021).

¹³ Luis Legaz Lacambra, “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 101, (1958) 55-24. Citado en José Luis del Hierro, “*Legitimidad y Legalidad*”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2012), 182.

se vaya desarrollando de manera progresiva, ya sea porque la ley ralentiza la consumación del contrato al exigir ciertas formalidades o porque los interesados “deciden comenzar el tránsito negocial en una fase de conversaciones o tratos preliminares, tratativas o tanteos”¹⁴. Se ha hecho una aproximación en el anterior apartado a dos posturas que discuten el alcance de estas medidas, en el derecho civil. Delimitarlo en el contexto de protección de datos es lo que se pretende alcanzar al evaluar estas dos corrientes doctrinarias.

Parraguez también hace referencia al periodo de los tratos preliminares, aludiendo que los mismos se inician con las primeras aproximaciones de los interesados respecto del negocio en el cual se quiere contratar, concluyendo con la expedición de la oferta o propuesta de contrato¹⁵.

En los textos doctrinarios se distinguen tres etapas en lo que respectan a los contratos, la generación, la perfección y la consumación¹⁶, siendo la primera aquella que calza dentro de la etapa precontractual. El autor Díez Picasso menciona que esta es la fase mediante la cual se elabora un posible contrato, tomando en cuenta la determinación del contenido que se conforma por los actos que los interesados desean discutir y elaborar para posteriormente, plasmarlos en un contrato¹⁷.

Se debe interpretar el supuesto de que, para que en la fase precontractual pueda existir el tratamiento legítimo de los datos, este debe ser realizado a petición del titular, observando también el lado subjetivo del mismo. Pedro de Miguel Asensio, menciona, además, que, al momento de estar en la fase precontractual, puede suceder que sea el responsable quien necesite que cierta información le sea proporcionada, y al tratarse de medidas que deben adoptarse a petición del titular de los mismos, el suministro de esta data no queda comprendido sobre la base de legitimidad que es mencionada en la LOPD y en el RGDP¹⁸. Las directrices 2/2019 son la base de Asensio, puesto que las mismas pretenden esclarecer cómo aplicar la base de legitimación en discusión, en el contexto de la prestación de servicios en línea.

¹⁴ Luis Parraguez Ruiz, “La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares”, *Revista Iuris Dictio*, (2015-2016), 173.

¹⁵ *Ibid.* 174.

¹⁶ Luis Díez- Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Civitas, Madrid, 1996). 267 citado en Vladimir Monsalve Caballero, “*La Ruptura Injustificada de los tratos preliminares*”, 77.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Tratamiento de datos personales con base en la ejecución de un contrato o la aplicación de medidas precontractuales*. 2020.

Bajo esta premisa, se pretende desarrollar la cuestión del alcance de las medidas precontractuales, como bien alega Asensio bajo la premisa de las directrices, el término "a petición del interesado", implica ya una cuestión en la cual la voluntad e iniciativa del mismo es fundamental para que pueda configurarse esta base de legitimación.

El propósito de este estudio, más que hacer una crítica al artículo y al establecimiento de las medidas precontractuales como base de legitimación es desarrollar su terminología para que se pueda tener un mejor entendimiento al momento de aplicar la LOPDP.

4. Marco Normativo

Con miras a determinar cuál es el origen de la LOPDP, recientemente introducida a la legislación ecuatoriana, es necesario realizar un contexto histórico en lo que respecta la normativa hoy vigente sobre la materia.

El referente directo para la creación de la ya expedida ley es sin duda el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea¹⁹, por lo que resulta pertinente mencionar que la independencia de los países iberoamericanos de las colonias españolas no ha supuesto una ruptura en lo que respecta un punto de vista jurídico, puesto a que el Derecho Español continuó influenciando a los juristas latinoamericanos dedicados a la redacción de las leyes y códigos de estos Estados²⁰.

Si bien la LOPDP entró en vigor en la legislación ecuatoriana en el año 2021, la protección de datos personales no es de reciente data, sobre todo en el continente europeo, el primer antecedente con lo que respecta la protección de datos, se remonta a la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹, en París, en donde se establece que ninguna persona será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, tampoco a ataques en su honra y reputación. Menciona que toda persona tiene derecho a que la ley lo proteja contra aquellas injerencias o ataques²², apartado primordial para dar paso al posterior desarrollo de normativa que salvaguarde el derecho a la privacidad y a la información.

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo [RGDP], (UE) 2016/679, El Parlamento Europeo y el Consejo De La Unión Europea, 27 de abril de 2016.

²⁰ Marzia Rosti, "Sobre la existencia de un sistema jurídico Iberoamericano: La reconstrucción de un debate y prospectivas de investigación." *El derecho en red: estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. 428

²¹ Tannia Mayorga, et al. "Historia de la normativa reguladora de la Protección de Datos de carácter personal en distintos países." *Revista Científica el dominio de las ciencias. Volumen 5, No.1*, (2019), 521.

²² Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948

Países pioneros como Francia y Alemania han realizado esfuerzos para proteger la información privada y sensible de las personas desde 1970, no obstante, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea recién entra en vigor el 24 de mayo de 2016 y empieza a aplicarse a partir del 25 de mayo del 2018, por lo que se puede aludir que viene a cambiar las fichas del tablero en este sentido, impactando, puesto que a pesar de ser un Reglamento de la Unión Europea, el mismo se aplica a nivel extraterritorial. Como se estableció en párrafos anteriores, el mencionado reglamento, se ha convertido en un referente para muchas de las legislaciones en América Latina, entre ellas Ecuador, puesto a que han fundado su base tanto sustantiva como adjetiva, así como una gran cantidad de disposiciones muy similares, por no decir iguales a la del citado cuerpo²³.

Entrando en materia, y haciendo referencia directa al ordenamiento nacional, la Ley LOPDP, se promulga en el Registro Oficial Suplemento 459 de 26 de mayo de 2021²⁴, dicha norma garantiza a los ciudadanos ecuatorianos el ejercicio del derecho a la protección de sus datos personales, dotándoles de una mayor seguridad jurídica en lo que respecta salvaguardar su información, incluyendo el acceso y la toma de decisiones acerca de la misma.

Posteriormente, en el Registro Oficial Tercer Suplemento 435 de fecha 13 de noviembre de 2023²⁵ se promulga el Reglamento General a Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (RGLOPDP), el cual viene a complementar y detallar la normativa contenida en Ley, permitiendo su aplicación y la imposición de las sanciones, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida.

Establecer su ámbito de aplicación material, es primordial puesto a que provee el contexto bajo el cual se ejecutará la norma, dicho ámbito está plasmado en el artículo 2, que indica que la ley se aplicará para “el tratamiento de datos personales contenidos en cualquier tipo de soporte, automatizados o no, así como a toda modalidad de uso posterior²⁶. Haciendo alusión al mismo artículo, pero ahora del reglamento adjunto a la ley, se menciona que este es válido para todas las entidades, tanto individuos como empresas, sin importar su nacionalidad o si pertenecen al ámbito público o privado, que manejen datos personales, ya sea como responsables o encargados del tratamiento,

²³ Tannia Mayorga, et al. “Historia de la normativa reguladora de la Protección de Datos de carácter personal en distintos países”.

²⁴ Ley Orgánica de Protección de Datos Personales [LOPDP], R.O. Suplemento 459, 26 de mayo de 2021.

²⁵ Reglamento General a la Ley Orgánica de Protección de Datos [RGLOPDP], Registro Oficial Tercer Suplemento, 435.

²⁶ Artículo 2, LOPDP

independientemente de si operan dentro o fuera de Ecuador. A su vez, se aplica también a aquellos que traten datos de personas no residentes en Ecuador, siempre que realicen estas actividades dentro del país, incluso aquellos responsables y encargados del tratamiento que no estén físicamente en Ecuador, pero estén sujetos a su legislación debido a contratos o normativas internacionales deben cumplir con este reglamento y nombrar un representante legal según lo estipulado en el artículo²⁷.

Otros cuerpos legales nacionales hacen referencia a la protección de datos, y aunque si bien no consagran la misma especificidad que una ley referente al tema, ya generan un precedente con respecto a la intención de reconocer la importancia de salvaguardar la información personal y los principios que le resguardan. Se hará una breve referencia a lo más relevante que se menciona en estas figuras normativas.

Resulta pertinente señalar a la Constitución de la República del Ecuador, la cual reconoce la protección de los datos personales en su artículo 66 numeral 19, como un derecho fundamental. A su vez, la Ley Orgánica de Comunicación en donde si bien no ahonda específicamente en términos referentes a protección de datos personales, si contiene disposiciones relacionadas a la privacidad de la información y su confidencialidad. Por otro lado, El Código Orgánico Integral Penal, se refiere a la protección de datos personales en el contexto de los delitos informáticos y ciberseguridad, en la SECCIÓN SEXTA. Delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar; en el artículo 566.- Medidas de Restricción, numeral 3; y en el artículo 348-c.- Reglas Generales, numeral 4. Por último, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, que regula los aspectos que se relacionan con la privacidad y seguridad en el ámbito digital y que incluye la protección de datos personales. Esto se encuentra en el artículo 32.

5. Desarrollo

5.1 Definición de tratamiento y datos personales

Al ser un cuerpo normativo reciente, la LOPDP presenta términos en materia de protección que resulta imperioso abordar para comprender el desarrollo de esta investigación. Se debe observar el concepto que provee la LOPDP, acerca de los datos personales. Según la misma en su artículo de definiciones²⁸, un dato personal es aquel que “identifica o hace identificable a una persona natural, directa o indirectamente”. Para

²⁷ Artículo 2, RGLOPDP

²⁸ Artículo 4, LOPDP

ahondar en esta definición, es preciso remitirse a los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales adoptados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) y aprobados por la Asamblea General de la OEA en el año 2021, en donde se establece que los datos personales:

“abarcan la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona física de forma directa o indirecta, especialmente por referencia a un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o a uno o más factores referidos específicamente a su identidad física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural o social.²⁹”

La misma organización menciona que a la palabra “datos” se la utiliza en un sentido amplio, dado que, al no hacerlo de una manera taxativa, la protección de los mismos se vuelve más eficiente y global puesto que pueden surgir más datos que deban ser resguardados y esta amplitud permite que entren en la categoría de datos a protegerse, además de ser independiente de la forma en la que estos sean recopilados, almacenados, o recuperados³⁰. No obstante, la norma diferencia ciertos tipos de datos, puesto a que no todas estas categorías son tratadas de la misma manera.

Los datos sensibles, ya que el tratamiento de estos incluye más restricciones, se los considera en una categoría especial de datos personales, como se definen en la LOPDP y a su vez en el RGDP. Estos abarcan el pasado judicial, orientación sexual, la filiación política, y a su vez se contienen los datos biométricos y genéticos, que, si bien no son los únicos, se los ejemplifica ya que a lo largo de este desarrollo se mencionará a ciertos de ellos.

Como se ha hecho referencia en el apartado del Marco Normativo, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, así como su respectivo reglamento, buscan proteger el tratamiento de los datos personales y si bien la norma, en su artículo 4 proporciona una clara definición sobre el término “tratamiento”, el mismo abarca múltiples aristas que deben ser abordadas.

Se entiende como tratamiento de datos al conjunto de transacciones operacionales que se realicen sobre la información de los seres humanos, ya sean automatizados o no³¹. “La

²⁹ Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, Publicación aprobada por la asamblea general de la Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.D/XIX/.20, 3 de enero de 2022. 23.

³⁰ Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, OEA, 23.

³¹ Artículo 4, LOPDP

relevancia de la relación que interconecta los datos y la información no radica en el dato por sí mismo, sino en el tratamiento, asociación con otros datos y utilidad que se le dé³²”.

El tratamiento de estos datos debe ser limitado, ya que solamente se pueden usar “con finalidades determinadas, específicas, explícitas y legítimas”³³, se hace referencia a que tanto el tratamiento como la conservación de estos deben ser compatibles con la finalidad para la cual se los ha recopilado, exceptuando ciertas bases consagradas en el mismo artículo, que excluyen a la voluntad como principio para el tratamiento de los mismos.

El artículo 10³⁴ de la LOPD menciona que no podrán tratarse los datos personales con fines distintos para los cuales fueron recopilados³⁵. Es decir, que se debe hacer el “uso necesario” de los mismos, la ley en el mismo artículo menciona que los datos solamente podrán ser conservados durante un tiempo no mayor al necesario para cumplir con la finalidad de su tratamiento y que para garantizar que los mismos no se conserven durante más tiempo del necesario, el responsable debe establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Ecuador concibe la figura de un Superintendente de Protección de Datos designándolo por primera vez, el 28 de febrero de 2024. Si bien es de reciente implementación y debe vigilarse su funcionamiento a futuro, es un hito histórico poder contar con un ente regulador que supervise de manera directa la utilización de los Datos Personales, e intentar que la sociedad no solamente responda a las sanciones, sino que se vuelva consiente de la importancia de la privacidad, sobre todo en esta nueva era de digitalización.

El sistema de protección de datos tiene distintos integrantes contemplados en el artículo 5 de la LOPDP, el cual menciona que “son parte del sistema de protección de datos el titular, el responsable del tratamiento, el encargado del tratamiento, el destinatario, la autoridad de datos personales y el delegado de protección de datos personales³⁶”, estos sujetos están legitimados para tratar o petitionar el tratamiento de estos datos. En el supuesto de la ejecución de las medidas precontractuales, se reconoce como el sujeto de legitimación al titular que es aquel cuyos datos son el objeto del tratamiento³⁷. En el supuesto que abarca el cumplimiento de una obligación contractual,

³² Yadira Rosario Nieves y Gloria Ponjuan, “Tratamiento de datos personales y acceso a la información. Visiones a partir de la academia”. *Revista de ciencia sociales y humanas Universitas*, (2021), 171.

³³ Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, OEA, 41.

³⁴ Artículo 10, LOPDP.

³⁵ Artículo 10, LOPDP.

³⁶ Artículo 5, LOPDP

³⁷ Artículo 4, LOPDP

se contempla al responsable o encargado que es la persona natural o jurídica, pública o privada, autoridad pública u otro organismo, que solo o conjuntamente con otros decide sobre la finalidad y el tratamiento de datos personales³⁸, y a un tercero al cual se le haya habilitado legalmente.

5.2 Análisis de las bases de legitimación consagradas en el artículo 7 de la LOPDP

En el apartado inmediatamente anterior, se esclarecieron los términos más relevantes en lo que respecta la Protección de Datos, se definió y desglosó a los conceptos: “datos personales” y “tratamiento”; permitiendo así, una comprensión de los mismos para poder analizar exhaustivamente el artículo 7 del cuerpo normativo al que se ha venido haciendo referencia a lo largo del presente trabajo³⁹.

Si bien la discusión se centra en el análisis específico del numeral 5 del artículo mencionado⁴⁰, resulta necesario explorar cada uno de los supuestos contemplados en los demás numerales, puesto que cada uno de ellos alberga una base legitimadora que requiere de una descripción que permita discernir apropiadamente la pertinencia de su aplicación. Para poder dilucidar la interrogante que es materia de toda la investigación que se ha presentado hasta ahora⁴¹, es fundamental diferenciar cuándo resulta más apropiado emplear esta base legal como la más apropiada y pertinente. Por ende, la justificación de segmentar cada numeral, radica en el interés de distinguir cuando resulta adecuado recurrir a cada base legitimadora, concepto que se ha abordado ya de manera inicial en el marco teórico.

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, titulado “Tratamiento Legítimo de Datos Personas⁴²”, el cual reza que “El tratamiento será legítimo y lícito si se cumple con alguna de las siguientes condiciones”⁴³, que son aquellas que se desglosarán a continuación. Se consagran las mismas bases de legitimación que en el artículo 6 del RGDP de la Unión Europea, evidenciando una vez más la influencia directa que tiene dicha norma en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano.

³⁸ Artículo 4, LOPDP

³⁹ El cuerpo normativo al que se hace alusión es la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

⁴⁰ Artículo 7, LOPDP

⁴¹ ¿Cuál es el alcance de las medidas precontractuales como base legitimadora?

⁴² Se incurre en un error de redacción inminente al texto normativo

⁴³ Artículo 7, LOPDP

El consentimiento del titular para el tratamiento de datos personales⁴⁴, como primer sustento legítimo, constituye un principio cardinal en la protección jurídica de la privacidad y la autodeterminación informativa, que engloba la decisión de la persona por sí sola en el contexto de la difusión y por ende uso de sus datos personales⁴⁵. El consentimiento debe ser libre, informado, inequívoco y revocable. A su vez, si el mismo se da para varios fines debe existir constancia del mismo, según el artículo 8 de la misma norma⁴⁶.

La condición de que sea realizado por el responsable del tratamiento en cumplimiento de una obligación legal comprende aquello que la ley o la norma nos constriñe a dar, hacer o no hacer, que en este caso la obligación sería la de proporcionar datos personales⁴⁷.

En el tercer numeral del artículo⁴⁸, se analiza la condición de que el tratamiento de datos sea realizado por el responsable del tratamiento, por orden judicial, debiendo observarse los principios de la presente ley. Con aras de destacar la implementación normativa respecto a la protección de datos⁴⁹, cabe mencionar que febrero del presente año se expidió el Reglamento Para el Tratamiento de Datos Personales dentro de Procesos Judiciales, con la finalidad de precautelar el derecho al honor, al buen nombre, y, a la no discriminación por pasado judicial de las y los intervinientes en procesos judiciales.

Por otro lado, el numeral 4, que se rige bajo la misma línea de lo mencionado en el párrafo anterior, comprende un enfoque que se basa en el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos otorgados al responsable del tratamiento. Este supuesto está sujeto a ciertas condiciones y salvaguardias importantes como la establecida en RGDP, que menciona que “se debe garantizar que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea.⁵⁰”, englobando de tal forma, que el tratamiento de datos debe seguir los criterios de legalidad, proporcionalidad y necesidad⁵¹.

⁴⁴ Artículo 7, numeral 1, LOPDP

⁴⁵ Isabel Davara, et al. Conceptos fundamentales. Diccionario de Protección de Datos Personales. México, 2019. 82.

⁴⁶ Artículo 8, LOPDP

⁴⁷ Artículo 7, numeral 2, LOPDP

⁴⁸ Artículo 7, numeral 3, LOPDP

⁴⁹ En este apartado específico

⁵⁰ RGPD, apartado 10

⁵¹ Principios Actualizados OEA

La base jurídica recabada en los apartados 2, 3 y 4 no configuran una proporción de los datos de manera voluntaria si no que legitima el uso de los datos mediante una orden emitida por el órgano jurisdiccional, razón por la cual no debería existir una confusión en cuanto a su aplicación.

En el numeral 5, se recaba el principal enfoque que se le va a dar al presente trabajo, específicamente la sección que abarca la ejecución de medidas precontractuales a petición del titular. El presente apartado hace referencia a una situación en la que el tratamiento de datos personales está justificado por la necesidad de llevar a cabo medidas precontractuales a solicitud del titular de los datos, o para cumplir con obligaciones contractuales perseguidas por el responsable del tratamiento de datos, el encargado del tratamiento de datos o por un tercero legalmente habilitado.

Si bien la base de legitimidad se configura cuando se cumplen ambos supuestos, se puede explorar tanto el lado objetivo como subjetivo de la misma. Haciendo alusión al sujeto, se menciona que será el titular de los datos quien haga la petición. Es pertinente mencionar a la teoría de la voluntad, en la cual se menciona que “[e]l motivo por el cual la voluntad es reconocida y protegida, consiste en que la voluntad en sí misma es un elemento que sustancial que reclama protección”⁵². Se puede hablar de la voluntad como un elemento sustancial, que posee un valor inherente a la misma, razón por la cual, debe ser protegida. Interconectar esta teoría bajo la premisa de la petición del titular, da paso a mencionar los derechos a la privacidad y a la autodeterminación, siendo vital que se cumpla con este requisito para poder otorgar legitimidad al tratamiento de los datos en la ejecución de las medidas precontractuales.

Como se ha venido presentando, se cree que puesto a que el concepto de medidas precontractuales sigue siendo ampliamente discutido, ya que hay corrientes doctrinarias que tienen un abordaje y una hipótesis muy distinta a lo que respecta este término y los momentos de la fase in contrahendo, existe una falta de especificidad en lo que respectan las medidas precontractuales en este contexto, especialmente cuando desempeñan un rol tan fundamental como dotar de legitimidad al tratamiento de datos personales.

Para evidenciar la discusión con respecto al tema, se puede observar a la Unión Europea, en la cual ciertos países reconocen a la responsabilidad precontractual y otros no lo han hecho. En el contexto ecuatoriano, al no ser un concepto que se ha desarrollado

⁵² Rudolf Von Jhering, “Teorías absolutas: Teoría de la voluntad”, en *La Teoría de la protección posesoria*, *Publicación original*, *Imprenta de la Revista de Legislación*, (Madrid 1892), 64-79.

en la legislación, sobre todo en el ámbito del Derecho Privado, pueden causar una interrogante en tanto a su alcance y hasta qué punto se pueden aplicar las mismas.

El segundo supuesto contenido en el numeral 5, se remite a la ejecución contractual. Las relaciones contractuales están exhaustivamente regladas en el ordenamiento, razón por la cual no se genera una duda con respecto a su alcance y a su límite. No existe una inquietud en cuanto al nacimiento y terminación de este precepto utilizado como base legítima, contrario a lo que sucede con la ejecución de medidas precontractuales.

Las directrices 2/2019 que versan sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b⁵³ del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados, exploran la necesidad de tomar medidas antes de firmar un contrato, y se menciona el hecho de que “puede ser necesario el tratamiento preliminar de los datos personales antes de celebrar el contrato, a fin de facilitar la propia celebración”⁵⁴. Menciona a su vez, que al momento de celebrar el contrato no está claro si el mismo finalmente se concluirá, y que puede resultar aplicable el segundo supuesto del artículo; en donde se contempla la necesidad del tratamiento de los datos para la ejecución de un contrato; cuando el interesado lo solicite en el contexto de una *posible* celebración del contrato⁵⁵. Si bien esta directriz provee una aclaración sobre el tema, se sigue incurriendo en la duda respecto al alcance de dichas medidas, puesto a que, aunque no se celebre el contrato todavía, da paso a que se pueda aplicar el segundo supuesto, y no se esclarece hasta qué punto es legítimo el tratamiento bajo este precepto⁵⁶, aunque sea a petición del titular.

No se discute el principio de autodeterminación ni de necesidad, entendiéndolo bajo el concepto de que es el titular quien hace la petición, no obstante, si se discute la falta de claridad en cuanto hasta donde llegan las medidas precontractuales per se, como fundamento legítimo.

Tal y como se ha mencionado en apartados anteriores, es preciso recalcar que la petición del interesado es un requisito *sine qua non* para que se pueda realizar el

⁵³ Artículo análogo al 7 de la legislación Ecuatoriana

⁵⁴ Comité Europeo de Protección de datos, "Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados", 2019, disponible en: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-2019-processing-personal-data-under-article-61b_es

⁵⁵ *ibid*

⁵⁶ El precepto de las medidas precontractuales como base legitimadora

tratamiento legítimo de los datos bajo el supuesto de la ejecución de las medidas precontractuales.

El numeral 6⁵⁷ abarca el tratamiento de datos personales con el fin de proteger intereses vitales del interesado o de otra persona natural, como su vida, salud o integridad, como base de legitimación. Este numeral se aplica en situaciones críticas en las que el procesamiento de datos es necesario para salvaguardar la vida o la salud de una persona,

El penúltimo numeral que abarca el tratamiento de datos personales que constan en bases de datos de acceso público como base de legitimación, implica que la disponibilidad pública de estos datos sirve como justificación legal para su procesamiento, es decir, el hecho de que los datos estén accesibles al público en general proporciona un fundamento jurídico para que una organización o entidad los utilice sin necesidad de obtener el consentimiento explícito del titular de los datos.

El último apartado otorga legitimidad al tratamiento de datos personales para satisfacer un interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero, con esto se refiere a una situación en la que una entidad procesa datos personales basándose en un interés legítimo que no está relacionado directamente con el cumplimiento de una obligación legal o contractual, sino que tiene una justificación legítima y razonable en el contexto de sus actividades. El tratamiento de datos puede considerarse legítimo siempre que se respeten los derechos y libertades fundamentales de los individuos, no haciendo un uso excesivo y abusivo del mismo⁵⁸.

Todas estas bases para un tratamiento legítimo y lícito de datos consagran principios que se han ido mencionando a lo largo del presente trabajo. El supuesto al que se está analizando, cuenta también con estos principios, no obstante, al tratar de delimitar la naturaleza del alcance de las medidas precontractuales como el objeto a la base de legitimación se debe adoptar una postura clara sobre las mismas, como se observará en el ulterior apartado.

5.3.1 La expresión medidas precontractuales y su entendimiento en la LOPDP

La falta de desarrollo del concepto “medidas precontractuales” en los ordenamientos jurídicos, genera una insuficiencia y por tanto una interrogante en lo que

⁵⁷ Artículo 7, numeral 6, LOPDP

⁵⁸ Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable de tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la directiva 95/46/CE", 9 de abril de 2014, Recuperado de https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf

respecta a qué se refiere la LOPDP al mencionar las medidas precontractuales como base legitimadora. El único pronunciamiento que tiene el RGDP, es en el apartado 44 en el cual establece que “el tratamiento debe ser lícito cuando sea necesario en el contexto de un contrato o de la intención de concluir un contrato”⁵⁹, y para proporcionar algo de sustento a su vez lo que se ha mencionado en el apartado anterior, con respecto a las directrices 2/2019⁶⁰.

En su artículo 1562, el Código Civil menciona que:

“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y, por consiguiente, obligan no a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre pertenecen a ella”⁶¹.

Como se evidencia, la legislación Ecuatoriana, no se pronuncia de manera expresa sobre las tratativas precontractuales *per se*. De hecho, al referirse a un principio tan fundamental como el de buena fe, menciona únicamente su aplicabilidad en la fase de ejecución del contrato, omitiendo a la fase de negociación y celebración.

El principio “*alterum non laedere*”, cuyo significado es no dañar a otros, durante esta fase precontractual está estrechamente ligado con la buena fe antes mencionada, no obstante, se evidencia que, en la legislación ecuatoriana, estas medidas no son contempladas. Abordando este tema bajo la doctrina de Schmidt y Hilsenrad, en la cual se alega que estas no constituyen una relación jurídica entre las partes, y que pueden llegar a ser insuficientes, pone en duda la pertinencia de contemplar a las medidas precontractuales como un supuesto bajo el cual es legítimo tratar datos.

Sin embargo, el derecho comunitario europeo ha defendido la hipótesis del respeto a la buena fe, esto se puede evidenciar en el fallo en el caso *Marconi VS Sinto Maschinenfabrik*⁶², fallo en el cual el Tribunal de Justicia Europeo ratificó la responsabilidad precontractual desde la perspectiva del derecho de contratos, reconociendo que la reparación podía encontrarse en la infracción cometida en contra del deber de no dañar a otros, debiendo haberse actuado conforme a la buena fe durante esta etapa precontractual, permitió el reconocimiento de la responsabilidad que podría generarse al no cumplir el deber de no dañar a otros.

⁵⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE

⁶⁰ Ver referencia 48.

⁶¹ Código Civil, R.O. Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

⁶² Tribunal de Justicia Europeo, sentencia C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik, 17 de septiembre de 2002.

En el contexto de la protección de datos personales, es inminente aplicar el principio de buena fe, puesto a que en esta fase precontractual se tiene acceso a información relevante de los sujetos, y si bien la ley es clara con respecto al momento en el cual estos datos deben ser suprimidos y eliminados, en la práctica abundan los casos en los cuales se evidencia el uso erróneo e incluso abusivo de estos y en los cuales se vuelve imperioso tener un control sobre el almacenamiento de los mismos.

Si bien se han establecido dos supuestos completamente opuestos, bajo los cuales se puede tratar de colmar e interpretar a que se refiere la ley con la expresión “medidas precontractuales”, se vuelve necesario defender la teoría de que estas medidas sí son tomadas en cuenta y deben reconocerse en el ordenamiento jurídico.

Presentando ejemplos prácticos, las negociaciones comerciales constituyen el modelo paradigmático de la teoría plasmada previamente. En las etapas preliminares, es decir durante las negociaciones comerciales, también se puede solicitar información relevante mutua, sin embargo es ineludible determinar el rol que cada parte va a desempeñar, puesto a que claramente se establece que para configurar la base de legitimación que otorgan las medidas precontractuales, es el titular quien debe hacer la petición⁶³, y si no es de esta manera, se incurriría en una incorrecta aplicación de este artículo y se deberá legitimar bajo otro de aquellos numerados en el artículo 7.

Por otro lado, las fases de preselección laboral, que aunque se apartan un poco del ámbito del Derecho Civil como tal, constituyen un ejemplo práctico para determinar el tratamiento de datos en lo que respectan las medidas precontractuales. Previo a cualquier selección laboral, el potencial contratante deseará verificar los antecedentes laborales del posible trabajador. En el mismo numeral⁶⁴ del artículo 7, se consagra a la ejecución de un contrato como la misma base de legitimación, por lo que es apropiado realizar un símil entre las medidas precontractuales y la ejecución del contrato, no en cuanto esencia, más si en el fundamento que tienen ambos como base de legitimación. En el campo laboral, la base jurídica que prima es aquella que legitima a la ejecución de un contrato, ya que el consentimiento del afectado no tendría validez puesto que se proporciona en un contexto de “desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento”, razón por la cual los principios de proporcionalidad y limitación a la finalidad deben ser muy tomados

⁶³ Artículo 7, numeral 5, LOPDP

⁶⁴ Numeral 5

en cuenta⁶⁵. En la pre selección laboral, que en este caso se está analizando como uno de los enfoques que se le podría dar a la expresión “medidas precontractuales”, se observa el mismo desequilibrio entre ambas partes con la diferencia de que la ley establece que para utilizar a las medidas precontractuales como base de legitimación, la misma tiene que ser a petición del titular, como se explicó en el supuesto anterior, no obstante, la consecuencia de que el titular no desee proveer un dato en específico, es la misma ateniéndose a que podría perder la oportunidad laboral por este motivo, cosa que nos lleva de nuevo a la pregunta en cuestión, ¿cuál es el alcance de las medidas precontractuales como base de legitimación? Y porque es tan importante que se haga una aclaración en la definición de este término.

Se han expuesto ejemplos acerca de qué podría entenderse como una medida precontractual, no obstante, los mismos no deben entenderse bajo el precepto de que se pretende realizar una restricción o una taxación a los mismos, ya que no constituirá de una posibilidad puesto a que no se puede contemplar cada negocio jurídico celebrado alrededor del mundo.

Se pretende poner en evidencia que cada uno de los casos expuestos tienen diferentes abordajes en lo que respecta su inicio y su conclusión como medida precontractual, convirtiéndose, ya sea en un contrato plasmado o en la ruptura de las medidas precontractuales puesto a que no se llegó a contratar, y es imperativo reiterar que deben existir especificaciones con respecto a la extensión de esta base de legitimación, y su alcance.

6. Conclusiones y Recomendaciones

En el presente trabajo se ha hecho un análisis en lo que respecta la aclaración de terminología técnica en materia de datos personales y se han explicado cuáles son las bases de legitimación para el tratamiento de datos personales previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En particular, se ha analizado la expresión "medidas precontractuales", que consta enunciada como una base de legitimación en la LOPDP y se ha expuesto su falta de desarrollo en nuestro ordenamiento

La respuesta a esta pregunta es bastante compleja, ya que, para definir claramente su alcance, debemos analizar cada caso específico. Aunque no es el objetivo de este trabajo proporcionar una lista exhaustiva de lo que se entendería por una medida

⁶⁵ Agencia Española de Protección de Datos. "La protección de datos en las relaciones laborales." En: Guías de la Agencia Española de Protección de Datos. (2021), Recuperado de <https://www.zaragoza.es/contenidos/proteccion-datos/PD-RELACIONES-LABORALES.pdf>

precontractual, dado que las relaciones jurídicas ocurren constantemente y sería imposible regular cada una de manera específica, considero que la explicación sobre estas medidas precontractuales resulta insuficiente y al existir tanta discusión sobre las mismas, se debe adoptar una postura que haga concordancia con lo que se ha plasmado en la Ley. He llegado a la conclusión de que, de cierta manera, esta base de legitimación sí tiene un alcance y una limitación, lo cual se ajusta a los principios que hemos analizado, como el de necesidad o el de autodeterminación informativa explicados en los apartados correspondientes. Es fundamental que una base de legitimación cuente con restricciones que la hagan confiable y segura para poder tratar los datos de manera estrictamente necesaria, como también se ha mencionado. Sin embargo, la falta de especificidad presenta un desafío a superar en la legislación, ya que deja mucho a la interpretación y podría dar lugar a abusos y usos excesivos en relación con este fundamento legal.

No deja de parecerme un hito la implementación de este cuerpo normativo en la legislación ecuatoriana, ha sentado un precedente para nuestro ordenamiento al querer ocuparse de proteger un tema que si bien no es actual en esencia; con esto me refiero a la protección a la vida privada y a la información; es bastante nuevo en lo que respecta el desarrollo tecnológico global que experimentamos actualmente y que sigue evolucionando día a día. Ahora es más importante tener un amparo con respecto a nuestros datos, puesto a que con la evolución del internet los mismos están almacenados en abundantes bases de datos y no son de difícil alcance, y como se ha definido, estos son aquellos que nos hacen identificables incluyendo a los datos sensibles que contienen información que nos caracteriza, y por múltiples razones se desea que esa información no esté al alcance de cualquier persona.

Creo que la Unión Europea mediante su reglamento ha hecho un trabajo fantástico y realmente se puede apreciar la evolución que la misma ha tenido, no obstante, y como he reiterado a lo largo del desarrollo es un tema actual, necesita desarrollo en muchas áreas consagradas en la ley.

A su vez, opino que desglosar un tema como son las medidas precontractuales, que en su mayoría han sido abordadas desde la perspectiva del Derecho Civil, desde una perspectiva de protección de la data es algo muy interesante ya que son dos conceptos que, analizados en conjunto, no han sido fuente de exhaustivo estudio, ya que la doctrina no las ha estudiado y no abundan, por no decir que no existen, precedentes jurisprudenciales sobre el tema en concreto.

Como recomendación, sugiero hacer un llamado a la autoridad nacional de datos personales y, al mismo tiempo, a los legisladores, para que desarrollen este tema específico. Puede parecer que analizar un fragmento del numeral de un artículo no sea relevante; sin embargo, en mi opinión lo es, ya que, como he sostenido a lo largo del análisis, las bases de legitimación consagradas en el artículo 7 tienen un rol crucial, que es determinar si se permite o no el tratamiento legítimo de los datos personales de cada individuo.