



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA VALORACIÓN AUTOMATIZADA DE LOS
FICHEROS PÚBLICOS.

Autor

Edison Andrés Terán Tapia

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA VALORACIÓN AUTOMATIZADA DE LOS
FICHEROS PÚBLICOS.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesora Guía

Mgs. Lorena Naranjo Godoy

Autor

Edison Andrés Terán Tapia

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, Responsabilidad civil de la valoración automatizada de los ficheros públicos, a través de reuniones periódicas con el estudiante Edison Andrés Terán Tapia, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Lorena Naranjo Godoy
Magíster en Derecho de las Nuevas Tecnologías
C.C.1708293780

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, Responsabilidad civil de la valoración automatizada de los ficheros públicos, del estudiante Edison Andrés Terán Tapia, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Diego Alejandro Oviedo Polo
Magíster en Derecho Civil Patrimonial
C.C.1714366133

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Edison Andrés Terán Tapia
040153176-9

AGRADECIMIENTOS

A la doctora Lorena Naranjo por ser una guía de conocimientos y rectitud.

Al doctor Diego Oviedo, por la paciencia para con el presente trabajo.

DEDICATORIA

A Sofía, en el cumplimiento de una promesa.

RESUMEN

La información le ha concedido poder a quien la ostenta, además ha permitido el surgimiento de una nueva clase: la de los detentadores de la información; pero resulta que no solo quien posee información tiene poder, sino que puede llegar a ser más poderoso quien tiene la capacidad para manejarla. Pese a lo mencionado anteriormente, un mal manejo puede ocasionar perjuicio a las personas víctimas del tratamiento, el presente trabajo se centra en analizar cómo se produce el daño cuando los datos personales son sometidos a un tratamiento, y cómo repararlo cuando ya se ha producido.

Palabras clave: Intimidad, privacidad, derecho a la protección de datos personales, responsabilidad objetiva, daño.

ABSTRACT

The information has granted power to whoever holds it, in addition it has given itself the luxury of making a new class emerge: that of the holders of information; but that means there is no one who can have the ability to handle it. Despite what was previously, poor management can cause harm to people who have been victims of treatment, the present work focused on analyzing how damage occurs, and how to repair it when it has already occurred

Key words: Intimacy, privacy, right to personal data protection, objective accountability, damage.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. RELEVANCIA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES	2
1.1. Antecedentes	2
1.2. Contenido esencial	4
1.2.1 Autodeterminación informativa.....	4
1.3. Datos personales	5
1.4. Principios de protección de datos personales	6
1.4.1 Principio de licitud.....	6
1.4.2 Principio de consentimiento informado.	7
1.4.3 Principio de calidad.....	8
1.5. Habeas data como garantía constitucional del derecho de protección de datos personales.....	9
1.6. Derecho de protección de datos personales.....	11
2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	12
2.1. Nociones generales.....	12
2.1.1 La responsabilidad extracontractual a través del tiempo.....	13
2.2. Los sistemas de responsabilidad.....	15
2.2.1 La responsabilidad por culpa	15
2.2.2 La responsabilidad objetiva	16
2.3. El daño como elemento esencial de la responsabilidad.....	17
2.3.1 Requisitos del daño	18
2.3.2 Clasificación del daño	20
3. MAL USO DE LA VALORACIÓN AUTOMATIZADA DE LAS BASES DE DATOS A CARGO DE INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DEL ESTADO.	21

3.1. Bases de datos.....	21
3.2. Proceso de automatización.....	22
3.3. Valoración automatizada en empresas estatales, caso CNT.....	23
3.4. Insuficiencias del actual sistema de protección de datos y propuestas de regulación en el Ecuador.	25
3.5. La tutela frente al tratamiento ilegítimo:	26
3.6. Reparación del daño producido por la valoración automatizada en el derecho comparado.....	27
3.7. Responsabilidad por la valoración automatizada en el Ecuador.....	29
4. CONCLUSIONES.....	32
REFERENCIAS	34

INTRODUCCIÓN

La gama de derechos que conocemos en la actualidad no surgió en un solo momento a manera de big bang, sino que fue ganando terreno a través de la historia, fruto de las distintas luchas sociales y a través de las necesidades de la sociedad, es por esto que autores como Norberto Bobbio, Antonio Pérez-Luño entre otros, consideran a los derechos como “categorías históricas” (Garriga A, 1999, p.19).

Para Norberto Bobbio "los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos" (ibídem) y enfatiza “nacieron cuando pueden y deben nacer, nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico (...) crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios para su indigencia” (ibídem)

Se hace alusión a la evolución de los derechos porque el derecho a la protección de datos personales es de reciente data, se lo considera como una evolución del derecho a la intimidad, como respuesta a los avances de la era tecnológica y la falta de protección para con la dignidad de los seres humanos.

Pese a que nuestro país materializa el derecho a la protección de datos personales en la Constitución enunciándolo en el numeral 19 del artículo 66, este derecho carece de desarrollo por parte de la jurisprudencia ecuatoriana, así mismo, cuando el mencionado derecho ha sido vulnerado, no existen criterios uniformes acerca de cómo puede ser subsanada la transgresión.

El mal uso de la información automatizada dentro de los bancos de datos puede generar daño a su titular, éste hace surgir a la responsabilidad, la que se encarga de resarcir el perjuicio ocasionado, intenta hacer volver las cosas al estado en que se encontraban antes de surgir el perjuicio.

El trabajo se encuentra dividido en tres capítulos: el primer capítulo trata de explicar en qué consiste y qué abarca el derecho de protección de datos personales, haciendo especial énfasis en el enfoque europeo respecto al derecho de protección de datos, recalcando que dicho enfoque tiende a ser más garantista con los ciudadanos, compaginando con el ideal de garantismo fijado en nuestra Constitución.

El segundo capítulo hace referencia a la responsabilidad civil, haciendo especial hincapié en el análisis del daño, y las formas en que este se manifiesta. El tercer capítulo se erigió aludiendo el mal uso de los ficheros o bases de datos (en adelante bases de datos) por parte de instituciones y órganos del Estado, la forma de reparar la lesión que el mal uso de las bases de datos puede generar en los seres humanos. Este estudio se apoya en la doctrina especializada en el tema.

1. RELEVANCIA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

1.1. Antecedentes

El reconocimiento de nuevos derechos surge con las problemáticas jurídicas que van germinando dentro de la sociedad. Para poder entender todo lo que implica el derecho a la protección de datos personales es necesario revisar los conceptos de intimidad y privacidad para poder diferenciarlos entre si y también con el derecho de protección de datos personales.

Pese a que existe mucha confusión cuando se habla acerca de intimidad y privacidad, cabe destacar que no son sinónimos, el término intimidad proviene de la palabra latina *intumus*, que a su vez se deriva del verbo *intus*, cuyo significado es «dentro»... «Íntimo» e «intimidad» se refieren a lo más reservado del ser humano. (Noain A, 2016, p.78) Es decir, lo relativo a lo íntimo se relaciona estrechamente con lo esencial del ser humano.

Ampliando el concepto antes mencionado, la intimidad engloba el conjunto de emociones, sentimientos y estados de ánimo que constituyen la vida afectiva de los seres humanos (Celis M, 2006, p. 73), es decir, lo íntimo es lo que no se revela al mundo exterior porque es intrínseco a los seres humanos. “La intimidad es, pues, un factor de individualización, un «recinto secreto del alma» que hace al ser humano ser quien es y que, por tanto, no es objetivable «desde fuera» ni objeto de derecho” (Noain A, 2016, p. 81), en otras palabras, la intimidad no es susceptible de apropiación ni divulgación por parte de terceros.

Con respecto a la privacidad, no existe una definición específica de la misma, debido a que va de la mano con el concepto de vida privada, sin embargo hay que mencionar que el primer estudio acerca de la privacidad se dio en los Estados Unidos de América por parte de los juristas Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, quienes publicaron un artículo acerca de lo que consideraban vida privada en la Harvard Law Review de 1890 (Martínez J, 2016, p. 412)

La privacidad nació con la concepción de “right to be alone” el cual más adelante fue desarrollado de manera explícita por Alan Westin, quien manifestaba que el reconocer la vida privada implicaba:

“La pretensión de los individuos [...] de determinar cuándo, cómo y hasta dónde se comunica a los demás información sobre ellos [...] El derecho de un individuo a decidir qué información sobre él mismo se debería comunicar a los demás y bajo qué circunstancias” (Noain A, 2016, p. 95)

Antes de la sociedad de la información el derecho a la privacidad era suficiente protección para los seres humanos, esto porque “*el respeto a la vida privada podía realizarse mediante el uso de los sentidos [...]. Los muros de una casa, la soledad de un lugar desierto, incluso el tono expresivo oral del susurro, eran suficientes para asegurar la protección de la privacidad.* (Martínez M, 2018, p. 39) Es decir, la privacidad de los seres humanos podía guarecerse sin mayor dificultad física.

Con el avance de las tecnologías se necesitó mayor protección legislativa para los individuos, porque lo que se consideraba protegido a través del derecho de privacidad se veía lesionado, ante esta situación nace el derecho de protección de datos personales.

1.2. Contenido esencial

1.2.1 Autodeterminación informativa

El derecho a la autodeterminación informativa es de reciente data, y se considera una evolución del derecho a la intimidad. El primer vestigio acerca del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa se realiza en Alemania a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, relativa a la Ley de Censo de 1982.

La mencionada sentencia se refiere al conflicto de la entrada en vigencia de la Ley de Censo de la Población de 1982. Lo que esta ley buscaba era información detallada y personal de los ciudadanos, convirtiéndolos en cosas, (Schwabe J, 2009, p. 88) es decir, reduciéndolos a objetos susceptibles de contabilización. Uno de los aspectos importantes de la mencionada sentencia es el reconocimiento de que la información constituye un bien susceptible de comercio y de tráfico jurídico. Por ende, surge el peligro de que el titular pueda perder el dominio de su información personal.

Con la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones concernientes a cada persona se ha necesitado una respuesta jurídica. *La autodeterminación informativa se considera un derecho fundamental derivado del derecho a la intimidad y se concreta en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida tanto en registros públicos como privados, especialmente, aunque no exclusivamente, en aquellos almacenados en medios informáticos.* (Noain A, 2016, p. 88) Es decir, el derecho a la autodeterminación informativa protege los datos de los seres humanos a través del control del uso de los datos personales.

1.3. Datos personales

Las diferentes legislaciones que tratan la definición de datos personales tienen una definición casi similar, para el presente estudio hemos tomado como referencia el concepto de La ley orgánica española 15/1999, su artículo 3 literal a) define a los datos de carácter personal como: “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.” Los elementos que componen este concepto son «toda información», «sobre», «identificada o identificable», «persona física».

La alusión a toda información es acerca de una afirmación sobre una persona, es decir, información objetiva, subjetiva. Uno de los aspectos más importantes con respecto al término información es que se puede considerar como dato personal sin que sean verdaderas o estén comprobadas. (López-Vidriero T, Iciar y Santos P, 2005, pp. 29, 30) El derecho a la protección de datos permite corregir la información errónea a través de los derechos y principios que nos referiremos más adelante.

Cuando se menciona el término «sobre» de manera general se puede estimar que la información trata *sobre* una persona cuando se refiere a ella. Muchas veces, aquella relación se establece fácilmente. (Martínez M, 2018, p. 143) Cabe destacar que cuando se alude al término sobre va de la mano de la persona a quien se trata de identificar.

La persona puede ser identificada o identificable, habitualmente, se puede reputar identificada a una persona física cuando, en medio de un grupo de personas se la distingue de los otros integrantes del grupo. Por tanto, la persona física puede ser identificable cuando, a pesar de que no se la haya identificado todavía, sea factible hacerlo. (Ojeda Z, 2015, p. 59) La factibilidad se consigue por medio de datos concretos, así parezcan inocuos, como por ejemplo color de vestimenta, número de pupitre, entre otros.

Con respecto a la persona física, en Ecuador sería la persona natural, es decir, los seres humanos, (López-Vidriero T, Iciar y Santos P, 2005, pp. 29, 30), cabe destacar que el derecho a la protección de datos personales es universal, sin circunscribirse a nacionales o residentes de cierto país, no está por demás citar La declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 6 determina que «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.»

Debido a la complejidad del derecho de protección de datos personales, no es suficiente la autodeterminación informativa ni la definición de lo que se considera como dato personal, es por esto que este derecho tiene vinculados derechos y principios que veremos a continuación.

1.4. Principios de protección de datos personales

1.4.1 Principio de licitud

El tratamiento de los datos personales debe realizarse apegado a la ley, de manera legítima o leal, en base a la normativa imperante, de acuerdo a lo convenido entre el responsable y el titular de los datos personales. (López-Vidriero T, Iciar y Santos P, 2005, pp. 50)

Este principio tiene que estar presente en todo tratamiento de datos personales, cuando se lo omite convierte a aquel tratamiento en ilícito. Cuando ya se encuentren tratando los datos personales, aquel tratamiento que no respete y aplique este principio será ilícito, debiéndose cancelar el tratamiento. (Recio M, 2015, p. 23) Es indispensable brindar información que posibilite al titular de los datos personales saber con exactitud con qué fin (lícito) serán tratados sus datos personales. La legalidad incluye el concepto de legitimidad y repudia la recopilación arbitraria de datos personales.

La importancia del mencionado principio radica en una exigencia para con el responsable del tratamiento, para que su actuar se encuentre apegado a la ley,

demostrando buena fe, respetando los derechos de la persona cuya información es sometida a tratamiento.

1.4.2 Principio de consentimiento informado.

A través del consentimiento el titular de los datos voluntariamente permite el tratamiento de sus datos de carácter personal, contando previamente con la información adecuada, suficiente, necesaria al respecto, pudiendo ser revocado en cualquier momento. (Santos D, 2005, p. 61) Este principio legitima el tratamiento de los datos personales, porque parte de la razón de existir del derecho de protección de datos personales es conocer todo lo relativo a los datos, después de conocer puedo disponer, es decir consentir o no para el tratamiento de datos.

El consentimiento se configura por la declaración de voluntad del titular de los datos de carácter personal, por medio de la que admite que el que recoge los datos tenga la posibilidad de tratarlos de conformidad al contenido del derecho de información que se debió efectuar con anticipación a la recogida. Para que pueda surgir el consentimiento enmarcado dentro de la ley, tiene que ser informado e inequívoco. (Santos D, 2005, p. 62)

El principio del consentimiento se traduce en la posibilidad que poseen los afectados de disponer de los datos, de inspeccionar las informaciones relacionadas a su persona y la transmisión de estas informaciones; para que el interesado dé su consentimiento legítimo, tuvo que ser informado anticipadamente, si no sabe qué consiente, no podrá reputarse valedero el consentimiento. (Rebollo L, Saltor C, 2013, p. 84)

Al responsable de la base de datos le corresponde obtener el consentimiento de los titulares de los datos que va a incorporar en la base o a someter a tratamiento. El afectado tiene la potestad de dar o no su consentimiento, determinando a quién permite el tratamiento de sus datos. El consentimiento no

puede admitir equivocación. (Santos D, 2005, p. 63) Es por esto que se necesita la autorización expresa.

Cabe destacar que el consentimiento va de la mano con la capacidad, es por esto que “todos aquellos que no se encuentren incapacitados pueden otorgar su consentimiento para el tratamiento de los datos” (Santos D, 2005, p. 63) otro punto importante con respecto al consentimiento es que no se otorga de modo general, sino para cada caso particular. (Rebollo L, Saltor C, 2013, p. 84) Es muy importante el consentimiento en cada tratamiento porque sin esto, no habría razón de ser del derecho de protección de datos personales.

1.4.3 Principio de calidad

Este principio exige que los datos personales sean correctos, exactos, completos y tienen que estar actualizados de conformidad a los propósitos para los que se los haya recabado. Los datos personales exactos son aquellos que revelan la verdadera situación de su titular. Un dato deja de ser adecuado y oportuno al ser erróneo, incompleto o cuando no responde a la real situación del interesado. El responsable de oficio debe cambiar los datos personales cuando le conste que son inexactos. (Guerrero M, 2006, p. 245)

El responsable de la base de datos que recogió los datos debe conservarlos exactos. El responsable de la base de datos que se encuentra sometiendo datos a tratamiento no sabe de los cambios de los datos de los interesados. (Santos D, 2005, p. 55)

Se considera que los datos personales están completos cuando no falta ninguno de los requeridos para los propósitos para los que fueron recabados y son tratados, de manera que no ocasionen daño a su titular. Se reputa que los datos personales son pertinentes cuando corresponden a su titular y no a un homónimo por ejemplo.

Los datos actualizados son los que se encuentran al día y reflejan la verdadera situación del titular. Los datos personales son correctos cuando reúnen con todas las características señaladas anteriormente: exactitud, pertinencia, actualización.

1.5. Habeas data como garantía constitucional del derecho de protección de datos personales.

El habeas data es una garantía que se encuentra establecido en la Constitución y desarrollado de manera más específica en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la razón de ser del habeas data es *poder tomar una decisión sobre nuestra información* (Naranjo, 2017, p. 7)

Para autores como Enrique Pérez-Nuño el habeas data surge como una necesidad de poder defender un derecho fundamental y asemeja al habeas data con el habeas corpus debido a que, si el habeas corpus persigue la libertad de la persona frente a los posibles supuestos de detención irregular, el habeas data consagra la libertad informática del ciudadano, esto es, el derecho al tratamiento informático adecuado y a que se le facilite el acceso a los datos que le conciernen. (2017, p. 13)

El habeas data en su acepción amplia se vincula estrechamente a los denominados derechos o facultades ARCO es decir, a los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.

Derecho de acceso a la información: es un pilar fundamental para el ejercicio del derecho a la protección de datos, porque si no se sabe qué impugnar quedan en la nebulosa los demás derechos. Consiste en que el titular de los datos tiene derecho de conocer a través de una solicitud toda la información referente a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables. (Herrán A, 2003, pp. 30, 31)

Para complementar lo mencionado anteriormente, hay que recalcar que la Constitución no detalla si previo a interponer judicialmente un hábeas data es necesario realizar un requerimiento directo (De la Torre R, Montaña J, 2012, p. 189) es por esto que se debe recurrir a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, misma que en su artículo 50 establece:

Art. 50.- **Ámbito de protección.**- Se podrá interponer la acción de hábeas data en los siguientes casos:

1. Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas.
2. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos.
3. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.

Cabe destacar que el derecho de acceso a la información guarda estrecha relación con el numeral tercero del artículo antes mencionado, el problema, como se menciona anteriormente, radica en que no existe establecido un límite de tiempo para que se materialice una negativa tácita, (que es lo que respecta en el caso que se enunció en este capítulo) es por esto que los autores hacen una analogía con la acción de acceso a la información pública, para la cual el límite de tiempo son 15 días, es decir, si después de 15 días sin obtener ninguna respuesta, el peticionario está habilitado para interponer un hábeas data. (De la Torre R, Montaña J, 2012, p. 190)

Derecho de rectificación: implica que después de conocer que existen datos personales en una base de datos, el titular de los mismos tiene derecho a que estos datos muestren una información fidedigna del titular, es decir, evitar que

los datos tengan información incompleta, inexacta, errónea o falsa dentro de la misma. (Viollier P, 2017, p. 25)

Derecho de cancelación: o derecho de supresión se refiere a que el titular de los datos que se encuentran dentro de un banco de datos tiene la facultad de solicitar que los mismos se eliminen de la base de datos de donde se encuentran, cabe recalcar que este derecho no contempla un tiempo específico, sino que el titular puede solicitar la cancelación en cualquier momento (Viollier P, 2017, p. 25) cabe destacar que este derecho es improcedente en el caso de que cause derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos (Saltor C, 2013, p. 413)

Derecho de oposición: Toda persona tiene derecho a oponerse a que sus datos se encuentren dentro de una base de datos, todo esto siempre que la ley no indique explícitamente lo contrario (ibídem)

Después de lo mencionado anteriormente, cabe dar una definición de lo que es el derecho de protección de datos personales.

1.6. Derecho de protección de datos personales

El derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental que “se propone entender la suma de principios, derechos y garantías establecidos a favor de las personas que pudieran verse perjudicadas por el tratamiento de los datos nominativos a ella referidos” (Puccinelli, 1999, p. 68), en otras palabras, “el derecho a la protección de datos de carácter personal, cuyo propósito no es otro que ofrecer a las personas los medios para controlar el uso ajeno de la información personal que les concierne.” (Lucas P, 2008, p. 48)

Dentro de este derecho no existen datos irrelevantes, ya que el objetivo del derecho a la protección de datos personales radica en proteger:

A cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. (Noain A, 2016, pp. 107, 108)

Como se mencionó a lo largo del presente capítulo, no se puede hacer de menos un dato, esto debido a que solo puede tender a no hacer a una persona identificada o identificable, pero cuando se lo somete a tratamiento puede identificar a una persona, lo que busca el derecho de protección de datos personales es salvaguardar los datos de las personas.

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

2.1. Nociones generales

Las actividades de los seres humanos repercuten en el ámbito en el que se manifiestan, las mismas que pueden incidir sobre ellos y sus bienes o sobre la persona o bienes de otro. (Fernández J, 2001, p.1)

El ser humano siempre ha rechazado y repudiado el daño que le ocasionan sus semejantes. El **no ocasionar daño a los demás**, constituye un principio que

regula la convivencia de los seres humanos, instituido desde época de los romanos, y agrupado junto a dos preceptos o postulados más: vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo. (De Angel Yaguez, R, 1993, p. 13)

El daño que una persona se ocasiona a sí misma no genera obligación de reparar, el daño debe ocasionárselo a otro. (Fernández J, 2001, p.1)
“Jurídicamente la palabra responsabilidad se traduce en la obligación de arrogarse las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta”; (Martínez G, 1984, p. 13), en palabras de Ricardo De Ángel Yagüez la responsabilidad nos da la idea de algo ya ocurrido (2008, p.7)

“La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima: presenta también un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad)” (Le Torneau, 2004, P.20)

La responsabilidad extracontractual se encarga de otorgarle a la víctima de un daño o perjuicio injusto las herramientas indispensables para que pueda lograr una reparación o compensación.

La responsabilidad extracontractual moderna tiene como fin primordial la reparación económica del daño.

Cuando alguien es afectado por un daño sin justificación, la responsabilidad extracontractual traslada ese peso económico a quien lo ocasionó, preocupándole esencialmente la reparación de la víctima.

2.1.1 La responsabilidad extracontractual a través del tiempo

Los seres humanos a través del tiempo han reaccionado de diversas maneras frente al daño que se les ocasionaba.

En épocas primitivas el perjudicado por un daño recurría a la venganza, ésta se realizaba de manera privada, es decir, la responsabilidad era estrictamente objetiva (Alessandri A, 1983, p. 99): el perjudicado por un daño recurría a su propia venganza o a la de su clan, venganza que generalmente resultaba desproporcionada en relación al daño sufrido. Luego La Ley del Talión: ojo por ojo diente por diente, intentó establecer una equivalencia entre el daño sufrido y el que se ocasionaba.

Como la venganza privada generaba muchos errores, la víctima en lugar de vengarse en la persona que le ocasionó daño, aceptaba una *compositio*, las composiciones voluntarias le daban la oportunidad de compensar en dinero o en especie el daño sufrido; la cantidad pactada libremente constituye el precio o rescate que proporcionaba el autor de un perjuicio para librarse de la venganza del ofendido. (Alessandri A, 1983, p. 99)

Más tarde se generalizó la utilización de aquel precio o rescate, después la autoridad lo estableció como obligatorio, aparecieron las composiciones legales, en que el Estado interviene, estableciendo con anticipación la indemnización (Mazeaud H y León T, André, 1961, p.36)

Luego el Estado se atribuye la potestad exclusiva de castigar los delitos, los divide en públicos y privados, y la responsabilidad penal que por largo tiempo estuvo confundida con la responsabilidad civil se separa de ella. (Mazeaud H y León T, André, 1961, p.100)

Es decir, la forma de resarcir el daño empezó de forma privada, para que luego, en su evolución, el Estado sea quien dé los parámetros esenciales para el reclamo de la misma, pese a lo mencionado anteriormente, no existe un único sistema de responsabilidad.

2.2. Los sistemas de responsabilidad

2.2.1 La responsabilidad por culpa

La culpa por mucho tiempo fue catalogada como el único fundamento de la responsabilidad extracontractual.

La teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, - adoptada por nuestro Código Civil- establece que el monto económico del daño tiene que transferirse a quien obró con dolo, con imprudencia o descuido. (De Trazegnies, F, 1999, p.14)

De acuerdo a la teoría pura de la culpa, la víctima poseía el derecho a la indemnización siempre que probara el dolo o culpa de su autor. Debido a que la prueba de la culpa era complicada, se establecieron las *presunciones de culpa*, que posibilitaron alterar la carga de la prueba y eximir al perjudicado de debatir la culpabilidad de su autor. Por ser el sistema de presunciones limitado, la jurisprudencia encontró presunciones absolutas en el artículo 1384 del Código civil francés, en lo que correspondía a la responsabilidad por el hecho ajeno o de las cosas, y en el artículo 1385 *ibidem*, referente al daño causado por animales, esta interpretación obedecía también a la necesidad de indemnizar los daños surgidos por el transporte (Peirano J, 1981, pp.100, 101)

Como la prueba de la culpa resultaba casi en su totalidad difícil y a ratos imposible de originar, se implantaron las *presunciones de culpa*, que permitieron alterar la carga de la prueba, así como exonerar a la víctima de debatir la circunstancia de culpabilidad, sin importar que el demandado demostrara que su actuación correspondió a la de un buen padre de familia. Debido a que el sistema de presunciones poseía un alcance restringido, por utilidad práctica, la jurisprudencia empezó a mirar presunciones absolutas en el inciso primero del artículo 1384 del Código Civil francés, relacionado con la responsabilidad por el hecho ajeno o de las cosas, y en el artículo 1385 del

mismo Código, relacionado con la responsabilidad por el daño ocasionado por los animales; esta interpretación obedeció a la necesidad que tenían los tribunales de ampliar el ámbito de la responsabilidad para abarcar la obligación de indemnizar los daños surgidos a raíz del desarrollo marcado por la tecnología científica, especialmente por el transporte automotriz (Peirano J, 1981, pp.139, 140).

Es decir, la base y el eje a través del cual se materializa este tipo de responsabilidad es la culpa, sin culpa no opera la responsabilidad subjetiva; el problema de este tipo de responsabilidad radica en que, debido al avance de la civilización no se alcanzaba a cubrir el daño producido en otras circunstancias, es por esto que la responsabilidad intentó agrandar su espacio cobijando a los daños surgidos por los accidentes de trabajo, y para esto, se optó por concebir nuevas teorías que abarquen los vacíos no protegidos por la responsabilidad subjetiva, aquí es donde surgen las teorías de la responsabilidad objetiva.

2.2.2 La responsabilidad objetiva

En virtud de que surgían daños que no se podían atribuir a la culpa surgieron las teorías objetivas, defendidas en 1888 en Alemania, por Mataja, en 1894 en Italia, por Orlando; en 1897 Saleilles y Josserand, en Francia, lograron darles la importancia que hasta entonces carecían.

Saleilles estableció que la noción subjetiva de culpa, resultaba limitada, que quien producía un riesgo debía asumir sus consecuencias, que si querían continuar iluminados por la culpa se la debía interpretar de otra manera, consideró que incurría en culpa quien generaba un riesgo (ibídem).

Josserand descubrió un nuevo principio, de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, mismo que había permanecido ignorado en el Código Civil napoleónico. Consideró que cuando una cosa -excepto los animales o inmuebles- había generado un daño, se tenía que aplicar el artículo 1384 del

Código Civil francés, y que la víctima quedaba relevada de probar la culpa del ofensor para lograr la indemnización (Peirano J, 1981, pp.148, 149).

Josserand sostuvo que era incorrecto sostener que el Código Civil napoleónico fundaba la responsabilidad en la culpa, pues en él existía un principio de responsabilidad objetiva (Peirano J, 1981, p.149).

Las teorías objetivas ansiaron cimentar un sistema de responsabilidad civil apartado de la concepción de la culpa.

La teoría del *riesgo- provecho*, o del *riesgo-beneficio* establecida para un caso particular, la responsabilidad del patrón por accidentes de trabajo; se consideró que el daño debía ser reparado incluso cuando no hubiera culpa. Quien regentaba una empresa para obtener ganancias, debía indemnizar a quienes sin tener estos propósitos devenían en víctimas de accidentes ocasionados por la actividad de aquella empresa (Peirano J, 1981, p. 156).

Luego surgió la teoría del *riesgo-creado*, que determinaba que había que reparar los daños provenientes de cualquier actividad que reportara ventajas (no solamente económicas), y que creara riesgos a los semejantes (Vicente Domingo, E, 2006, p. 39).

Es decir, la propuesta de la responsabilidad objetiva radica en que se puede reclamar por el daño causado aun con la ausencia de la culpa, cosa que no contempla la responsabilidad subjetiva.

2.3. El daño como elemento esencial de la responsabilidad

Siendo el daño el motor (ibídem) que pone en marcha a la responsabilidad extracontractual, desde la óptica objetiva, constituye el detrimento que ocasionado por una determinada circunstancia afecta a una persona. (Zannoni, E, 2005, p1)

El daño engendra a la responsabilidad extracontractual, sin él ella no surge. “Daño no significa más que *nocimiento o perjuicio*, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (De Cupis, A, 1976, P. 51). “Económicamente considerado, el daño es un antibién. Los bienes producen utilidad para sus dueños, mientras que los daños ocasionan pérdida de utilidad.” (Tavano M2011, p.272)

“Daño es..., toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima, entendiendo por interés ´todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor.” (Diez J, 2006, p. 25)

La teoría clásica considera que un daño no es justificado cuando el acto que lo ocasiona es antijurídico, la concepción moderna determina que el daño no es justificado cuando examinando los intereses en conflicto de quien lo ocasionó y los de la víctima, se deduce que no es justo que lo deba sobrellevar aquél que lo padece. (Zanoni E, 2005, p. 7)

Si se da prioridad al responsable, se centrará el análisis en las características de su obrar, pero si se le da a la víctima, prevalecerá el injusto perjuicio sufrido. (Zavala de González M, 1991, p.20)

En otras palabras, sin daño no existe responsabilidad, pese a lo mencionado anteriormente, para que se configure el daño como tal debe cumplir ciertos requisitos:

2.3.1 Requisitos del daño

2.3.1.1 Certeza del daño

El daño cierto es igual a daño existente, aquel que se puede probar, si él no se prueba como cierto no es reparable. (Vicente Domingo E, 2002, p. 50)

Para que el daño genere la obligación de reparar debe ser cierto, real, efectivo, no eventual ni hipotético. La certidumbre implica existencia, o suficiente probabilidad de conformidad al curso normal de los acontecimientos, de que llegue a generarse. (Moset Iturraspe J, Piedecabras M, 2009, p. 124)

En otras palabras, el daño para ser indemnizado tiene que ser cierto, no simplemente eventual ni hipotético o conjetural, esto porque si es hipotético implica que aún no se ha generado, y el simple peligro no otorga derecho a reclamar indemnización; debido a esto, es indispensable que exista evidentemente el menoscabo, de tal manera que el perjuicio real y efectivo que afecta a la víctima sea apreciado por el juez al instante de pronunciar su sentencia, puesto que el lesionado tiene que acreditar haberlo sufrido.

2.3.1.2 El daño debe ser subsistente

Es decir aquel que está por resarcirse:

“[...] el perjuicio no será resarcible si ya ha sido reparado, bien sea porque la indemnización ha sido pagada por la persona que ha resultado jurídicamente responsable o por un tercero, tal como el caso del asegurador. Cuando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido, y no cabe demandar de nuevo reparación. Asimismo, la víctima no puede acumular varias indemnizaciones por el mismo perjuicio.” (Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra de Petroecuador y otros .Gaceta judicial serie XVII, N o 10, p.3024.)

Entonces, el término subsistente alude al daño no pagado, es decir a aquel que está pendiente de resarcimiento, sin importar que el daño sea pasado, presente o futuro el momento que se demanda.

2.3.2 Clasificación del daño

2.3.2.1 El daño material

Es aquel que sufre la víctima en el ámbito de su patrimonio, son daños evaluables económicamente (Vicente Domingo E, 2006, p 74)

“El daño material existirá siempre que se cause a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos.” (Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra de Petroecuador y otros .Gaceta judicial serie XVII, N o 10, p.3024.)

Los daños materiales son aquellos que lesionan un interés económico ajeno, afectan el ámbito patrimonial de la víctima, son susceptibles de valoración económica.

2.3.2.2 El daño moral

A más de los bienes patrimoniales, nos pertenecen los extrapatrimoniales, los mismos que están protegidos por la normativa correspondiente, entre los que podemos mencionar: la calma, sosiego, libertad, honra, buena fama, intimidad, vida afectiva, etc.

Los llamados «daños morales» son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales.” (De Angel R, 1993, p. 675) para Elena Vicente Domingo, Los daños morales son aquellos que afectan, menoscaban el patrimonio espiritual del individuo (1994, p. 51). “Consiste en la *lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima*”. (Diez J, 2006, p.88)

La indemnización por daño moral intenta liberar a la víctima del perjuicio que se le ha ocasionado. Persigue -en la medida de lo posible- ubicarla en la situación en la que se encontraba antes de que el daño la afectara; intenta compensarla por lo injustamente soportado, con la finalidad de ayudarla a sobrellevar el perjuicio. (Barrientos M, 2007, p. 33) Procura recobrar el equilibrio destrozado por el daño.

Si bien es cierto que el dinero en sí no constituye reparación del daño sufrido, ya que los bienes o derechos afectados se encuentran fuera del ámbito comercial, pero ayuda a aminorar o disminuir el dolor o molestia ocasionado injustamente.

3. MAL USO DE LA VALORACIÓN AUTOMATIZADA DE LAS BASES DE DATOS A CARGO DE INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DEL ESTADO.

3.1. Bases de datos

En el campo informático, es una recopilación, compilación de datos, o agrupación de registros relacionados tratados del mismo modo. Cabe destacar que las bases de datos también tienen el nombre de fichero, pero como se mencionó al inicio del ensayo, para el presente trabajo se usa el término bases de datos.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, en el art. 2 letra c) establece: "fichero de datos personales" ("fichero"): todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica;" en el artículo 3 letra b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal española, señala: " Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso." (Rebollo L, Serrano M, 2008, p. 154) En consecuencia, un banco de datos hace referencia al conjunto de datos organizados, contenidos en soporte papel o en soporte automatizado.

Los bancos de datos tienen que contener datos de carácter personal, pertenecen al responsable de la base de datos, persona física o jurídica, pública o privada, que los somete a tratamiento. El tratamiento es toda operación que se efectúe tanto con los datos personales contenidos en la misma como con los que no se encuentren incluidos en la base de datos, es suficiente con que estén organizados en base a cierto tipo de criterio por el que puedan ser incorporados a la misma. (Oró R, 2015, p. 65)

Ficheros de titularidad privada: Que son aquellos que contienen datos creados por personas físicas o jurídicas privadas, que no pertenecen a la Administración del Estado.

Ficheros de titularidad pública: Las Administraciones públicas cuentan con datos personales de todos los ciudadanos. Datos que se tornan indispensables para desarrollar la gestión administrativa del Estado, por medio de estas bases de datos se registran las relaciones de los ciudadanos con la Administración.

3.2. Proceso de automatización

Después de lo mencionado hasta el momento podemos indicar que los datos, al momento de formar parte de un banco de datos electrónico, se convierten en

impulsos electrónicos que quedan grabados dentro de un programa o sistema, y que pueden ser recuperados en cualquier momento, a través de la generación de un código que indique los criterios de búsqueda (Uicich R, 1999, p. 46).

Es decir, el proceso automatizado se produce cuando los datos recolectados por parte del responsable de los bancos de datos ingresan a un sistema o a un programa, para que este arroje criterios de búsqueda después de la generación de un código, esto lo que hace es evitar al responsable buscar y ordenar dato por dato para llegar a un resultado, arrojando datos después de la generación de un código.

3.3. Valoración automatizada en empresas estatales, caso CNT.

En el año 2016 el señor José Peñafiel, quien vivía en una ciudad distinta a Quito, se enteró que tenía una deuda impaga al momento de querer realizar una transacción bancaria, los fondos de su cuenta habían sido retenidos, una sorpresa para el señor debido a que era una persona responsable con sus deudas, al inquirir más a fondo a qué correspondía la deuda que le ocasionaba el retenidos de su dinero se enteró que era debido a que en el año 2015 había celebrado un contrato de servicios de internet con la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, la mencionada empresa prestaría servicios de internet a su nombre en la ciudad de Quito, la prestación de servicios había durado tres meses, luego de esto, como es de esperarse, habían cortado los servicios, y lo habían declarado en mora. Después de su declaratoria en mora habían procedido a realizar un juicio de coactiva, todo esto sin informarle nada del tema.

El señor antes mencionado no recuerda haber firmado ningún contrato, tampoco recuerda haber recibido ninguna llamada por parte de CNT en la que promocionaban y se celebraba un contrato verbal, es por esto que tuvo que viajar a Quito para solicitar el contrato que lo vinculaba con esta deuda.

En la matriz de CNT se empeñaban en minimizar la culpa, enviándolo de un departamento a otro. El proceso de coactiva motivo de la retención del dinero mencionado anteriormente era el signado: JNC-PIC-045710-2016, al momento de revisar el proceso encontramos la razón de cobro signada con número 41951205, de fecha 25/07/2016, pero no existe ningún contrato, ni verbal ni escrito que vinculen al señor con la deuda motivo de la retención.

Cuando no existe un documento, no existe grabación del acuerdo, apunta a que los datos del señor mencionado anteriormente se encontraban dentro de un banco de datos, y por tener los datos erróneos, al momento del barrido de información para la elaboración de perfiles de personalidad, arrojó un resultado erróneo, esto sucede dentro de nuestro país debido a que no existe una ley que contemple estos aspectos, cabe destacar que el caso del señor Peñafiel no ha sido la única víctima del mal uso de los datos.

Tanto a través de medios de comunicación como a través de sitios web de redes sociales se evidencia que entidades del sector público cobran por servicios que los ciudadanos no han contratado, o han cancelado y siguen facturando.

Una noticia publicada en diario El Comercio indica que a la Defensoría del Pueblo del Guayas se han presentado 800 denuncias con respecto al cobro de deudas que no correspondían, los ciudadanos no habían contratado el servicio, o habían viajado a otro país y cancelado todos los servicios que vinculaban a este país y sin embargo los cobros se seguían realizando. (El Comercio, 21 de mayo de 2011)

El alegato presentado por el abogado de los perjudicados es que había existido un error en la “digitación” por parte de la compañía, (ibídem), y la “solución” que planteada es poner la queja ante la Defensoría del Pueblo para que esta se comunique con la empresa que ocasiona las lesiones y se verifique a través de un técnico si ha existido un error de mala fe. El desconocimiento del derecho a

la protección de datos personales hace que las personas usen otras vías en busca de la reparación del daño sufrido, cabe destacar que el derecho a la protección de datos personales tiene un vínculo con el derecho de resarcimiento.

3.4. Insuficiencias del actual sistema de protección de datos y propuestas de regulación en el Ecuador.

Si bien Ecuador, al sumarse al contexto latinoamericano trata de acoger dentro de su Constitución el derecho a la protección de datos de carácter personal para que estos no formen parte de bases de datos automatizadas, el bloque europeo cuenta con normas claras que se refieren específicamente a la protección de datos personales, la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo para Europa y cada país tiene su normativa propia.

Ecuador enuncia el derecho a la protección de datos personales en su Constitución, además da la herramienta del hábeas data para que el ciudadano pueda solicitar información concerniente a sus datos personales, sin embargo, aún no existe una ley que detalle lo concerniente al derecho a la protección de datos personales. Por otro lado, cabe destacar que no existe una entidad administrativa encargada del control de las bases de datos, tal como sucede en los países de la Unión Europea.

Se hace especial énfasis en la ausencia de la autoridad administrativa de control debido a que el hecho de que no exista una entidad administrativa de control hace que los inconvenientes que tienen los ciudadanos con respecto a sus datos personales tengan que recurrir a la vía judicial para poder interponer la acción del hábeas data.

La existencia de una entidad de control hace que pueda ser efectiva y real la protección de los datos personales (Álvarez D, 2016, p.56) esto debido a que el Estado debe contribuir a la protección de los datos personales (ibídem).

Existen diversos doctrinarios que muestran verdadero interés en la creación de la autoridad de control, hay que destacar que Ecuador no es el único país carente de una autoridad de control, en Chile el debate sobre la autoridad de control hacía que autores como Pedro Anguita emitieran su postura acerca de la autoridad de control:

”La inexistencia de una autoridad de control que posea facultades investigativas y sancionatorias debilita fuertemente un sistema de protección de datos dejando a las normas como las establecidas por el legislador chileno en un conjunto de buenas intenciones de carácter programático, pero inaplicables en la práctica” (ibídem)

Por su parte, Gladys Camacho sostiene que:

“una de las mayores debilidades del régimen de protección de datos radica en carecer de instrumentos jurídicos (recursos o acciones) de defensa ágiles y expeditos, sanciones claras a los infractores, así como de una autoridad especializada que se aboque a garantizar su buen funcionamiento y que cautele oportunamente los abusos en el tratamiento de datos y los pueda sancionar oportunamente” (ibídem)

Nuestro punto de vista va a la par de la necesidad de tener una autoridad administrativa encargada de la regulación del uso de los datos personales, debido a que el no conocimiento de estos temas lleva a la ciudadanía, incluso a juristas, a tomar vías que no son las adecuadas para resolver este tipo de conflictos, tales como lo que se mencionaba en la noticia del diario El Comercio, con lo referente a las denuncias presentadas a la defensoría pública, y las medidas tomadas por esta.

3.5. La tutela frente al tratamiento ilegítimo:

Llegados a este punto es necesario recalcar nuevamente que en Ecuador no existe una regulación expresa con respecto al tratamiento de datos personales,

se menciona esto debido a que el responsable de las bases de datos debe tener una legitimación para poder realizar el tratamiento de los datos personales, sin embargo al no existir regulación clara con respecto a este punto, todas las empresas que cumplen un mínimo se creen legitimadas para poder realizar el tratamiento de datos, más aun, las empresas públicas, al estar recubiertas bajo la manta del Estado, se creen con la potestad suficiente para poder tratar los datos de los ciudadanos.

Cuando existe extralimitación en el tratamiento por parte de los responsables de las bases de datos se debería impugnar ante la autoridad administrativa competente, como es el caso de los países que tiene regulado este tema, sin embargo, al carecer de ente de control, la persona perjudicada debe recurrir a la justicia ordinaria para poder accionar el poder judicial a favor de sus derechos vulnerados (Llácer M, 2012, pp 115-118)

Cabe recalcar también que la extralimitación por parte del responsable de las bases de datos puede ocasionar daño a quien injustamente fue parte de una base de datos, y sus datos arrojaron una valoración errónea, es por esto que se debe activar el daño en la responsabilidad extracontractual.

3.6. Reparación del daño producido por la valoración automatizada en el derecho comparado.

De acuerdo a la ley española de protección de datos personales, si el Estado vulnera el derecho a la protección de datos personales cabe una indemnización por parte de quien la quebranta, en el artículo pertinente determina:

Artículo 19. Derecho a indemnización.

1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.
3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercerá ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

El titular de la base de datos es el responsable del mismo, él tiene que cumplir las obligaciones establecidas por la LOPD. Los afectados encararán directamente al responsable, los mismos que resultan ser sus clientes, proveedores, empleados, pacientes, etc. El deberá resguardar sus datos y someterlos a tratamiento; el responsable de la base de datos o del tratamiento de datos personales es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que determine la finalidad, contenido y uso del tratamiento. (Santos D, 2005, p.134)

El encargado de la base de datos también está sometido a la LOPD, ya que él y el responsable de la base de datos están sujetos a la sanción de la LOPD. El encargado es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier organismo que individualmente o con otros, trate los datos personales por cuenta del responsable. (Ibídem)

El responsable de la base de datos puede pertenecer a cualquier clase de organización y puede ser: una persona física, que tiene asignadas todas las obligaciones y responsabilidades, y responderá de los tratamientos de datos efectuados, o una persona jurídica pública o privada, que tiene que determinar al responsable de la base de datos o de su representante, o también puede ser un órgano administrativo que deberá determinar la persona física que represente al órgano responsable de la base de datos para que responda de las responsabilidades derivadas de ella. (Santos D, 2005, p.135)

Es el responsable de la base de datos quien tiene que garantizar el derecho fundamental de protección de datos personales de todas las personas cuyos datos almacena (Ibídem)

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y comunicación, ha puesto a disposición de las instituciones públicas, privadas, y de las personas particulares una variedad de datos de las personas cuya manipulación le resultará complicada de controlar al titular de los datos. Si bien el derecho fundamental a la protección de datos intenta garantizar a su titular un poder de control y disposición sobre sus datos personales, respecto de su uso y destino, para impedir que se atente a su dignidad, al ciudadano ordinario le será casi imposible concretar aquel poder de control que le ha sido reconocido. (Aberasturi Unai, 2012, p. 173)

La ley española de protección de datos personales establece el derecho del titular de los datos a ser indemnizado en los casos en que sufra perjuicio o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento en la LOPD por el responsable o encargado del tratamiento, y establece que la exigencia de la reparación se efectuará dependiendo de si son bases de datos públicas o privadas. (Aberasturi Unai, 2012, p. 176)

Para que se reclame la indemnización tiene que haber daño o lesión que justifique el reclamo del resarcimiento, y el daño debe ser el resultado del incumplimiento del responsable o encargado del tratamiento.

3.7. Responsabilidad por la valoración automatizada en el Ecuador.

En el caso que se planteó, en el cual una institución del Estado elaboró un banco de datos sin autorización del titular, y de la cual había información errónea, misma que al ser sometida a una búsqueda automatizada causó daño al titular de los datos personales, facturando un servicio que jamás le proporcionó, y luego declaró moroso, iniciando un juicio de coactiva sin la notificación correspondiente, congelando su cuenta bancaria y reteniendo dineros por un servicio que jamás existió, consideramos que hubo afectación tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

Hubo afectación a los derechos patrimoniales al retener el dinero que se encontraba en la cuenta de un banco, y hubo afectación a los derechos extrapatrimoniales al incluir los datos personales de la víctima dentro de una base de datos sin su consentimiento, además, cabe recalcar que los datos ingresados eran erróneos, es decir, en este caso, la empresa CNT ocasionó daños materiales y morales, y la víctima tendrá derecho a ser indemnizada sin importar que el daño fue ilícito, ya que sufrió un daño o perjuicio injusto, es decir sin derecho, la conducta no justificada, que quebranta la regla de carácter general que determina comportarnos con nuestros semejantes con cuidado y respeto, hace surgir a la responsabilidad ya que es la consecuencia del ejercicio irregular de un derecho. En este caso la responsabilidad se encargará de traspasar las consecuencias del daño que afectan a la víctima a quien lo causó.

Observamos claramente que en este caso no puede operar la culpabilidad, sin embargo, debido a los motivos antes expuestos y como se ha mencionado ha existido un claro detrimento, un evidente daño que debe ser resarcido, a nuestro juicio, a través de la responsabilidad objetiva.

La reparación de los daños se rige por el principio *restitutio in integrum* o principio de reparación integral, de conformidad al cual el responsable tiene el deber de reparar en su totalidad el daño ocasionado. No es suficiente que el responsable repare una parte del daño causado; tampoco es dable que la reparación sitúe a la víctima en mejor condición que la que tenía con anterioridad a la producción del daño. (Naveira M, 2000, p. 53) Lo que se anhela es reparar enteramente el daño, no más que el daño (ibídem). En este sentido la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que: “Es importante destacar, que a través de la indemnización debe restablecerse únicamente el equilibrio que gozaba el damnificado con anterioridad al daño” (Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de

Esmeraldas, dentro del juicio ordinario , por indemnización de daños y perjuicios, contra Petroecuador y otros, p. 3024.)

La reparación integral se consigue entonces, a través de la adopción de medidas que proporcionen a las víctimas una satisfacción que esté por encima de lo económico, y con medidas destinadas a evitar en lo posterior la repetición de esa clase hechos.

4. CONCLUSIONES

Los datos personales juegan un papel de singular importancia para las personas, no sólo para su realización personal, sino también como parte del día a día en sus diversas relaciones, de aquí que el mal uso y la tergiversación de los mismos afecten y produzcan un daño a las víctimas del tratamiento de sus datos dentro de bases de datos.

El tener información permite a quien la posea saber en qué terreno puede jugar, ya sea a nivel de empresas para ofertar su producto o brindar un servicio a los demás, ya sea el Estado para saber el comportamiento de sus ciudadanos, esta información llega a ellos a través de los datos personales de los individuos, el problema radica en que al no ser consultados si pueden formar parte de un banco de datos, y no corroborar la información que ingresa a los mismos, los resultados arrojados por la búsqueda automatizada puede indicar resultados erróneos, que causen perjuicio a quienes han sido víctimas del tratamiento de sus datos personales.

De aquí que concluimos que los datos de una persona no pueden ser usados para formar parte de un banco de datos sin su consentimiento, no importa que el dato sea inocuo, porque, cuando se asocia con los demás datos, arroja un perfil con características de la persona cuyos datos son sometidos a un tratamiento.

Por otra parte, el Ecuador tiene una Constitución de tendencia garantista, esto no es un simple decir, sino que brinda a los ciudadanos herramientas para poder defenderse ante este tipo de vulneraciones, cabe destacar que las herramientas mencionadas tienden a corregir el dato erróneo, pese a lo mencionado, falta el desarrollo de un ente administrativo que controle el funcionamiento de los bancos de datos, esto para corregir irregularidades desde el inicio, no después de que los datos han sido ingresados a un banco de datos para su tratamiento.

Por último, hay que indicar que cuando se ha producido un daño después del proceso de tratamiento de datos que ha arrojado información errónea, éste debe ser resarcido, la responsabilidad civil extracontractual se encarga de la reparación del daño, intentando restituir el bienestar, de volver las cosas al estado anterior al daño, compensando de alguna manera el perjuicio ocasionado.

REFERENCIAS

- Aberasturi U. (2013). *El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la ley orgánica de datos personales*. Recuperado el 13 de enero de 2018 de http://w.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Areas/03_Revista_Aragonesa_Formacion/04%20Unai%20Aberasturi.pdf
- Alessandri A. (1983). *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*. T.I. Santiago de Chile: EDIAR editores LTDA.
- Barrientos M (2007). *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: RATIO RELIS.
- Celis M. (2006). La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos. En D Cienfuegos y M Macías (Coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Davara M, (2001) *Manual de Derecho Informático*, Madrid: ARANZADI.
- De la Torre R, Montaña J (2012). El hábeas data en Ecuador. En J Montaña y A Porras (Eds.), *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador, t. 2*. Quito: Corte Constitucional.
- De Angel R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Civitas.
- De Cupis A. (1976). *El Daño, Teoría general de la responsabilidad civil*. (2ª. ed) Barcelona: BOSCH.
- De Trazegnies F. (1999). *La responsabilidad extracontractual*. T. I. Santa Fe de Bogotá, Editorial TEMIS S.A.
- Diez J. (2006). *El daño extracontractual, jurisprudencia y doctrina*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- El Comercio (2011). Cómo reclamar por un servicio básico. Recuperado el 5 de noviembre de 2017 de <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/reclamar-servicio-basico.html>

- Fernández Madero, Jaime, Derecho de daños, Nuevos aspectos doctrinarios y jurisdiccionales, Buenos Aires, La ley, 2001. P.1
- Fernández J. (2001). *Derecho de daños, Nuevos aspectos doctrinarios y jurisdiccionales*. Buenos Aires: La ley.
- García A. (2007) La Protección de datos personales: Derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Nueva Serie, año XL, número 120. Recuperado el 27 de noviembre de 2017 de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3933/4972>
- Garriga A. (1999). *La protección de datos personales en el derecho español*. Madrid: DIKINSON.
- Gil L. (2016). Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, ISSN-e 1695-078X Nº. 14*. Recuperado el 10 de diciembre de 2017 de <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero14/gil.pdf>
- Gozaíni A. (2001). *Hábeas Data, Protección de datos personales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. (2007). *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*. Recuperado el 13 de diciembre de 2017 de http://www.redipd.es/actividades/encuentros/VI/common/wp136_es.pdf
- Guerrero M. (2006). *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Pamplona: CIVITAS.
- Herrán A. (2003). *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Le Torneau P (2004). *La responsabilidad civil*. Medellín: LEGIS.
- López-Vidriero T, Iciar y Santos P. (2005). *Protección de datos personales manual práctico para empresas*. Madrid: FC Editorial.

- López-Muñiz M. (1994). La Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal. *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, ISSN 1136-288X, N° 6-7. Recuperado el 5 de enero de 2018 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=248362>
- Martínez G. (1984). *La responsabilidad extracontractual civil en Colombia*. Medellín: Señal Editora Ltda.
- Martínez J. (2016). El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. *Anuario de filosofía del derecho*. ISSN 0518-0872, N° 32, 409-430.
- Martínez M. (2018). *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Mazeaud H, Mazeaud L. (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. T. I. Buenos Aires: ediciones jurídicas Europa-América.
- Moset J, Piedecasas M. (2009). *Responsabilidad por daños*, Tomo XI. Buenos Aires: Rubinza Culzoni editores.
- Naranjo L. (2017). *El dato personal como presupuesto del derecho a la protección de datos personales*.
- Noain A. (2016). *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integralidad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004.2014)*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Ojeda Z, (2015). La protección de datos personales desde un análisis histórico-doctrinal. *Tla-Melaua, revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Issn: 1870-6916. Nueva Época, Año 9, No 38, abril.
- Pazos R. (2015). El funcionamiento de los motores de búsqueda en internet y la política de protección de datos personales ¿una relación imposible?. *inDret Revista para el análisis del derecho*. 1/2015. Recuperado el 4 de diciembre de 2017 de http://www.indret.com/pdf/1118_es.pdf
- Peirano J. (1981). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Editorial TEMIS librería.

- Perez-Luño E. (2017). *El procedimiento de Habeas Data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Madrid: Dykinson.
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. De Concha*. de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador y otros.
- Oró R. (2015). *La protección de datos*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.
- Rebollo L, Serrano M. (2008). *Introducción a la protección de datos*. Madrid: Dykinson.
- Rebollo L, Saltor C. (2013). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*. Madrid: Dykinson
- Santos D. (2005). *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de datos*. Madrid: editorial TECNOS.
- Schwabe J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. México: Fundación Konrad Adenauer, A.C.
- Serrano M. (2003). *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Madrid: CIVITAS.
- Tavano M. (2011). *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzini.
- Uicich R. (1999). *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L
- Vicente E. "El daño". En F. Reglero (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra: ARANZADI.
- Viollier P. (2017). *El Estado de la protección de datos personales en Chile*. Chile: Derechos Digitales América Latina.
- Zannoni E. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea

