PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTECIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"La gestión de antecedentes penales como expresión del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano"

NIKI ESTÉFANO SÁNCHEZ BERRAZUETA

DIRECTOR: DR. EFREN GUERRERO SALGADO

QUITO, 2019

Quito, 21 de agosto de 2019

Estimada Doctor

Freddy Proaño Egas

Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Presente.-

En cumplimiento de lo encomendado por la Facultad, sobre la disertación de grado **"La gestión de antecedentes penales como expresión del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano"** del estudiante **NIKI ESTEFANO SÁNCHEZ BARREZUETA**, a continuación, encontrará mi informe sobre el mencionado trabajo:

1. La disertación representa una aplicación reflexiva de los elementos teóricos adquiridos por la estudiante durante su carrera.
2. La bibliografía es amplia y suficiente.
3. El tema que presenta el estudiante es interesante y de actualidad.
4. El trabajo se encuentra en general bien redactado y los argumentos del autor están bien construidos.
5. El capítulo primero plantea el problema de forma adecuada. Contiene un recorrido comparado de las prácticas de uso de antecedentes penales en varios países, lo problematiza en el contexto de la pena como forma de rehabilitación social y fundamenta la idea de la existencia de un derecho al olvido, o de la supresión o limitación al acceso público a estos datos.
6. El capítulo segundo discute la compatibilidad de medidas de política criminal como el compartir antecedentes penales con el único fin constitucionalmente legítimo de la pena, esto es la rehabilitación social. La discriminación que pueden sufrir las personas que hayan cometido delitos contraste con el supuesto esfuerzo de los estados de rehabilitar y reinsertar al delincuente. Resulta particularmente alarmante la constatación del autor de como el discurso del "enemigo público" o el llamado "derecho penal del enemigo" es, en la práctica, la ideología detrás los sistemas penales contemporáneos.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 22/Ago/19 Hora 20:...
No de Hojas Por

7. El capítulo tercero plantea una solución práctica, esto es una demanda de inconstitucionalidad para modificar la política pública de manejo de antecedentes penales en Ecuador. La acción planteada muestra además capacidad argumentativa y aplicación práctica de las reflexiones teóricas expresadas en los primeros dos capítulos. Si el autor planea en efecto presentar esta demanda, le sugiero que no use la fórmula del peso asignándoles valores numéricos, ya que se trata de una herramienta argumentativa. Sin embargo, es relevante la cuantificación de los argumentos para la explicación académica de los argumentos.
8. Por su originalidad y aporte al estudio del derecho desde la perspectiva de indicadores, sugiero la publicación de la tesis.
9. Considero que el trabajo cumple con las exigencias reglamentarias para alcanzar el grado de abogada, tomando en cuenta las consideraciones anteriores, consigno la calificación de **DIEZ (10) PUNTOS.**
10. En caso de que se decida publicar esta disertación, me permito realizar las siguientes sugerencias al autor:
    a. El tercer capítulo debe ser reestructurado para ser un "estudio de caso" en lugar de una "demanda". El recurso al borrador de la demanda es adecuado para el ejercicio de redactar la disertación, pero no para una publicación académica, en donde el autor debe mostrarse lo más objetivo posible en su abordaje del fenómeno estudiado.

Saludos cordiales

David Cordero Heredia, JSD
Profesor de Derecho

Efrén Guerrero Salgado, PhD.
Abogado

Quito, sábado, 15 de junio de 2019

Señor doctor
Freddy Proaño Egas
Secretario Abogado, Facultad de Jurisprudencia
Presente.

De mi consideración

El motivo de la presente es informarle que, de acuerdo con su instrucción, se ha procedido a atenta lectura, dirección y análisis de la disertación realizada por **NIKI ESTÉFANO SÁNCHEZ BERRAZUETA**, titulada ***"La gestión de antecedentes penales como expresión del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano"***. Sobre el contenido de la disertación me permito hacer los siguientes comentarios y calificación, que usted puede encontrar la tabla siguiente:

Parámetro	Pregunta Guía	SI	NO	Desarrollo de la respuesta
Estructura General	1. ¿El tema de la disertación se ajusta a los requerimientos de la Facultad de Jurisprudencia[1]?	X		El estudiante busca demostrar un tema interseccional de profunda actualidad: Una vez que una persona ha recuperado su libertad tras cumplir con su pena, ésta tiene derecho a reinsertarse a la sociedad, tener un trabajo, una familia, desarrollarse libremente como cualquier otra persona. Sin embargo, el dato negativo de su pasado judicial se convierte en una obstrucción para cumplir con esto, ya que se convierte en una herramienta de discriminación, y en una condena eterna del individuo a una sociedad que lo rechaza, lo cual podría causar un efecto en el que dicha persona se vea en la necesidad o posición de reincidir en el delito, volviéndose esta herramienta –a diferencia de lo que se cree- un factor de inseguridad. Al respecto, el estudiante decidió hacer un análisis argumentativo basado en el sistema de pesos de Alexy, con el fin de poder demostrar que el derecho al olvido o supresión de datos personales, en el país se lo está analizando únicamente desde la esfera privada. Pese a la existencia de una ley de protección de datos públicos, ésta se enfoca en protección de datos sobre registros en instituciones públicas de materias mercantiles, civiles y de propiedad, pero no hace referencia otro tipo de bases de datos como en temas de seguridad nacional, penales, entre otras. Este ejercicio académico se mantiene dentro de los requerimientos de la Facultad, ya que logra identificar instituciones jurídicas; se valora que en la disertación se ha hecho un uso de instituciones de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y el Derecho Internacional Público.
	2. ¿El título del texto es adecuado?	X		El título es completo y contiene las variables utilizadas en el análisis.

[1] Según el reglamento de Régimen Académico del CES (art. 21.3) la titulación de pregrado incluye "la fundamentación metodológica y la integración de aprendizajes que garanticen un trabajo de titulación directamente vinculado con el perfil de egreso que contribuya al desarrollo de las ciencias, las tecnologías, las profesiones, los saberes y las artes". Guía de análisis:
Las disertaciones presentadas en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben demostrar, de acuerdo con los objetivos de la carrera, que el estudiante sea capaz de:
a. Identificar instituciones jurídicas.
b. Analizar el funcionamiento y la estructura del sistema jurídico ecuatoriano.
c. Valorar los hechos, fenómenos y problemas jurídicos- sociales dentro de las normas y demás fuentes del Derecho.
d. Juzgar los mecanismos de solución y exigibilidad más adecuados para su pretensión.
e. Asumir el rol del abogado en la sociedad a la luz de los valores éticos y cristianos.

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf. 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador -- Sudamérica
Correo electrónico: mutamur@gmail.com

	3. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento sobre el área que trata?	X		Considero que el documento hace un aporte a la construcción de análisis interseccionales entre el Derecho Informático, los Derechos Humanos, y la Administración de Datos. Se incluyen elementos que muestran que el *big data* es un hecho que debe ser manejado por el derecho, teniendo en cuenta los alcances de los derechos constitucionales que asisten al propietario de los datos, así como *las consecuencias de su uso en el marco del ejercicio de los derechos*, cosa que es materia de la presente disertación.
	4. ¿Existe concordancia entre las diferentes secciones del texto?	X		El texto se encuentra articulado y desarrollado de forma completa.
	5. ¿El contenido del texto es comprensible para el/la lector(a)?	X		El texto tiene un ritmo de lectura adecuado y su contenido mantiene el nivel requerido por la Facultad de Jurisprudencia
Argumentación y uso de Herramientas Jurídicas	6. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad social y jurídica materia del texto?	X		El estudiante ha sabido sortear por una discusión jurídico-política de gran calado con soltura y altura técnica. Se celebra que se llegue a ese nivel de abstracción conceptual. Considero que el tema, considerando la situación actual de las personas privadas en el Ecuador, vale la pena que se tenga.
	7. ¿Se incluye una hipótesis coherente o problema de investigación que fue realizado correctamente en el desarrollo del texto?	X		El problema de investigación se encuentra incluido y desarrollado.
	8. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema?	X		Se encuentra la literatura avanzada en el plano de Derecho Internacional Público, Derechos Humanos, y Reinserción Social.
	9. ¿Existe argumentación jurídica correcta y cumple las reglas mínimas de la hermenéutica?	X		Se explica la metodología de análisis
	10. ¿El estudiante es capaz de incluir pensamiento propio?	X		Todo el documento es consecuencia de un trabajo minucioso por parte del estudiante.
	11. ¿Existe coherencia metodológica en toda la	X		Existe coherencia en el aparato metodológico realizado.

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf. 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador – Sudamérica
Correo electrónico: mutamur@gmail.com

Efrén Guerrero Salgado, PhD.
Abogado

	estructura del trabajo?			
	12. ¿Las conclusiones son claras y están relacionadas con el contenido del trabajo presentado?	X		Las conclusiones son claras y actualizadas en relación con el contenido del trabajo.
Forma y Presentación	13. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?	X		Se cumplen las reglas de estilo, forma y gramática solicitadas por la PUCE.
	14. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas por la PUCE[2]?	X		

Considerando los antecedentes, se informa que, en mi calidad de director del trabajo, quisiera emitir una nota de 10 puntos, producto del trabajo de 400 horas.

Atentamente,

Efrén Guerrero Salgado.

[2] De acuerdo con las reglas de la PUCE, se sugiere que se utilice el formato del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf. 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador -- Sudamérica
Correo electrónico: mutamur@gmail.com

Quito, 28 de agosto de 2019

Dr. Freddy Proaño

Secretario Abogado

Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

De mi consideración:

En mi calidad de Profesor Informante me permito adjuntar el informe sobre la Disertación de Abogacía titulada: "La gestión de antecedentes penales como expresión del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano".

Dicha disertación, previa a la obtención del título de Abogada y escrita por el estudiante Niki Estéfano Sánchez Berrazueta, tiene una calificación de 10 sobre 10 puntos. Recomiendo su publicación.

Muy atentamente,

Pablo Campaña

Profesor Informante

Informe sobre la Disertación de Abogacía Titulada "La gestión de antecedentes penales como expresión del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano"

La disertación analiza el alcance del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Especialmente en relación a la forma en que se gestionan, se accede y usan antecedes penales. Argumenta el autor que el carácter público de estos documentos genera prácticas discriminatorias que afectan a las personas que cumplieron debidamente sus condenas penales.

Observaciones

Este es un destacado trabajo de disertación que evidencia las capacidades del estudiante. En primer lugar, dedica su trabajo a una temática que no se ha debatido públicamente, pero que genera efectos masivos en un segmento de la sociedad. Por otra parte, hace un uso preciso de la legislación comparada y también de los estándares de derechos humanos que están en juego a la hora de analizar la permanencia y publicidad de los antecedentes penales. Otro punto alto de esta disertación es la reflexión sobre qué tipo de garantías constitucionales podrían servir para atacar una situación que considera contraria a la constitución.

Una observación que tengo es que no existe una reflexión profunda sobre el carácter vulnerable que tendrían las personas que han cumplido una condena. Se debe fundamentar mejor este planteamiento. Adicionalmente, extrañé que el autor al hacer el análisis de proporcionalidad del sistema que gestiona los antecedentes penales no haya hecho el test de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, no fue suficientemente argumentado porque el SATJE puede ser declarado inconstitucional si no está amparado en ninguna norma jurídica. ¿Acaso no debería activarse otro tipo de garantía constitucional?

Calificación

Por las razones aquí expuestas, la disertación tiene la calificación de 10 sobre 10 puntos

DEDICATORIA:

En memoria a Cumandá Caicedo.

A mis padres, Jorge Sánchez y Lorena Berrazueta: por su amor, enseñanzas, comprensión y la vida.

A mi hermano Cristián: por ser un ejemplo para mí y haberme dado muchas lecciones que me han formado. Y por darme la felicidad de tener a una gran cuñada Cynthia, y al motor de nuestras vidas mi sobrina Leiya a quienes también dedico esta obra.

A mis abuelos: Humberto, Marta, Eduardo, Cumandá y Neomí: por su cuidado, apoyo y honor. Dan luz a cada paso en mi vida.

A mis tíos y primos: por darme alegrías.

A mi mejor amigo Alejandro Bonifaz: por tu lealtad, egregio amigo.

A mi amigo Luis Martínez: por tantas alegrías, confianza y apoyo.

A Joaquín, Caro, María Augusta y Franches: por su apoyo y cariño.

A Gabriela Coronel: por tantos momentos, tolerancia, cariño y el arduo apoyo en la redacción de esto.

A mi amiga Nathaly Vargas: por ser mi guía y ejemplo en muchos ámbitos de mi carrera y de la vida.

A mi amiga Jenni Sandoval: por tanto apoyo durante mi carrera.

A mis hermanos de vida: Mishelle, Valeria, Ma. Andrea, Guillermo, Pedro, Julianne, René y Camila: por tantos momentos y los que nos esperan.

A mis amigos y amigas: Gabriel, Juan Andrés, Juan Esteban, David Romero, Franchesca Navarro, Mirella T., Raissa Mier Aro, Felipe Moreno E., Juanjo Defáz, Patricia Borja, Daniela Yépez, Vanessa Parra, Dr. Francisco López, Pame Chiriboga y muchos más que no alcanzo a nombrar.

AGRADECIMIENTOS:

A mi director, amigo y maestro Dr. Efrén Guerrero: por las enseñanzas recibidas, los regaños merecidos, el esfuerzo, dedicación y aprecio.

A mi profesor, Dr. David Cordero Heredia: por el conocimiento en la lucha y defensa de los derechos humanos, y enseñarme el valor de la humildad.

A los profesores: Roque Farto, Ivette Haboud, Íñigo Salvador, Pablo Campaña, Mario Melo, Álvaro Mejía. Por impartir en mí sus conocimientos, ayudarme académica y personalmente, y de vez en cuando tomarse un tiempo para escuchar las locas ideas de su estudiante.

A profesionales y amigos como, Felipe Rivadeneira, Harold Burbano, Felipe Castro, Pamela Chiriboga, Daniel Vejar, Nathaly Yépez, Mónica Vera, Jorge Fernández, Gabriela Flores, Michelle Erazo y demás personas que forman parte de una nueva generación de defensores y defensoras de derechos humanos, a quienes admiro y en algún momento me han ayudado en mi preparación en esta área del Derecho.

RESUMEN.

En un siglo en el que el avance tecnológico muestra nuevos retos para el Derecho, ha surgido el derecho al olvido, entendido como la supresión de datos en plataformas digitales. La presente disertación se enfoca en aplicar este derecho frente a las nuevas formas de gestionar los antecedentes penales en el país. Para esto, se analizará el conflicto entre el derecho al acceso a la información pública y el de no discriminación, evidenciando la prevalencia de este último mediante la aplicación de un test de proporcionalidad y la ponderación de derechos. Concluyendo –entre otras cosas- que la aplicación del derecho al olvido de los antecedentes penales permite la prevención de la discriminación y la reinserción social efectiva.

ABSTRACT.

In a century in which technological progress shows new challenges for Law, the right to be forgotten has emerged, understood as the suppression of data on digital platforms. This dissertation focuses on applying this right against new ways of managing criminal records in the country. In order to do that, the conflict between the right to access public information and the right to non-discrimination will be analyzed, evidencing the prevalence of the latter through the application of a proportionality test and the weighting of rights. Concluding -among other things- that the application of the right to forget criminal records allows the prevention of discrimination and effective social reintegration.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN:…….....8

CAPÍTULO I: Antecedentes penales y el derecho al olvido en la doctrina y legisación ecuatoriana…….……...…10

1.1. Antecedentes penales……..……12

1.2. Manejo de antecedentes penales…….……...13

1.3. Función de los antecedentes penales……20

2. Principio de publicidad de los procesos y acceso a la información pública…..…24

3. El derecho a la supresión de datos personales o derecho al olvido……...26

3.1. La inaplicabilidad del derecho al olvido a la luz del derecho al honor para los fines de la presente disertación……...……..30

3.2. LA INAPLICABILIDAD DEL ANÁLISIS DEL DERECHO AL OLVIDO A LA LUZ DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD…….……..34

CAPÍTULO II: El derecho al olvido como garantía de no discriminación y la reinserción social efectiva…….…….35

2.1. El derecho a la igualdad o no discriminación…….……..36

2.2. La reinserción social del "enemigo público"……43

2.2.1. La Reinserción social como garantía de seguridad ciudadana…….50

CAPÍTULO III: Propuesta de acción de inconstitucionalidad para garantizar la no discriminación y la reinserción social efectiva mediante el derecho al olvido……..52

3.1. La acción de inconstitucionalidad de norma……53

3.2. Argumentación del fondo de la acción de inconstitucionalidad…….…57

3.2.1. Inconstitucionalidad que atenta contra el principio de igualdad y no discriminación por la publicación de los antecedentes penales en la web…..60

3.2.2. El derecho a la no discriminación pesa más que el del acceso a la información pública…….…….63

3.2.3. Principio que debe ser cumplidos por parte de los administradores de datos sobre antecedentes penales o pasado judicial……69

CONCLUSIONES…….....70

RECOMENDACIONES……...73

ANEXO……..82

INTRODUCCIÓN:

La presente disertación tiene como objeto principal, el analizar cómo funciona la gestión de antecedentes penales en el Ecuador, los efectos jurídicos que genera, y cómo el derecho al olvido puede funcionar como una herramienta para garantizar la no discriminación, y una reinserción social efectiva.

En primer lugar, se debe comprender que los antecedentes penales son los datos del pasado judicial delincuencial de un individuo, y que a partir del año 2012 son expedidos mediante un certificado digital en un sitio web administrado por el Ministerio del Interior -por Decreto Ejecutivo N°1166-, el cual es de libre acceso para cualquier persona. Este arroja una serie de datos, entre ellos el registro de antecedentes penales de la persona identificada. Fácticamente esta misma naturaleza tendría el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), ya que también es una herramienta informática, administrada por el Consejo de la Judicatura, que arroja datos sobre el pasado judicial de las personas en general, ergo de los procesos penales también. Estos datos al ser públicos son amparados por el derecho de acceso a la información pública y supuestamente como medida de seguridad ciudadana; en el caso del SATJE, por el principio de publicidad de los procesos. En contraposición a este derecho se encuentra el derecho al olvido o de supresión de datos. Este derecho ha tomado relevancia en la actualidad, debido al auge del manejo de datos a través de herramientas informáticas, el cual supone que, frente a una memoria digital eterna, en ciertas ocasiones se debe optar por el olvido digital de aquellos datos que puedan llegar a afectar otros derechos como por ejemplo el honor, la reputación, el buen nombre, etc., para lo cual se demostrará que el dato del antecedente penal –pese a ser verdadero y tener fines constitucionalmente válidos- genera un dato negativo que debe tener caducidad ya que la utilidad que se le está dando vulnera derechos constitucionales.

La presente disertación, enfoca al derecho al olvido como una garantía del derecho a la no discriminación y de una reinserción social efectiva, para eso se demostrará que el grupo social que sale de los centros de rehabilitación, es decir las personas que han recuperado su libertad, son estructuralmente discriminadas antes, durante y después de cumplir su condena, por todo un sistema penal enfocado a reprimir a personas marginadas, y que por su condición de vulnerabilidad, el Estado tiene la obligación de garantizar de forma especial su derecho a lo no discriminación y su reinserción. En esa

misma línea, se analizará la reinserción social efectiva, y cómo el dato negativo del pasado judicial obstruye su cumplimiento, ya que es utilizado como una herramienta de discriminación, impidiendo que el individuo pueda acceder a un trabajo, muchas veces acarrea el abandono familiar, de amistades, e imposibilita el libre desarrollo de la personalidad, obligando o generando escenarios donde la persona reincida en el cometimiento de delitos, en lugar de generar un escenario en el que existan más facilidades para que esto no ocurra (UNODC, 2013), descartándose así el argumento de que publicar los datos del pasado delictivo de una persona genera mayor seguridad ciudadana.

Posteriormente, se propondrá una solución constitucional tomando en cuenta que dos derechos constitucionales se encontrarían en conflicto si se opta por la eliminación, restricción o modificación de los datos. Por un lado, se encuentra el derecho a la no discriminación y por el otro el acceso a la información. Para esto – sin descartar otras garantías constitucionales que puedan accionarse- se optará por una acción de inconstitucionalidad de norma frente al Decreto Ejecutivo N°1166, y se demostrará que el SATJE es una herramienta arbitraria debido a la inexistencia de un acto administrativo creador. A continuación, se realizará un análisis de cómo la Corte Constitucional podría resolver la problemática en cuestión, por lo que se propone la aplicación de una prueba de proporcionalidad para determinar que el derecho a la igualdad y no discriminación prevalece sobre el del acceso a la información, también se analizará porqué la existencia de dicho dato no es necesaria, idónea y no cumple con el principio de utilidad. Finalmente, se concluye en que el derecho al olvido garantiza el derecho a la no discriminación y la necesidad de generar cambios sobre la gestión de antecedentes penales y ciertos puntos del ordenamiento jurídico.

I. ANTECEDENTES PENALES Y EL DERECHO AL OLVIDO EN LA DOCTRINA Y LEGISACIÓN ECUATORIANA.

1.1. ANTECEDENTES PENALES.

Los antecedentes penales son el historial delictivo de una persona; la cual debió ser procesada penalmente y condenada para generarse este dato (Roig, 2012). A pesar de que a partir del siglo XIX, se originan los antecedentes penales con dicha denominación, fácticamente se remontan a los orígenes de la civilización misma de la aplicación del derecho penal y la escritura –por tratarse de un dato- (Eleuterio, 2014, pág. 14), pues se buscaba excluir a personas consideradas como peligrosas por motivos de seguridad, en otras palabras, se utilizaban los datos del pasado de personas que han forjado una reputación con aptitudes repudiadas por la sociedad (Eleuterio, 2014, pág. 11).

El primer rastro en una sociedad con respecto a los antecedentes penales fue el Derecho sumerio en la antigua Mesopotamia, aproximadamente en el año 5.500 A.C. a 2004 A. C., donde se tomaron medidas de expulsión de usureros, ladrones, y criminales con el objeto de proteger a los ciudadanos. Para esto, era necesario publicar los datos de los criminales y en el caso de su retorno a la ciudad, serían condenados con pena de muerte (Vid. Leal Medina, 2006, pág. 33). Así también en el derecho romano, desde el año 451 A.C. al 449 A.C., con la creación de las XII tablas, se tomaron medidas de destierro o deportación de personas peligrosas, delincuentes, gladiadores, hechiceros y adivinos. Se los penaba incluso con la pérdida del status de ciudadano, contrayendo la tacha de "infame" o "turpitudo", era un individuo que gozaba de libertad pero no de honor, esto generaba un dato que era publicado para el conocimiento de la sociedad por parte de los pretores, para impedir que dichas personas sin moral que incumplían con tradiciones romanas, no puedan acceder a una dignidad pública (Romero, 2008, pág. 75).

En la Edad Media, también se utilizó el destierro de los criminales con respecto al pasado judicial de los mismos y en los casos de los fugitivos más peligrosos, estos eran perseguidos y se ponían sus retratos o nombres en plazas pobladas (Eleuterio, 2014, pág. 27). Generalmente eran perseguidos por la Iglesia, ya que en aquella época eran sus leyes las que predominaban (Vid. Leal Medina, 2006, pág. 140). En la modernidad, tras el

desarrollo doctrinario de varias escuelas, se presentó en 1893 el anteproyecto del código penal suizo de Carl Stoos, en el que se contemplaban medidas de seguridad para determinar la peligrosidad de una persona basándose –entre otros aspectos- en el pasado judicial del individuo, y su reincidencia en el crimen (Eleuterio, 2014, pág. 27). Ulteriormente, varios países adoptaron a los antecedentes penales como formas de prevención del delito, para esto se conformó una red internacional de manejo de los mismos, a partir de las primeras negociaciones para la cooperación policial internacional con la creación de la Comisión Internacional de Policía Criminal en 1923 entre 24 países, posteriormente denominada INTERPOL, actualmente conformada por 194 Estados. Por consiguiente, casi todos los países tienen un manejo de antecedentes penales internos, y gracias a la tecnología estos datos se han digitalizado (INTERPOL, 2019).

En el caso de la República del Ecuador, es importante señalar que en la doctrina existe una distinción entre los antecedentes penales y lo que hasta el año 2012 se conocía como "récord policial". El primero se refiere a:

> Datos y notas que constan en el registro oficial de delincuentes, donde aparecen los nombres de los autores o partícipes, los delitos cometidos, fechas de su realización, y la localización del expediente y juzgado donde se le sentenció. La certificación de los antecedentes, en los correspondientes procesos criminales, permite al juzgador conocer el grado de culpabilidad y peligrosidad del indiciado; así como su calidad de reincidente." (León, Díaz de y Antonio, Marco, 2004)

Por otro lado, el récord policial se creó a través del Decreto Ejecutivo 198-I, publicado en el Registro Oficial No. 510 del 12 de marzo de 1974, el cual lo reguló definiéndolo como un informe del historial de un ciudadano, que hubiese sido detenido, procesado o tenido cualquier vinculación con la Policía Nacional (Torres, 2011, pág. 12). La diferencia fundamental radica en que, con el récord policial, no es necesario tener una sentencia condenatoria para que se genere el dato, sino alguna investigación, detención o actividad de seguridad por parte de la Policía Nacional, órganos de inteligencia o Fiscalía (Torres, 2011, pág. 13). Ambos términos han sido confundidos en su aplicación por los legisladores, juristas y personas en general, siendo utilizados como sinónimos (Torres, 2011, pág. 11).

Posteriormente, Sixto Durán Ballén, mediante el Decreto 2854, publicado en el Registro Oficial N°736 del 12 de julio de 1995, expidió el reglamento sustitutivo del "Certificado de Antecedentes Policiales Personales" que tenía la misma definición del "récord policial", dando la potestad de gestionarlos al Archivo Central de la Policía Nacional, de

las Jefaturas y Subjefaturas Provinciales de Investigación del Delito (Decreto N°736 de 1995).

En el año 2012, se utilizó por primera vez el término "antecedentes penales" en el Decreto Ejecutivo 1166 – desde ahora DE-1166-, publicado en el Registro Oficial N°716 del 4 de junio, donde se facultaba su gestión y publicación al Ministerio del Interior, sin embargo, no se realizó una distinción entre el antecedente penal y el récord policial, manteniendo los mismos fundamentos señalados anteriormente en el Decreto N°736 de 1995 hasta la actualidad. (Decreto N°716 de 2012).

En algunas legislaciones esta denominación cambia, un claro ejemplo es el caso de España donde la Ley Orgánica del Código Penal, se manifiesta como "antecedentes delictivos" (LO10/1995CP, 1995, Art.136), igualmente en Canadá se utiliza el término *"criminal record"* (Nation Defence Act, 1985 Art. 249.27), ambos sistemas hacen referencia a la misma definición de los antecedentes penales. En el caso del Reino Unido los antecedentes penales –"*criminal record"*- también son considerados cuando existe una sentencia condenatoria, pero lo que se conoce como "récord policial" en el Ecuador, en Reino Unido se traduce como *"additional information*" que es el registro de información sobre detenciones, investigaciones, cargos del individuo y no son públicos (ACRO, 2016).

En la presente disertación se analizará únicamente los antecedentes penales, y no el récord policial, ya que el objetivo es analizar la aplicación del derecho al olvido como una herramienta para prevenir la discriminación por el pasado judicial de las personas, lo cual encajaría con la definición de antecedente penal, más no con la de record policial.

1.2. MANEJO DE ANTECEDENTES PENALES.

En el mundo existen varios sistemas de manejo de antecedentes penales; por ejemplo, en Canadá, los registros de antecedentes penales se almacenan en los llamados "Servicios de Gestión de Información de Antecedentes Penales", una base de datos centralizada y operada por la Real Policía Montada de Canadá, en el Centro de Información de la Policía Canadiense (CPIC) desde 1972 (Royal Canadian Mounted Police, 2018). La base de datos incluye todas las condenas, órdenes, los cargos pendientes, las órdenes judiciales y otra

información que pueda ser de interés para las investigaciones policiales (The Star , 2018). Esta información no es pública, puede ser solicitada por el individuo portador del dato, pero generalmente es requerida en las solicitudes de empleo, por lo que Canadá permite realizar una solicitud de suspensión de estos datos, una vez cumplida la pena y se haya demostrado que el individuo es un ciudadano respetuoso de la ley (Pardons Canada, 2018).

En Reino Unido, el control de antecedentes penales es dividido. Por una parte, en Inglaterra y Gales lo gestiona el "*Disclosure and Barring Service*" (DBS), y por otra en Escocia el "*Disclosure Scotlandy*"; ambos tienen acceso parcial al "*Police National Computer*" (PNC), que es un registro conglomerante. La ACPO es una oficina creada en el año 2006 la cual se encarga de administrar la información de los antecedentes penales, decide que datos son públicos, cuales no lo son y cuáles podrían serlo (ACRO, 2016). Generalmente, el antecedente penal no es público y sólo puede ser requerido por el sujeto portador del dato, pero caben excepciones en el campo laboral, sobre todo en el trabajo donde se vinculan niños, los padres pueden solicitar los antecedentes penales de las personas con las que sus hijas o hijos se involucren (GOV.UK, 2015).

En el caso de España, existe el Registro Central de Penados (RCP), el cual contiene condenas por todos los delitos sin excepción. Estos datos no son públicos, por lo que su uso es solo para funcionarios del Estado (Larrauri, 2015, pág. 50). Los registros de condenas no se "eliminan", ya que no se borran por completo, sino que se "cancelan" en un proceso conocido como "cancelar un registro de condenas" (Larrauri, 2015, pág. 52). Por lo tanto, los jueces seguirán teniendo conocimiento de los registros, pero no serán considerados como un factor para agravar la pena. Una vez que se cancelan los registros de condena, el individuo no constaría en el registro y las instituciones públicas no conocerían su pasado judicial (Larrauri, 2015, pág. 52). Para que se cancelen estos datos en España, se debe realizar una solicitud al Ministerio de Justicia después de cumplir con los siguientes requisitos establecidos en el art. 136 del Código Penal español:

> 1) Debe haber transcurrido un período de tiempo después de haber cumplido la sentencia (6 meses, 2 años, 3 años o 5 años, según el frase); 2) no se ha cometido ningún otro delito en el ínterin; 3) Se ha pagado una indemnización civil o la persona ha sido declarada sin dinero (Larrauri, 2015, pág. 62).

Existe también un sistema regional en la Unión Europea llamado Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), creado en el año 2012, donde todos los

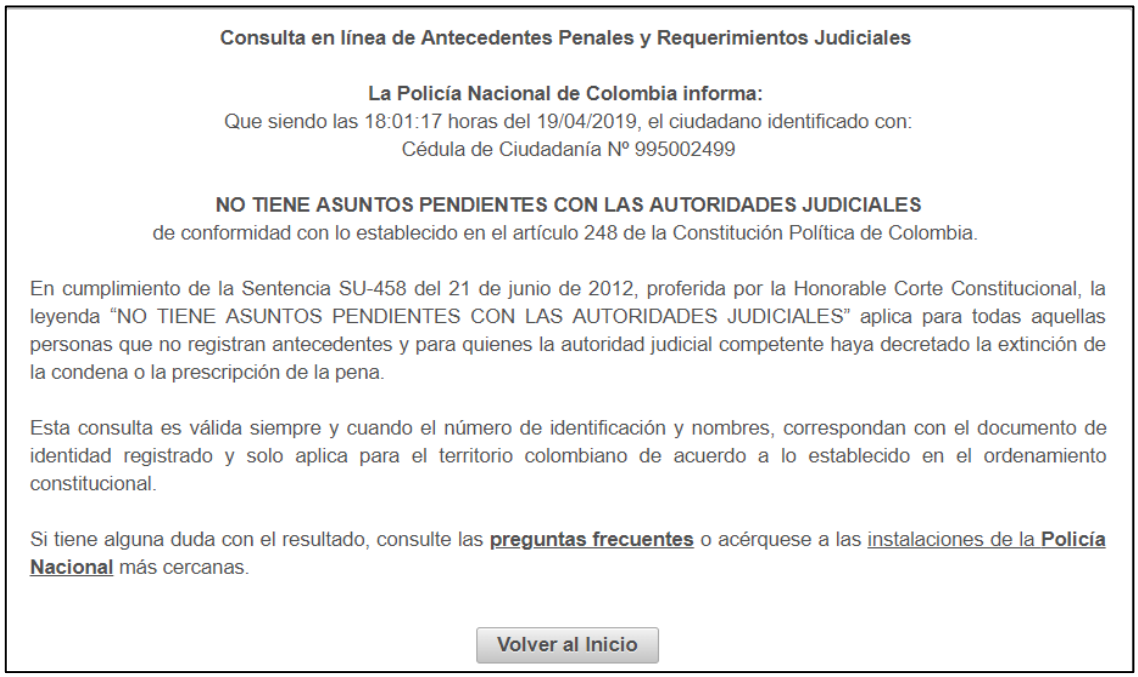
países miembros, comparten información de los antecedentes penales que constan en sus bases de datos internas, pero estos datos no son públicos sino de uso exclusivo para los Estados (Comisión Europea, 2017).

Por otra parte en Chile, existe una prohibición constitucional expresa –en el art. 19 numeral 16- a solicitar los antecedentes penales de las personas cuando estas buscan empleo, y también se ampara la eliminación de los antecedentes penales mediante el procedimiento establecido en el Decreto Ley 409 del año 1932, con la finalidad de reinsertar al individuo a la sociedad (Espinoza O. , 2007, pág. 121). Todos los datos de cualquier delito -independientemente de su gravedad- pueden ser eliminados mediante un trámite administrativo frente al Ministerio de Justicia, los requisitos contemplan:

> Un tiempo de control del postulante, esto es, la firma mensual ante una unidad de Gendarmería de Chile –generalmente el Patronato Local de Reos- durante dos o cinco años, dependiendo de que, si la persona ha sido condenada una o más veces, respectivamente; la manutención de buena conducta durante el cumplimiento de la condena; el conocimiento de un oficio o profesión; haber aprobado el primer ciclo de enseñanza básica y no registrar nuevas condenas durante el período de control. Cumplidos estos requisitos el egresado "tendrá derecho (a que) se le considere como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado. (Espinoza O. , 2007, pág. 122)

En el caso de Colombia, el manejo de antecedentes penales se encuentra a cargo de la Policía Nacional Colombiana, a la cual se le facultó su publicación en medios digitales como un servicio a la comunidad según el art. 94 del Decreto 019 del año 2012. El certificado puede ser requerido por cualquier persona accediendo al sitio web: https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/index.xhtml, en el cual solo es necesario señalar el número de cédula o pasaporte de quien se requiere el dato para obtener la siguiente información:

Gráfico 1: Certificado de Antecedentes Penales (Colombia).



Consulta en línea de Antecedentes Penales y Requerimientos Judiciales

La Policía Nacional de Colombia informa:
Que siendo las 18:01:17 horas del 19/04/2019, el ciudadano identificado con:
Cédula de Ciudadanía Nº 995002499

NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES
de conformidad con lo establecido en el artículo 248 de la Constitución Política de Colombia.

En cumplimiento de la Sentencia SU-458 del 21 de junio de 2012, proferida por la Honorable Corte Constitucional, la leyenda "NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES" aplica para todas aquellas personas que no registran antecedentes y para quienes la autoridad judicial competente haya decretado la extinción de la condena o la prescripción de la pena.

Esta consulta es válida siempre y cuando el número de identificación y nombres, correspondan con el documento de identidad registrado y solo aplica para el territorio colombiano de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento constitucional.

Si tiene alguna duda con el resultado, consulte las **preguntas frecuentes** o acérquese a las instalaciones de la **Policía Nacional** más cercanas.

Volver al Inicio

Fuente del sitio web: https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/antecedentes.xhtml

El certificado de antecedentes penales en Colombia señala solamente si el individuo es o no requerido por la justicia, pues la Corte Constitucional Colombiana –a partir de ahora C.C.C.- había resuelto que, el hecho de ser público el dato de una persona, que tenga o no antecedentes penales puede violentar su derecho a la no discriminación, el derecho al trabajo, entre otros. Por consiguiente, manifestó que solamente era menester de los ciudadanos conocer si existía alguien prófugo o requerido por la justicia por motivos de seguridad (CCC. 2012, SU-458).

En la República del Ecuador, la institución encargada del manejo de antecedentes penales es el Ministerio del Interior, por medio de su archivo institucional y mediante su sitio web: http://www.mdi.gob.ec/gestorcertificados/antecedentes/, donde se emite el certificado de antecedentes penales, que antes era otorgado de forma física y en la actualidad únicamente de forma digital (Decreto N°716 de 2012). Cualquier persona puede acceder a dicho portal y con solamente digitar el número de cédula del individuo, se puede obtener un certificado donde constan los siguientes datos:

Gráfico 2: Certificado de Antecedentes Penales (Ecuador).



Fuente: sitio web: http://www.mdi.gob.ec/gestorcertificados/antecedentes/

Del certificado se desprenden datos generales y personales del portador de estos, tales como: la fecha de emisión del certificado, el número del certificado, el tipo de documento, número de identificación, nombres y apellidos, y si la persona registra o no antecedentes penales. También se desprende una advertencia del mal uso del certificado, tomando como referencia el DE-1166, ya que el mismo en su disposición general primera, establece la prohibición de la exigencia de antecedentes penales, de cualquier ciudadano que aspire a un empleo o trámite, tanto para el sector público como el privado. Sin embargo, el mismo Decreto en su artículo 2 establece:

> El certificado de antecedentes penales deberá ser solicitado gratuitamente ya sea de manera directa o por vía judicial vía Internet a través del portal web www.ministeriodelinterior.gob.ec por parte de las personas naturales y/o jurídicas tales como: Oferentes de empleo, prestadores de servicios públicos o privados, etc.; para lo cual deberán señalar en la misma los motivos específicos de su requerimiento.
>
> El certificado de antecedentes penales será enviado por el Ministerio del Interior al solicitante por la misma vía, no pudiendo en ningún caso trasladarse la obligación de obtener dicho certificado al postulante de empleo y/o usuario de cualesquier servicio público o privado en sus diferentes trámites (Decreto N°716 de 2012).

En este orden de ideas, el mal uso del certificado se entendería como la exigencia a una persona de dicho certificado, más no sería–según el DE-1166- el determinar la "idoneidad" de una persona para cierto trámite o solicitud de empleo.

Por otro lado, el certificado de antecedentes penales presenta herramientas de seguridad informática modernas que el certificado de Colombia no dispone, como el código QR. Este código fue creado en el año de 1994 por la compañía japonesa Denso-Wave, como un sustituto digital del código de barras que se puede ver en algunos productos del mercado, incluso tienen funciones similares, ya que ambos son sistemas para almacenar información. En el caso del QR es un código abierto –es decir que puede ser modificado fácilmente- conformado por un sistema de puntos y varios códigos de barras bidimensionales, que pueden presentarse de forma digital o impresa, el cual puede ser leído por cualquier aparato que pueda capturar imágenes y que disponga de un software de lectura de estos códigos. A diferencia de otros códigos, este puede almacenar más de siete mil caracteres y puede codificar un sin número de información, desde tiques de avión hasta antecedentes penales (Huidobro, 2009, pág. 47- 49). Las ventajas del uso de estos códigos es que simplifican el acceso a la información haciéndolo más eficiente, ya que solo se necesita del código y no de escribir largas líneas de información para llegar a ella. También el hecho de que se necesite de un aparato para leerlo brinda mayor seguridad al usuario (García, A., Carlos, J., y Okazaki, S, 2012, pág.54).

Por último, otra herramienta de seguridad del certificado es la firma electrónica, en este caso de la autoridad competente que es el viceministro del Interior. Existen varios tipos de firmas electrónicas, como las simples que consiste en un escaneo de una firma material y copiada en el documento –esta es la que se presenta en el certificado de antecedentes penales-, o un procesador de texto manuscrito, en la actualidad existen herramientas más complejas que mejoran la seguridad como las firmas electrónicas basadas en "criptografía de clave pública", es decir, se emiten códigos variables al portador de la firma cada vez que va a ser uso de la misma (Salvador, 2001, pág. 53). Para obtener esto se debe realizar un proceso de acreditación con ciertas empresas privadas (Salvador, 2001, pág. 54). Aunque la firma electrónica en el presente caso sea simple, cumple con la misma función y finalidad que cualquier otra firma electrónica, es decir, ser un medio básico para fijar el valor probatorio de un documento digital (Serra, 2004. Pág. 6).

Si bien el Ministerio del Interior es la única institución del Estado que tiene legalmente el manejo de antecedentes penales, existen otras que por su naturaleza también los

gestionan, como lo es el caso del Consejo de la Judicatura mediante un buscador llamado Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE).

En el año de 1999, la Función Judicial comenzó a automatizar las causas judiciales en las Cortes de Justicia de las principales ciudades del país como: Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato, Riobamba y Guaranda, pero solo los funcionarios de las Cortes podían utilizar esta herramienta informática (Dirección Nacional de Informática, 2009).

En el año 2008, la Constitución de la República del Ecuador –desde ahora "CRE"- dispuso que entre las facultades del Consejo de la Judicatura se encuentra el "definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial (…) y velar por la transparencia y eficacia de la Función Judicial" (CRE. 2008. Art.181. 1 y 5). De igual manera, el Código Orgánico de la Función Judicial establece que "las actuaciones y diligencias judiciales serán públicas (…)" (COFJ. 2009. Art. 13). En consecuencia, el Consejo de la Judicatura optó por digitalizar los procesos y publicarlos en la web a través del SATJE.

Posteriormente, el Consejo de la Judicatura otorgó la gestión y dirección del SATJE a la Dirección Nacional de Informática y a la Dirección General de Gestión Procesal (EGOCJ. 2014. Anexo 3).

El SATJE arroja datos sobre los procesos de todas las materias jurídicas en el ámbito judicial –con excepciones constitucionales y legales como, por ejemplo, los delitos contra la integridad sexual- (COIP. 2014. Art. 562) ya que publicar estos datos, podrían generar un agravio en la reputación de las víctimas a más del producido por el delito (Acurio, 2015, pág. 64). Estos datos son públicos y se puede acceder a ellos a través su sitio web: http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf. Para accionar la búsqueda de un proceso en dicho portal se requiere de uno de los siguientes datos:

Gráfico 3: Sistema SATJE.



Fuente: Sitio web:
http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf

1) El número de cédula, RUC, o pasaporte del actor/ofendido o del demandado/procesado.
2) Los apellidos y nombres del actor/ofendido o del demandado/procesado.
3) El número de proceso, con el código de dependencia, año y número de secuencia respectivamente.

Al insertar uno de esos datos, se desprende automáticamente una lista del proceso o procesos judiciales que sigue o tiene una persona, con cada una de las diligencias y pronunciamientos de los jueces. En el caso de una sentencia penal condenatoria - la cual se define, como aquella que condena al acusado a una pena dependiendo el delito, sus

atenuantes y agravantes- (Fernandez, 1999, pág. 134) y se obtiene mediante pruebas de cargo y de descargo para el descubrimiento de la verdad de los hechos y la determinación de responsabilidad del procesado (Araujo, N.I.), que al publicarse se convertiría en un antecedente penal por su naturaleza, ya que describen el historial delictivo de una persona, por consiguiente, se colige que el SATJE también es una herramienta pública que maneja antecedentes penales[1].

En conclusión, los métodos de gestión sobre los antecedentes penales en el mundo son distintos, pero en gran parte de estos, aquellos datos pueden ser eliminados o no son públicos. El manejo de antecedentes penales en la República del Ecuador se encuentra a cargo del Ministerio del Interior y el Consejo de la Judicatura a través de sus respectivos sitios web, de forma digital y de libre acceso para todas las personas.

1.3. FUNCIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES.

Los antecedentes penales cumplen con varias funciones y finalidades –algunas legítimas- y estas responden a necesidades temporales de cada sociedad (Torres, 2011, pág. 12).

En el caso de Estados Unidos, el antecedente penal o su equivalente "criminal record", tienen como finalidad "brindar seguridad" y responde a la política criminal del enemigo, donde una persona condenada por un delito, se convierte en un enemigo público para toda la vida y debe ser aislado siempre de la sociedad, incluso después de haber cumplido con su pena (Larrauri, 2015, pág. 154). Esto dio paso a que en 1996 se promulgue la ley denominada "*Personal Responsibility and Employment Opportunity Act*" y las "*leyes Megan*" (Luts, 2013, pág. 179), estas últimas, tienen dicha denominación ya que en el año 1994, una niña de 7 años llamada Megan Kanka fue asesinada en *Hamilton Township* (Nueva Jersey) por Jesse Timmendequas, un delincuente sexual que previamente había sido condenado por crímenes sexuales y vivía cerca de la familia Kanka. Como consecuencia de este delito, en 1994 Paul Kramer, un representante republicano de la Asamblea General de Nueva Jersey fue el promotor de siete proyectos de ley conocidos como *Megan's Law.* Estas fueron aprobadas un mes después de la violación y asesinato de Megan Kanka, Kramer mencionaba en sus discursos que Megan estaría viva si sus

[1] Ver Anexo 1 donde se encuentra la publicación de una sentencia condenatoria en el SATJE.

leyes hubiesen sido aprobadas con anterioridad (McLarin, 1994). Estas leyes exigen que los funcionarios del gobierno publiquen en un sitio web los nombres, fotos y condenas penales de todas las personas que hayan cometido delitos sexuales. Generalmente se publica el nombre, una foto, dirección, naturaleza del delito y el día de encarcelamiento de quien delinquió, además, este tiene la obligación de reportar cualquier cambio domiciliario que haga a futuro ante una autoridad competente. Estas leyes tenían el propósito de crear una base de datos de los delincuentes sexuales y como una forma de notificación a la comunidad (Larrauri, 2015, pág. 154).

Algunos ejemplos prácticos de la aplicación de estas leyes, es que la sociedad estadounidense asume lo siguiente:

> Un banco debe ser capaz de averiguar si un aspirante a trabajar en el mismo ha sido previamente condenado por malversación de fondos o robo. Asimismo, consideran una irresponsabilidad que los encargados de una escuela no supieran si el aspirante a ser el conductor del autobús ha sido previamente condenado por conducir ebrio o por conducción temeraria, y, del mismo modo, los estadounidenses reconocen el derecho de los padres a saber si una posible futura niñera ha sido condenada por un delito sexual contra niños o cualquier otra infracción penal que pudiera ser relevante para su decisión de dejar a sus hijos con esa persona (Larrauri, 2015, pág. 154).

Cabe señalar que, se han hecho investigaciones sobre los efectos de estas leyes para los delincuentes sexuales en Florida –EEUU-, de una muestra de 183 ex convictos, la mayoría, había mencionado que han experimentado acosos, pérdida de empleo, hogar y amenazas múltiples, también experimentan constante estrés, aislamiento, pérdida de relaciones sociales, entre otros efectos negativos, lo cual se ha convertido en un impedimento para que puedan "reentrar a la comunidad" (Levenson Jill, D´Amora David y Hern Andrea, 2007).

En el caso español, se presenta un escenario completamente distinto, en donde los antecedentes penales son reservados y únicamente son entregados cuando las entidades de justicia, fiscalía, policía lo solicitan para el cumplimiento de sus funciones, estas son: investigaciones, temas procesales en juicios, entre otras. O también las personas a quienes les pertenecen esos datos (Larrauri, 2015, pág. 155). Así lo establece el Código Penal español en el art. 136, numeral 4, mencionando lo siguiente:

> (…)4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia solo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los jueces o

> tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente esta última circunstancia (Código Penal. 1995. Art.136, numeral4).

En el Ecuador de los años noventa, los antecedentes penales tenían como objetivo el otorgar al sector público y privado "elementos de juicio suficientes, relacionados con la idoneidad de la persona" (Decreto N°2854. 1995. Preámbulo. Inc.3), para satisfacer la necesidad de estos dos sectores y acceder a este dato para su "seguridad" (Decreto N°2854. 1995. Preámbulo. Inc. 5). Esto fue debido a que el art. 79, literal c. de la Constitución Política de la República del Ecuador, facultaba al presidente de la República a determinar la política de seguridad del Estado (CPRE.1993, art.79) que en la vigente CRE del año 2008 también se sigue manteniendo dicha función del presidente el cual debe velar por el mantenimiento del orden y seguridad pública (CRE. 2008, art. 147. 17). En el presente caso Sixto Durán acoge lo que se conoce dentro de las teorías penales relativas, la prevención especial negativa, la cual, busca la no presencia de un individuo "peligroso para la sociedad" (Eleuterio, 2014, pág. 9). Lo que, en la actualidad, ha sido rechazado por el minimalismo penal, en el que acoge la prevención especial positiva, la cual consiste en brindar las herramientas necesarias para una efectiva rehabilitación y reinserción social del individuo (Eleuterio, 2014, pág. 10), que será analizado detalladamente con posterioridad.

Por otra parte, Manuel Ossorio considera que los antecedentes penales sólo deben ser utilizados para determinar el grado de peligrosidad de un procesado y menciona que estos:

> (…) se aportan a los autos de un juicio criminal para determinar la mayor o menor responsabilidad del inculpado, en caso de ser condenado en el delito que se le imputa. Sirven concretamente para conocer la existencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración en el delito. Inclusive pueden servir para que, como medida de seguridad, se imponga al culpable una reclusión por tiempo indeterminado (Ossorio, 2002).

Dicha finalidad, no se aleja de lo que se expresa en el Código Orgánico Integral Penal –desde ahora "COIP"-, en el que se determinan agravantes en el caso de reincidencia en los delitos con los mismos elementos de tipicidad, culpa y dolo, para lo cual es necesario analizar su pasado judicial (COIP. 2014. Art. 57).

En esa línea, el mismo código establece dos funciones más de los antecedentes penales. En primer lugar, el artículo 630, numeral 3, establece que, para acceder a la suspensión condicional de la pena, se debe considerar lo siguiente: "que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta

sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena" (COIP. 2014. Art. 630). Es decir que se deben analizar los antecedentes penales del individuo para determinar si procede la aplicación de la suspensión condicional de la pena o no. En segundo lugar, dicho cuerpo normativo, establece que el juez de garantías penitenciarias debe conocer el archivo de cada persona privada de su libertad (COIP. 2014. Art. 667), por lo tanto, dicho juez debe conocer los antecedentes penales de los individuos que estén bajo su custodia en el ejercicio de sus funciones.

Los antecedentes penales pueden ser utilizados para descartar la participación o vinculación de un individuo para el ejercicio de un trabajo o función pública, como por ejemplo, el cuestionamiento de ciertos cargos donde se requiere probidad, o no haber cometido algún delito en contra de la administración pública, entre otros (Alonso A. , 2012, pág. 17).

Otra finalidad de los antecedentes penales es el ámbito de la seguridad del Estado, en cuanto a su uso en las instituciones de seguridad ciudadana y orden público, de inteligencia, y el Ministerio del Interior para cumplir con sus funciones de investigación. En el caso de este último, también se los utiliza con fines de cooperación migratoria internacional (Torres, 2011, pág. 13).

En el ámbito público y privado, tanto para las instituciones de educación y de educación superior, se establece como prerrequisito para contratación y permanencia del personal docente el "no contar con antecedentes penales en casos de violencia contra las mujeres o abuso sexual" (Ley para prevenir y erradicar la Violencia contra las Mujeres. 2018. Arts. 24 y 25). Por lo que en estos casos también tendrían un uso legalmente amparado los antecedentes penales.

Por otro lado, el antecedente penal al encontrarse en una sentencia, se vuelve una garantía del debido proceso y parte del principio de publicidad de los casos judiciales (Torres, 2011, pág. 50), que será analizado a continuación para comprender los alcances de este principio y su relación con el derecho al acceso a la información pública.

En conclusión, los antecedentes penales tienen la función de determinar agravantes y atenuantes en un proceso judicial y como información relevante para el ejercicio de funciones de órganos del Estado.

2. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LOS PROCESOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

El principio de publicidad es una garantía que permite el control de la comunidad sobre la *res púbica*, ya que, mediante la publicidad las instituciones del Estado son representadas en su discurso oficial mediante sus actos, resoluciones o sentencias (Sarango, 2008, pág. 45). En el caso de los procesos judiciales, la publicidad de los autos y sentencias de los jueces, permiten un control sobre el cumplimiento de los presupuestos de "la comprensión del caso y la posibilidad de auto legitimación de las decisiones por parte de la administración de justicia" (Sarango, 2008, pág. 45). En esta misma línea, la Corte Constitucional ecuatoriana ha mencionado que:

> Este principio impide que existan en el proceso actuaciones ocultas que resultan indispensables para la formación válida de la relación jurídico procesal pues, de no ser así, el demandado **o procesado** quedaría expuesto a que contra él se profiera una sentencia adversa sin haber sido siquiera debidamente notificado de la existencia de la demanda promovida en su contra (CCE, 046-10-SEP-CC, 2010) (las negrillas son propias).

Esta garantía es amparada en el Art. 76.7, literal d de la CRE, que señala lo siguiente: "d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento" (CRE. 2008). El Art. 165. 5 de la misma lo complementa manifestando que: "en todas sus etapas los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley" (CRE. 2008).

En materia penal, el Art. 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos –desde ahora "CADH"- establece que todos los casos penales deben ser públicos, salvo aquellos donde sea necesario preservar intereses de la justicia (CADH.1984). La Corte IDH, en el caso *Castillo Petruzzi y otros* ha mencionado que incluso en casos donde las leyes de emergencia permiten en una situación de aislamiento, llevar un proceso penal a jueces y fiscales sin rostro; conlleva a una vulneración de esta garantía del debido proceso, ya que en este caso no se permite el involucramiento de la sociedad a la justicia, su fiscalización y control (Corte IDH. Serie C No. 52, Párrafo 172).

Por otro lado, se debe considerar el derecho al acceso a la información pública que comparte la misma finalidad del principio de publicidad. La Corte IDH en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, ha manifestado que se debe garantizar el mayor acceso a la

información, puesto que, es una garantía de una sociedad democrática para el efectivo control social de las actuaciones del Estado (Corte IDH. Serie C No. 74, Párrafo 151).

El derecho al acceso a la información se encuentra amparado en el Art. 13.1 de la CADH, donde se entiende como parte del derecho a la libre expresión "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección" (CADH.1984). En contraste con la normativa interna, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), publicada en el Registro Oficial N°337, en su art.1 establece que:

> El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley (LOTAIP. 2004).

La CRE garantiza este derecho, posibilitando interponer una acción de acceso a la información, como lo señala el art. 91:

> La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley (CRE. 2008).

El derecho a la información es de doble vía ya que, existe un derecho a informar, y, por otra parte, a ser informado, pero estos derechos pueden ser limitados si la finalidad para hacerlo es legítima, la medida es necesaria y proporcional –esto será analizado con más precisión posteriormente- (CIDH, 2010. Párrafo 11). Esto se colige de los principios de acceso a la información que, entre otros son:

> a) El derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción; b) Carga probatoria para el Estado en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información, c) Preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación, d) Obligación de generar una cultura de transparencia, y, e) Acceso a la información y a los archivos de memoria histórica sobre graves violaciones de derechos humanos (Rodriguez F. , 2017, pág. 227).

En la actualidad los métodos de acceso a la información pública, han sido mejorados gracias a las tecnologías de la información permitiendo un mayor acceso y comunicación con la administración pública, la cual da tratamiento a los datos y respuestas aceleradas de la misma, por consiguiente, se da paso a la formulación y estudio de nuevos derechos que responden nuevas necesidades de protección, a causa del uso de estos métodos modernos (Herrera, 2019, pág. 42).

3. EL DERECHO A LA SUPRESIÓN DE DATOS PERSONALES O DERECHO AL OLVIDO.

Actualmente, la sociedad vive en una nueva era tecnológica donde la información y las comunicaciones tienen suma importancia en las relaciones humanas, esto conlleva a que existan actos del ser humano que al relacionarse entre sí, sean jurídicamente relevantes pues al utilizarse el internet como herramienta para dichas funciones, se debe aceptar la realidad de que este espacio no se encuentra totalmente regulado (Merizalde, 2014); por lo tanto, el Derecho debe ocuparse de hacerlo mediante lo que se conoce como *derechos digitales* –entre los cuales se encuentra el derecho al olvido- encargándose de proteger otros derechos y garantizar el buen uso del Internet (Cortés, C. E. 2004, pág.66).

Cualquier persona con acceso a internet puede acceder –cabe redundar- a una infinita cantidad de información de cualquier persona –incluso sin su consentimiento-, ya que el Internet se ha considerado como una red abierta, donde en la actualidad los motores de búsqueda permiten almacenar más información con cantidades infinitas de la misma y a disposición de todo el mundo lo cual nunca antes se había dado (León, María Auguta y Luis Álvarez, 2017, pág. 3).

Por consiguiente, es importante lograr un equilibrio entre el fomento económico que se obtiene con el desarrollo de la economía, la globalización y los avances tecnológicos y de compartimiento de información; y, por otro lado, la protección y control de esos datos en el internet para cautelar los derechos anteriormente señalados. Esto es más complicado de realizar tomando en cuenta, el incremento de intercambio de información entre operadores públicos y privados que construyen lo que se conoce como *Big data*, por esta razón, este tipo de avances tecnológicos exigen brindar mayor seguridad jurídica, lo cual

es complejo tomando en cuenta que el derecho no avanza de forma tan veloz como los avances tecnológicos (Berrocal, 2017, pág. 9).

El acceso a esta basta cantidad de información, puede conllevar a la vulneración de derechos fundamentales como el derecho al honor, intimidad, la propia imagen, etc. Ya que no se puede controlar que absolutamente todos los datos que se encuentran en el internet sean verdaderos, exactos o precisos y que no difamen a una persona; por otro lado, se debe tomar en cuenta que dicha información se puede obtener de manera "automatizada, instantánea, y continuada en el tiempo" (Berrocal, 2017, pág.9). Esta última no permite que tal información se olvide, al contrario, hace que se produzca lo que se ha denominado memoria digital eterna (Espinoza M. , 2017, pág. 142).

"Hay que tomar en cuenta que el internet conserva las malas experiencias, recuerdos, imágenes, errores del pasado, los cuales nos gustaría 'renegar'" (Terwangne, 2012, pág. 52). Por esto se requiere regular la protección de datos personales, donde se garantice a las personas el control sobre sus datos, el uso y destino para evitar el tráfico ilícito de los mismos o la lesividad de la dignidad humana, en cualquier derecho fundamental que sea vulnerado por dicha causa (Cuenca, 2017, pág. 136). En respuesta a esta necesidad se han formulado nuevas garantías y derechos, como lo es el relativamente nuevo derecho al olvido, ya que su término es utilizado a partir de la creación del internet y el acceso a datos personales con facilidad (Salgado, 2011, pág. 52).

En este orden de ideas, el derecho al olvido se da porque la sociedad asume que los datos del internet son reales, o vigentes, es decir que no existe ningún cambio en la situación de los individuos sobre lo que muestra el dato a pesar del paso del tiempo.

El derecho al olvido es "aquel que tienen las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un periodo de tiempo determinado" (Terwangne, 2012, pág. 54). Por lo tanto, si existe un sistema en el que la información de las personas es de carácter público y el mal uso de esta puede causar perjuicios, es menester que se la proteja con este derecho.

El derecho al olvido es aquel "que podemos tener todos a que nuestro pasado sea enterrado, que no sea reabierto y que hechos que sucedieron no se vuelvan a divulgar" (Cobas, 2012, pág. 331). Semánticamente ha sido criticado, ya que el olvido es algo que se encuentra en el fuero interno, es una decisión propia del ser humano, y el derecho no puede obligar a una persona a que olvide algo (Augé, 1998).

Sin embargo, este derecho hace alusión al olvido dentro de la memoria digital, entendiendo que lo digital se encuentra manejado por humanos, son ellos los que pueden decidir eliminar información y, por tanto, olvidar la misma en aquel mundo (Berrocal, 2017, pág. 201). Frente a este debate, se ha optado por utilizar el nombre de "supresión de datos", utilizado formalmente por el reglamento del Parlamento Europeo, relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, en el artículo 13 literal b: "La existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión" (Comisión Europea, 2016). En esta misma línea, el relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue ha mencionado la necesidad de que los Estados garanticen la eliminación de datos personales para salvaguardar derechos humanos como la privacidad (Rue, 2011), así mismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha considerado que los Estados deben generar mecanismos efectivos para que las personas puedan eliminar sus datos personales de la internet, ejemplificando al *habeas data* como uno de aquellos mecanismos adoptados por varios Estados de la Región (Botero, 2013, pág. 66). Seguidamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – desde ahora ACNUR-, también ha amparado la "eliminación" de los datos personales del titular cuando estos son innecesarios o incompletos (ACNUR, 2016, pág. 20)

Pese a esto, para efectos prácticos, en la presente investigación se continuará con el uso del término "derecho al olvido", tomando en cuenta que se tratará sobre la "memoria digital eterna", por lo que su utilización con respecto a este es adecuada (Berrocal, 2017, pág. 202).

Uno de los primeros casos de eliminación de datos personales es el de *Melvin vs. Reid* en el cual una prostituta después de renunciar a sus labores contrajo matrimonio con Bernard Melvin, con quien procreó hijos y tenían una vida normal. Siete años después se realizó un documental *The Red Kimono*, en el que se mencionaba el nombre y la historia de prostitución que había tenido la señora Melvin en el pasado. Esto generó varios problemas en el núcleo familiar y una serie de actos de discriminación por parte de las personas que le rodeaban. Ella demandó a la productora de la película por el "derecho al olvido", donde los jueces del Estado de California le darían la razón, considerando en primer lugar la definición del derecho a la privacidad como:

> El derecho de privacidad se ha definido como el derecho a vivir la vida en aislamiento, sin estar sujeto a publicidad injustificada y no deseada. En resumen, es el derecho para ser dejado en paz 21 RCL 1197, 1198. Sin embargo, hay ocasiones en que uno, ya sea voluntariamente o no, se convierte en un actor en una ocurrencia de interés público o general. Cuando esto ocurre, emerge de su aislamiento, y no es una invasión de su derecho de privacidad publicar su fotografía con una descripción de tal ocurrencia (Jones v. Herald Post Co., supra).

En segundo lugar, la Corte analizó que, en la Constitución de California, se ampara el derecho al desarrollo de la libre personalidad, y dentro de ello se refiere al derecho a la felicidad como la libertad a no ser víctima de ataques innecesarios a su reputación, ya que la película pudo haber omitido la identidad de la actora de la demanda. (Cal. Ct. App. Melvin vs. Reid, 1931).

El caso que ha llamado la atención en los últimos tiempos sobre este tema es el caso de *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) tratado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Orza, 2017, pág. 16). La discusión se da por un embargo realizado en el año de 1998 que fue publicado en un periódico español; en la actualidad ya no existe dicho embargo, pero en los buscadores de Google Inc. se continuaba mostrando información al respecto, por lo cual la AEPD solicitaba que esa información sea eliminada. (Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos, 2014).

El TJUIE consideró que el tratamiento de la información que realiza el buscador (extracción, registro, organización, conservación y comunicación) es un tratamiento de datos personales y señala que este tratamiento lo hace el buscador a título de "responsable", al determinar los fines y los medios de ese tratamiento. Por lo tanto, se debe encontrar un equilibrio entre la tutela de reputación de la red y la libertad de información del usuario, debiéndose considerar el derecho al olvido dependiendo de cada caso. (Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos, 2014). Es decir que al derecho al olvido se le contrapone el derecho a la información, sobre todo para el análisis de este con respecto con las redes de manejo de información (como Google), que son los responsables del manejo de estos datos (Espinoza M. , 2017, pág. 145)

Por otra parte, la doctrina solamente ha señalado dos excepciones al derecho al olvido: a) cuando los hechos tienen un interés histórico; y b) para los hechos vinculados a la actividad pública (Terwangne, 2012, pág. 56). Con relación al primer punto, los casos imprescriptibles no podrían ser olvidados, ya que se entiende que la finalidad de tales

delitos es mantener una memoria histórica por la gravedad de los mismos, por ejemplo los crímenes de lesa humanidad, las graves vulneraciones a los derechos humanos, -en el caso de la República del Ecuador- los delitos contra la administración pública, y los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes (Ávila R. , Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo euatoriano, 2012, pág. 40). La finalidad de esas medidas es "preservar del olvido de la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas" (Corte Constitucional Colombiana. T-347/13, punto 4.4.3.1.). Es decir que se trata de una forma de garantizar la no repetición de esos casos.

Con respecto al segundo punto, se debe tomar en cuenta uno de los principios básicos del régimen de protección de datos, donde se tiene que analizar la finalidad del dato, donde se puede mantener en una forma que permita la identificación de los interesados, durante un periodo no superior al necesario para los fines que fueron recogidos (Rodríguez, 2017). Este principio de la finalidad de la publicidad de los datos puede variar cuando se lo relaciona con el pasado judicial.

> Hoy en día, el derecho al olvido del historial judicial ha ido mucho más allá de los antecedentes penales. La jurisprudencia de varios países lo ha reconocido (…) como parte de los derechos de la personalidad, prevención de la discriminación y parte de la reinserción social (Rodríguez F, 2017, pág. 270).

El derecho al olvido responde al interés de aquellos derechos, pero también al del honor de manera general, y de forma específica a la intimidad de la persona, aunque puede funcionar como garantía de otros derechos, como la no discriminación (Carapeza, 2015, pág. 20). En la presente disertación se realizará un análisis a partir de este último derecho. El derecho al honor y la intimidad no serán analizados por los motivos que serán explicados a continuación.

3.1. LA INAPLICABILIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO A LA LUZ DEL DERECHO AL HONOR PARA LOS FINES DE LA PRESENTE DISERTACIÓN.

La palabra "honor" viene del latín *honor y honoris*, palabras que eran utilizadas para describir cualidades, que tenían personas que ostentaban cargos públicos como la rectitud,

decencia, dignidad, etc. (Vargas, 2011, pág. 114). En el campo jurídico, en el siglo XVIII, Beccaria expuso la complejidad de definir al honor y su variabilidad, manifestando:

> (…) esta palabra honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente (…), este honor, pues, es una de aquellas ideas complejas, que son un agregado, no solo de ideas simples, sino de ideas igualmente complicadas, que en el variado modo de presentarse a la mente, ya admiten y ya excluyen algunos diferentes elementos que las componen, sin conservar más que algunas pocas ideas comunes, como muchas cantidades complejas algebraicas admiten un común divisor. Para encontrar este común divisor en las varias ideas que se forman del honor es necesario echar rápidamente una mirada sobre la formación de las sociedades (…) (Carrión Callejo, 2005) citado por Moreno (2017, 38).

Posteriormente se volvió a asumir el reto de conceptualizar el honor en lo jurídico, pero desde lo empírico tomando las teorías fácticas del honor (Rodriguez S. , 2007, pág. 66)., comprendiéndose en primer lugar por el elemento subjetivo del honor, este elemento hace alusión a la valía propia de cada individuo. En segundo lugar, el elemento objetivo de honor que es la valía que las demás personas tienen sobre un individuo (Corte IDH, 2018, párr. 155).

Estos elementos conllevaron a que se clasifiquen grupos sociales y así en el siglo XIX, existían personas que no tenían honor por su reputación como por ejemplo las prostitutas, homosexuales, entre otras (Carrión Callejo, 2005). Es decir, lo que protegería en ese entonces el derecho al honor era la protección de una valía social, más no a un derecho humano, ya que en palabras de Quintero Olivares y Morales Prats, estas teorías "resultan difícilmente compatibles con los principios de igualdad, pluralismo y seguridad jurídica, amén de tener como efecto no deseado el inundar de bagatelas la actividad judicial" (Oliveras, Quintero y Prats, Morales, 1999, pág. 20). Esto se da ya que la valía social va a ser en extremo variable, debido a las disímiles versiones de esta que se pueden dar (Rodriguez F. , 2017, pág. 60). Así también, aplicar únicamente las teorías fácticas del honor conllevaría a manejar concepciones de honor de una sociedad clasista, ya que solamente quien se encuentre en cierto estatus tendría la posibilidad de tener honor (Rodriguez S. , 2007, pág. 70). Por consiguiente, dichas teorías han sido descartadas por la ley y la doctrina.

En la actualidad existe la teoría normativa del honor y el honor como derecho fundamental, esto quiere decir que su concepto ha sido descrito en una norma, este derecho se encuentra reconocido en el art. 66. 8 de la CRE con el siguiente texto: "se reconoce y se garantizará a las personas: 18. El derecho al honor y al buen nombre. La

ley protegerá la imagen y la voz de la persona" (CRE. 2008. Art. 66.8); reconociendo al honor como un derecho constitucional, *erga omnes*, regido por principios establecidos en el art. 11 de la CRE como el de igualdad –dando igual honorabilidad a todo ser humano independientemente de su estatus y juicios de valor social-, vinculado con la dignidad humana (Laurenzo, 2002, pág. 23). El derecho al honor, también se encuentra reconocido en la CADH como un derecho humano en el art. 11, el cual reza: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad" (CADH. 1984). A diferencia de las teorías fácticas, no es necesario mantener una conducta ejemplar ante la sociedad, para adquirir una buena reputación o por algún mérito social y por ende tener honor, sino que este derecho es inherente al ser humano, es decir, que nace con la persona por el simple hecho de serlo (Rodriguez S. , 2007, pág. 72). Sin embargo, si se asume esta teoría sin restricción, existiría un conflicto fáctico cuando en ciertos casos el mismo titular del derecho al honor, por sus actos, ha llevado a mancillar su imagen y su reputación (Laurenzo, 2002, pág. 25), en otras palabras, si una persona ha cometido un ilícito, cabe la *exeptio veritatis*, esto significa que no hay lesión a un bien jurídico protegido cuando se prueba que lo que se expresa sobre una persona es verdad, esto está reconocido en el COIP en el art. 182 de la siguiente manera:

> (…) No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo (…) (COIP.2014. Art182).

No obstante, si se asume la teoría normativista como imperativa o absoluta, la *exeptio veritatis* no cabría debido a que se entendería que la honra de una persona siempre debe ser respetada independientemente de su conducción de vida (Rodriguez F. , 2017, pág. 72). En este orden de ideas, se impediría la libertad de expresión de decir la verdad sobre un delincuente, incluso por parte de la víctima en un caso determinado.

En respuesta a este dilema, se presenta la teoría fático-normativa, acogiendo el concepto normativo del honor, el cual se desprende de la dignidad humana, y la realidad social para determinar el alance de este derecho (Laurenzo, 2002, pág. 29). Para esto, se acoge la teoría del honor merecido, es decir, se reconoce al honor, pero su protección depende de una conducta social proba del individuo. Para comprender de mejor manera esta teoría hay que analizar nuevamente las teorías fácticas, éstas atienden a un honor aparente, donde es atribuido o no a una persona por la sociedad de forma objetiva, siendo o no merecido (Rodriguez F. , 2017, pág. 77). Por otro lado, el honor merecido responde a las

teorías fáctico-normativas, porque este depende de que el individuo no afecte con su comportamiento a lo esperado por la mayoría de la sociedad, establecido previamente en una ley (Laurenzo, 2002, pág. 33). Es decir que, si el COIP establece la conducta reprochable por toda la sociedad, entonces quien enmarque su conducta en dichos preceptos normativos, no merecería honor –esto debe ser comprobado mediante un juicio y llegar a la verdad- (Rodriguez F. , 2017, pág. 73). Incluso el juicio que se elabore no constituye una vulneración al derecho a la honra, sino que los procesos al identificar los datos de verdad pueden llegar a ofender no solo al procesado, sino a varias personas que se involucren en el proceso y esta limitación a la honra es legítima para el manejo correcto de la administración de justicia. Así lo ha mencionado la Corte IDH en el caso *Cesti Hurtado* de la siguiente manera:

> (…) un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa. Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante, que suspende precisamente a esa intención. (...) (Corte IDH. Serie C N°. 56, párrafo 177).

Si el honor depende de la conducta del individuo, este se vuelve dinámico, es decir que todas las personas tenemos honor en un inicio, pero este puede disminuir drásticamente con los actos contrarios a los estándares ético-sociales. Empero, el honor también puede volverse a forjar con el pasar del tiempo, si el individuo se construye una reputación acorde con dichos estándares (Alonso M. , 1983, pág. 140). Es por esto por lo que la CCC, ha mencionado que un dato negativo puede tener fecha de caducidad, ya que este no puede prevalecer en el tiempo para siempre, porque se perjudicaría el derecho al honor de la persona (CCC, 2012).

En la presente disertación se analiza la realidad de las personas que han cometido un delito, y si bien han saldado su deuda con la sociedad después de cumplir con su pena, se requiere de tiempo para la restauración de su reputación y por consiguiente su honor merecido, esto lo ha sostenido la Corte Constitucional colombiana a cerca de la caducidad de la información negativa de una persona que debe ser eliminada después de un tiempo para la protección del derecho al honor (Corte Constitucional Colombiana, C-1066. 2002). Pero si el objeto de la disertación es la aplicación del derecho al olvido sobre los

antecedentes penales del individuo, inmediatamente después de cumplir con su pena, entonces se haría mal en analizar el derecho al olvido como una garantía de un derecho al honor reducido o inexistente fácticamente en estos casos, sin embargo, es innegable que la aplicación del derecho al olvido brindaría como consecuencia fáctica pero no jurídica, un contexto en la sociedad donde la persona podría restaurar dicho honor con mayor facilidad. Por estos motivos no se analizará el derecho al olvido a la luz del derecho al honor.

3.2. LA INAPLICABILIDAD DEL ANÁLISIS DEL DERECHO AL OLVIDO A LA LUZ DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD.

El término privacidad aparece por primera vez en el año 1890 en Estados Unidos en el artículo *The right to privacy* de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis. El artículo se enfoca en el derecho a la vida privada de las personas frente a los medios de comunicación y la protección de la información personal (Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, 1890). Posteriormente, en el año 1960 el autor William L. Posser postula cuatro tipos de agravios contra la privacidad, tomando en cuenta los fallos de la Corte Suprema sobre privacidad que habían sido basados en el artículo de Warren y Brandeis y que elevó al derecho a la privacidad como un derecho constitucional (López, 2014).

A nivel regional, parte del derecho a la honra, y como uno de los objetivos de la protección de la supresión de datos personales, es el proteger la vida privada de las personas. Esto lo ampara el art. 11.2 de la CADH manifestando lo siguiente: "2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación." (CADH. 1984). La Corte IDH ha determinado que este no es un derecho absoluto y que puede ser restringido por los Estados en los siguientes parámetros:

> (…) siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática (Corte IDH. Serie C N°239, párrafo 164).

En esa misma línea, la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que la publicación de los datos personales de una persona que tuvo un proceso judicial tiene fines legítimos enmarcados dentro del principio de publicidad y el derecho al libre acceso a la información –los cuales fueron explicados en tópicos anteriores-, pero que a demás dicho dato se convierte en un dato público (CCC. SU458/12, párrafos 13-15). En este mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de California manifestando que:

> El solo hecho de que **-los datos personales-** estuvieran incluidos en un registro público es suficiente para negar la idea de que su publicación fue una violación de un derecho de privacidad. Cuando los incidentes de una vida son tan públicos como para difundirlos en un registro público, entran en conocimiento y están en posesión del público y dejan de ser privados. (Cal. Ct. App. Melvin vs. Reid, 1931, párrafo 291) -las negrillas son propias-.

Por lo que no se podría analizar al derecho al olvido a partir del derecho a la privacidad e intimidad de las personas, pero puede analizarse si el dato continúa teniendo una finalidad legítima, utilidad, necesidad, proporcionalidad o circulación restringida, para salvaguardar un interés legítimo de la sociedad (Corte Constitucional Colombiana. SU458/12, párrafos 13-15).

Por este motivo en la presente disertación, no se analizará el derecho al olvido a la luz del derecho a la intimidad y vida privada, ya que se entiende que el antecedente penal es un dato público, pero se analizará si dichos datos deben continuar siendo públicos, mediante un análisis de proporcionalidad que será explicado posteriormente.

II. EL DERECHO AL OLVIDO COMO GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA REINSERCIÓN SOCIAL EFECTIVA.

En el presente capítulo se analizará, por un lado, el derecho a la igualdad o no discriminación y la reinserción social efectiva como política post rehabilitación y como un principio constitucional, y por otro, la necesidad del derecho al olvido como una herramienta para prevenir la vulneración de dicho derecho, y de efectivizar la reinserción social; con respecto a este último objetivo, también se realizará mención especial a la seguridad nacional para prevenir la reincidencia delictiva.

2.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD O NO DISCRIMINACIÓN.

El derecho a la igualdad se desarrolla en la Antigua Roma, con el aporte realizado por Ulpiano sobre la *iustitia y aequitas* –la justicia y equidad-, manifestando a la justicia como el lograr dar a cada uno lo suyo, buscando el derecho al hacer la ley y al aplicarla (Bernal, Beatriz y Ledesma, José, 2013, pág. 38). Con respecto a la equidad, esta alude a la aplicación del derecho en un caso concreto, tomando en cuenta las variabilidades de las conductas cotidianas de la vida, que no se pueden prever en la ley, convirtiéndose en un principio de aplicación en el Derecho Civil Romano, donde se juzgaba con equidad, pero esto dependía del status de las personas, sean pretores o civiles ya que su "equidad" respondía al grupo social al que se pertenecía (Bernal, Beatriz y Ledesma, José, 2013, pág. 38). Este mismo concepto fue desarrollado por Aristóteles, el cual mencionaba que, en virtud de la justicia, la igualdad debe ser para los iguales y desigualdad para los desiguales (Barker, 1946).

Posteriormente, la ley de las XII tablas sancionaron un conjunto de varias normas consuetudinarias, sustituyéndolas por normas –en ese entonces- progresistas promulgando la igualdad civil entre romanos, patricios y plebeyos al ser juzgados entre ellos (Bernal, Beatriz y Ledesma, José, 2013, pág. 83). Subsiguientemente, en la Edad Media, la idea de igualdad de todos los hombres fue tomada como un principio por intervención de la religión católica, permitida por el emperador romano Diocleciano y posteriormente adoptada por Constantino (Bernal B. , 2010, pág. 68). A pesar de que se promulgaba la igualdad entre los hombres, en la Edad Media, las personas continuaban sin ser iguales jurídicamente hablando, en esta época se separaba el derecho de los nobles y de los villanos de las aldeas, creando un sistema clasista que beneficiaba a cierto grupo social (Bernal B. , 2010, pág. 101).

Ulteriormente, desde fines del siglo XVI hasta los del XVIII, la filosofía trata de resolver dilemas sobre el orden social, las finalidades de la humanidad, y la razón como la única forma de llegar a la verdad, tratando de implementar corrientes iusnaturalistas, racionalistas y positivistas en el ámbito jurídico. Estas fueron amparadas por países europeos que en el siglo XVII los cuales planificaron su futuro elaborando cuerpos de leyes llamados códigos, donde uno de los principios que se recogían era la igualdad ante la ley, y gracias a la obra *de los delitos y de las penas*, del año 1764 de Casare Bonesana,

Marqués de Beccaria, el derecho penal se unió a este cambio otorgando también la igualdad ante la ley de los procesados en los casos penales (Bernal B. , 2010, pág. 164). Así mismo, Kant, postula su imperativo categórico, en el que el ser humano es el fin y no únicamente un medio, y en tanto las personas actúen cumpliendo con tal precepto entonces no se violenta la dignidad humana, y sería la única limitación a la libertad (Ávila R. , La rehabilitación no rehabilita la ejecución de penas en el garantismo penal, 2008, pág. 146), empero la libertad debería ser regulada por una ley universal de la libertad, o descrita como derecho cosmopolita en su obra "la paz perpetua" (Habermas, 1997, pág. 63), pero para el debido goce de dicha libertad, Kant considera que se requiere de "la independencia que consiste en no ser obligados por otros sino a aquello a lo que también podemos recíprocamente obligarles" (García J. , pág. 3), marcando no solo un precepto independentista sino también de igualdad en deberes y obligaciones.

En esta misma época, tras la Revolución francesa –con sus principios de libertad, igualdad y fraternidad-, nace el Estado de Derecho, promulgando la igualdad entre todos los hombres en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), aboliendo los privilegios de nobles que quedaron. Esta fue tomada como ejemplo para las constituciones de Europa y del continente americano (Bernal B. , 2010, pág. 169). En épocas contemporáneas, las normas de igualdad han sido adoptadas desde la Declaración Universal de Derechos Humanos ampara el derecho a la igualdad y la no discriminación (Asamblea General, 1948. Art. 7). A partir de esta, se han generado algunas normas sobre la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos –aunque no de manera única y unificada- y a nivel constitucional (Bayefsky, 1990, pág. 2).

En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, esto quiere decir que es de imperativo cumplimiento para los Estados (Corte IDH/OC18/03. 2003, párr. 101). En el caso de la República del Ecuador, el art. 3 de la CRE establece que el Estado debe: "(…)1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales" (CRE, 2008), en esa misma línea el art 66. 4, garantiza la igualdad formal y material (CRE, 2008).

En cuanto a su concepto, en un sentido amplio y estricto se puede definir a la discriminación como un trato desigual, y en una perspectiva específica, cuando la misma se da en un contexto de criterios de prohibidos –sexo, etnia, etc.- (Rey, 1996, pág. 319). Por otra parte, para la tratadista Anne F. Bayefsky, las normas que rigen al derecho a la

no discriminación son estructuradas en dos dimensiones: autónoma o subordinada y, abierta o restringida. En primer lugar, la norma de no discriminación autónoma no requiere hacer referencia a otro derecho, sino a la no discriminación ante la ley en si misma (Bayefsky, 1990, pág. 3) un claro ejemplo es el del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – desde ahora PIDCP-, el cual establece que:

> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...) (PIDCP, 1966).

El derecho a la igualdad ante la ley se sustenta en sí misma, sin necesidad de un contexto de amenaza a otro derecho sustantivo. En esta misma línea, el Comité de Derechos Humanos lo ha interpretado manifestando que el derecho amparado en el art. 26 –anteriormente citado- es autónomo, y que los Estados deben adoptar medidas para que sus leyes no sean discriminatorias, ya que se prohíbe la discriminación de hecho y de derecho (CCPR, 1989).

De igual modo, el mismo Comité, aplicó esta idea en la comisión de *Broeks vs. los Países Bajos*, donde constató la violación del art. 26 del PIDCP, puesto que a las mujeres no se les brindaba el beneficio de la seguridad social, a diferencia de los hombres en situaciones homólogas, a pesar de que el PIDCP no ampara el derecho a la seguridad social (Comunicación N° 172/1984, 1987. Párrafo 12,4 y 15).

En relación con las normas de igualdad subordinadas, estas prohíben la discriminación únicamente en el contexto de otros derechos amparados en el mismo instrumento (Bayefsky, 1990, pág. 4), como por ejemplo el art. 1.1. de la CADH, que dispone que:

> 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (CADH, 1984).

Además, la Corte IDH en el caso *San Miguel y otras vs Vene*zuela, ha manifestado que la forma de interpretar la norma de igualdad subordinada es en concordancia con otros derechos de la Convención (Corte IDH, 2018. Párrafo 110). En esa misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –desde ahora TEDH-, en el caso *Marckx vs. Bélgica*, ha concluido que, en los casos, en que una medida vulnere un derecho o libertad

de la Convención, pero que por su naturaleza es discriminatoria, esta violaría dos disposiciones en conjunto (TEDH, 1978. Párrafo 32).

En segundo lugar, dentro de las dimensiones estructurales de las normas de igualdad, se encuentran las normas abiertas; la cual hace referencia a los distintos motivos de la discriminación, como por ejemplo los anteriormente citados en el art. 1.1. de la CADH, sea por sexo, idioma, religión, etc. Sin embargo, "determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria. Cada distinción, de cualquier tipo, invocará el principio de igualdad o no discriminación" (Bayefsky, 1990, pág. 5). Así lo ha sostenido el TEDH, en el caso *Rasmussen vs. Dinamarca*, analizando el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual prohíbe la discriminación por distintos motivos, pero la el TEDH señalo que:

> (...) en consecuencia, para los efectos del artículo 14, la Corte estima que entre el Sr. Rasmussen y su exmujer hubo diferencia de trato en lo que respecta a la posibilidad de instituir un procedimiento para impugnar la paternidad del primero. No hay necesidad de establecer el motivo en el que se basó esta diferencia, puesto que la lista de motivos contemplada en el artículo 14 no es exhaustiva (TEDH, 1981. Párrafo 34).

Es decir que, el señalar el motivo de la discriminación no es un requisito imperativo para demostrar que un trato distinto, es discriminatorio.

En el caso de la República del Ecuador, la CRE establece en su art. 11.2 una norma de igualdad subordinada, señalando distintos contextos de la forma, siendo específica y taxativa, como lo ha mencionado la Corte Constitucional en el caso 0445-11-EP (CC, 2013, pág. 15). La norma manifiesta lo siguiente:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (…) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (CRE, 2008).

Entre estos contextos se encuentra el pasado judicial, que se lo publica a través de los antecedentes penales de las formas anteriormente señaladas en la presente disertación.

Si bien existe la definición formal sobre la no discriminación -anteriormente mencionada-, ésta obliga a los Estados a mantener un rol neutral y pasivo, pero estos deben avanzar a una protección de los grupos subordinados, convertirse en Estados activos que generen equilibrios sociales, y la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación (Abramovich, 2009, pág. 18). Para determinar si un grupo social es estructuralmente diferenciado, el tratadista Ramiro Ávila, y la Corte Constitucional en el caso 11-18-CN (matrimonio igualitario) del año 2019, consideran que se requiere determinar lo siguiente:

> (…) (a) que hay diferencias, restricciones, exclusiones o preferencias (b) que esas diferencias son irrazonables, caprichosas o arbitrarias (noción formal de igualdad) basadas en categorías sospechosas, (c) el trato diferenciado afecta gravemente el goce de un derecho humano o el grupo está en desventaja en el ejercicio de los derechos por obstáculos legales o tácticos (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 15).

A continuación, se demostrará que las personas que fueron privadas de su libertad han sido estructuralmente discriminadas por el funcionamiento de la justicia penal, utilizando cada precepto señalado.

a. **La diferencia**

En este caso se requiere de dos grupos comparables que merecerían un trato semejante por ser iguales en derecho. Desde una perspectiva general, y dentro de la justicia penal, se debe entender que en una sociedad se cometen infracciones penales sin distinción de clases, pero hay un grupo que es inmune al sistema penal y otro que si se sujeta al mismo (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 15). Este último grupo, está relacionado con personas en situación de marginalidad y la gran mayoría de la población carcelaria es pobre, mientras que el primer grupo no lo es (Coba 2008: 92; Ramm 2005: 19), por tanto, las clases altas y medias no son parte del sistema penal, y cabe analizar bajo los parámetros de la igualdad si esta distinción es legítima o no. Por otro lado, en una perspectiva específica, una persona que ya ha recuperado su libertad goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otra persona porque –aunque de forma real o ficticia- ese individuo ya se rehabilitó, y saldó su deuda con la sociedad (Rodriguez F. , 2017, pág. 265).

En conclusión, el mantener el dato de sus antecedentes penales con información real pero negativa de su pasado judicial delictivo, es una diferenciación clara con respecto al resto

de individuos, y que continúa oprimiendo a los marginados mediante el sistema penal por su pasado judicial.

b. La diferencia en una categoría sospechosa.

La Corte Constitucional en el caso 050-15-SIN-CC, ha considerado que una vez que se determina un trato diferenciado, se debe delimitar si también se versa sobre una categoría sospechosa que "contribuye a perpetuar la inferioridad y exclusión de determinados grupos", si esto es así se presumiría la inconstitucionalidad hasta que el Estado compruebe lo contrario (C.C. 2015), por lo que a continuación se demostrará que el presente caso se enmarca en una categoría sospechosa.

Las categorías sospechosas se encuentran ejemplificadas en instrumentos internacionales de derechos humanos, donde se hacen referencia a grupos que son un principal foco de discriminación a lo largo de la historia, o condiciones que atraviesan las personas como por ejemplo: indígenas, mujeres, grupos LGBTI, el origen social, nacionalidad, entre otros (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010). El sistema penal, opera en contra de personas – en su mayoría- hombres, jóvenes, pobres, sin instrucción, pertenecientes a una etnia minoritaria o extranjeros (Coba, 2008, pág. 92. Ramm, 2005, pág. 19). La criminología, ha evidenciado que existe un fenómeno de "estigmatización" y "prisionización" (Zaffaroni 1986, pág. 410), y al proceso de estigmatización como etiquetamiento o "*labelling approach*" (Baratta, pág. 119). Así mismo, Vilhena, desarrolla estas características, catalogándolas como un proceso de "demonización", que "es un proceso por el cual la sociedad hace una reconstrucción de la imagen humana de sus enemigos, que en adelante no merecerían estar incluidos dentro del reino de la ley (…) y se volvieron clases torturables" (Vilhena. 2007, pág. 43). En este mismo sentido, Ramiro Ávila considera que es excepcional el que una persona rica o poderosa sea sometida al sistema penal, y que cuando esto ocurre es porque dichas personas fueron sometidas a ese sistema, cuando se han encontrado en un conflicto con otras personas detentadoras de poder también privilegiadas (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 16). En esta línea, para la Corte constitucional una categoría sospechosa es aquellas que:

> Son utilizadas para realizar tratos "diferentes" respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a

> grupos de personas generalmente marginados y que, sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. (CC, 2013, pág.16).

Como se señaló anteriormente, la discriminación a una persona por su pasado judicial se encuentra contenido en el art. 11.2 de la CRE, por tanto, las personas que han recuperado su libertad son consideradas generalmente marginadas y se enmarcan en esta categoría sospechosa.

c. Afectación del goce de un derecho por el trato diferenciado.

Si un trato diferenciado no vulnera un derecho, entonces se podría tratar de una acción afirmativa, por lo que no existiría problema alguno (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 17). Una vez pagado el precio de haber cometido un delito, la sociedad debe ofrecer a los individuos la capacidad de que estos sean reinsertados a la misma sin tener que soportar el peso de los errores de su pasado (Cobiella, 2013, pág. 112). Cargar con este peso, limita el ejercicio de los derechos de estas personas, por dar un ejemplo, muchas veces las herramientas de información pública donde constan sus antecedentes penales son utilizadas por la sociedad para impedir el acceso al empleo. En esta línea, Felipe Rodríguez M. sobre el funcionamiento del SATJE menciona lo siguiente:

> Esta es una herramienta muy utilizada por los departamentos de recursos humanos de empresas privadas, a través de la cual, previo a contratar al postulante a un puesto de trabajo, revisan su pasado judicial y normalmente, sin importar si fue condenado o absuelto, el solo hecho de haber sido procesado (…), lo convierte en una persona no digna de confianza (aptitud) para desempeñar un cargo laboral, por lo que normalmente será descartado sin entrevista previa (Rodriguez F. , 2017, pág. 270).

En esa misma línea, la Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen –desde ahora UNODC, por sus siglas en inglés- menciona que los antecedentes criminales muchas veces no permiten a la persona que busca reinsertarse la sociedad el acceso a un préstamo bancario, el ser acreedor de una vivienda, son víctimas de ofensas, es decir una serie de muestras de rechazo y discriminación que obstruyen su reinserción (UNODC, 2018).

Tomando en cuenta su condición de marginados y pobreza –como se lo ha sostenido-, esto genera un estado de vulnerabilidad mayor a este grupo, al no poder obtener un empleo por su pasado judicial y no poder desarrollar su proyecto de vida. Estos casos han sido analizados por la Corte Constitucional Colombiana, donde en efecto se había

mencionado que, los antecedentes penales son una herramienta de discriminación que limita el acceso al empleo de las personas con un pasado judicial delictivo, y que a su vez no permite el libre desarrollo de su personalidad, infringiendo las finalidades del derecho penal que es la reinserción social de las personas sometidas al sistema penal y la prevención de la reincidencia delictiva, esta última debido a que si dichas personas no consiguen un empleo como parte de su reinserción, es probable que vuelvan a delinquir (CCC. 2012, SU-458). El Estado debe brindar un trato diferenciado a este grupo poblacional en desventaja como un ente activo que debe generar normas y políticas que prevengan o reparen las violaciones de derechos humanos que afecten a este grupo (Abramovich, 2009, pág. 21). En esta misma línea, el TEDH ha mencionado que un trato igualitario no implica un trato idéntico, por lo que todo grupo en vulnerabilidad debe gozar de una protección distinta acorde a sus necesidades (TEDH, 1968. Párrafo 10). Una de esas políticas, debe ser la aplicación del derecho al olvido de los antecedentes penales de las personas que ya han cumplido con su pena, para evitar que sus datos sean utilizados como una herramienta de discriminación (Rodriguez F. , 2017, pág. 271).

En conclusión, lo que produce el dato digital público de los antecedentes penales, a las personas sometidas al sistema penal, es continuar con la permanencia de la discriminación estructural y sistemática que existe en su contra.

2.2. La reinserción social del "enemigo público".

El iluminismo, que se consolidó con el pensamiento de los reformadores, a finales de siglo XVIII y principios del XIX, buscaban cambiar la forma de la aplicación de las penas degradantes de siglos anteriores, por una más humana (Álvarez, 1991, pág. 106). La pena privativa de la libertad fue una nueva herramienta en ese entonces, antes de eso solamente se encerraba entre muros al delito (Núñez, 2018, pág. 15).

A mediados del siglo XIX, se habían ido agotando las penas físicas, que llevaban a niveles de sufrimiento tan grandes que se calculaba la cantidad y magnitud de la tortura para interrumpir la muerte, las penas físicas eran menores y poco a poco se fueron aboliendo (Foucault, 2002, pág. 14). En este mismo momento, la pena tomo como finalidad la prisión como un medio represivo, volviéndose parte de la teoría de la pena (Núñez, 2018, pág. 15). Con respecto a este punto, Cury (2009) manifiesta que:

> La pena tiene por finalidad primordial la prevención general positiva mediante la amenaza de quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones de derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en el que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de lo posible, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica (Núñez, 2018, pág. 16).

En otras palabras, esta finalidad observa la lesión del derecho como una generalidad, es decir que un individuo al incumplir normas sociales se convierte en enemigo de la sociedad, importa lo jurídico más no la persona y busca encarrilar al "anormal", homogenizando al convicto hacia dichas normas sociales (Paladines, 2008, pág. 171).

A partir de esta concepción de la pena, el Estado controla, vigila y condena a los reos, para lo cual se crean distintos tipos de centros de retención, bajo un principio mencionado por Foucault que describiendo al panóptico manifiesta que:

> El placer puede ser medido en contraste con el dolor en todas las áreas de la voluntad y de la conducta del ser humano. Se crea el principio del calabozo a la inversa, encerrar, privar de luz y ocultar, (…) lo más importante era encerrar (Foucault, 2002, pág. 185).

Posteriormente la escuela positivista, describe al delincuente como un individuo que no es normal por problemas físicos, y está limitado a ser delincuente, pero que su pena debe ser proporcional a su peligrosidad (Zabala, 2014, pág. 63). Esta escuela contribuyó a varias ideas de la criminología, que posteriormente, ha brindado una herramienta a nuevas teorías que sustentan lo que se conoce como sistema penitenciario, con una visión de proteger los derechos de los privados de la libertad (Núñez, 2018, pág. 17). Uno de los autores más influyentes en esta corriente proteccionista, fue John Howard (2003), con su obra "*El estado de las prisiones de Inglaterra y Gales*", donde propone reformar el sistema penitenciario con cárceles higiénicas, separar a los condenados por su peligrosidad, incentivar el trabajo, entre otras (Núñez, 2018, pág. 17).

A partir de estas propuestas, se adoptaron en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos una serie de derechos y medidas mínimas de protección en el sistema penitenciario, como las "Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios" o Reglas Bangkok, y las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos" o Reglas Mandela empero no van estrictamente dirigidas a la rehabilitación de los individuos sino a mínimos estándares para salvaguardar su integridad y dignidad (Núñez, 2018). Estos instrumentos forman parte del soft law, el cual es definido por Julio

Barberis, como aquella fuente del derecho internacional que no es de imperativo cumplimiento, son normas que se encuentran en proceso de convertirse en obligatorias, entre ellas las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, otras resoluciones de órganos similares o Regionales, acuerdos internacionales, recomendaciones, etc. (Del Toro, 2007, pág 5). Las normas de soft law son importantes porque muchas veces abarcan temas que el hard law –por motivos políticos- no trata, marca nuevos estándares, que pueden servir como una "inspiracións" para los órganos legislativos de los estados, o como pautas para los jueces para interpretar los tratados o principios generales del derecho internacional (Del Toro, 2007, pág 12).

En esta misma época, se brindan postulados de una corriente garantista, con respecto a la finalidad de la pena Luigi Ferrajoli, en su obra "Derecho y razón, una teoría sobre el garantismo penal", describe que la finalidad del derecho penal es el limitar el poder punitivo de los Estados – adoptando el minimalismo penal-, y que la finalidad de recluir al individuo es de rehabilitarlo para posteriormente reinsertarlo a la sociedad (Ávila R. , La rehabilitación no rehabilita la ejecución de penas en el garantismo penal, 2008, pág. 144). Esta finalidad última, ha sido acogida en la CRE en el art. 201, manifestando lo siguiente:

> El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad (CRE, 2008).

Es la primera vez que se postula a la reinserción como ese fin último en el Ecuador.

En el caso colombiano, la CCC ha manifestado que:

> La función de la reclusión tiene que ver con la asistencia al condenado, con miras a lograr su reinserción social, con pleno respeto de sus garantías constitucionales, excepto en razón de las limitaciones propias de la pérdida de su libertad, relacionadas en todos los casos con la disciplina y seguridad carcelarias y que el carácter aflictivo de la condena culmina con la imposición del castigo, puede afirmarse que en un Estado social de derecho el respeto de la autonomía individual comporta la imposibilidad de que las autoridades carcelarias utilicen los fines resocializadores de la pena para violentar las posibilidades de autodeterminación de los reclusos, desbordando de esta manera los límites de la sanción (CCC, 2005, Pár.1).

Ahora bien, se debe señalar que existen diferencias entre la rehabilitación, y la reinserción social –aunque se suelen usar como sinónimos, en la presente disertación se intentará no confundir ambos términos-, que, a falta de su definición en la norma constitucional, pueden ser sujetos a interpretación.

Por una parte, la rehabilitación proviene de una perspectiva médica, en el que la infracción a las normas de la sociedad se homologa con la enfermedad (Tsukame, 2003), pero en la actualidad, en palabras de Nadia Núñez, se entiende como "aquel proceso orientado a la recuperación y fortalecimiento de aquellas facultades y habilidades que se han perdido o disminuido en una persona" (2018, pág. 19), o un conjunto de estrategias dirigidas al cambio del individuo para que no vuelva a delinquir (Ahumada Héctor y Grandón Pamela, 2015). Empero, como lo ha manifestado la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –desde ahora UNODC-, en su "Guía de introducción a la reincidencia y la reintegración social de delincuentes", la prisión en si misma o el sistema de rehabilitación, aun cumpliendo con estándares de protección y todo lo que constituye una verdadera política de rehabilitación del delincuente, es incapaz de las cuestiones de la integración social de los individuos cuando recuperan su libertad, debido a "la falta de supervisión de seguimiento y ayuda post penitenciarias a la liberación" (UNODC, 2013, pág. 8), de ahí que es necesario referirse a la reinserción social como una política complementaria de la rehabilitación pero al mismo tiempo de forma particular. Para Mapelli Cafarena, reinsertar es:

> (…) volver a meter una cosa en otra. En este sentido reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación **o rehabilitación** de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento de la liberación (Cafarena, 1983, pág. 151). –Las negrillas son propias-.

Así que, la reinserción contempla el "disponer de los medios tratamentales, jurídicos y de ayuda social para una vida digna en libertad, además del intento de minimizar la desocialización inherente a la prisión" (Zapico, 2009, pág. 924). Según los autores Andrews y Bonta (2010), "para el éxito de este proceso se deben potenciar las capacidades personales del interno y brindarle las posibilidades de subsistencia una vez cumpla con su sentencia" (Ahumada Héctor y Grandón Pamela, 2015). No obstante, la rehabilitación no implica la reinserción social, ya que una persona puede rehabilitarse, pero no necesariamente ser nuevamente acogido en la comunidad (Ahumada Héctor y Grandón Pamela, 2015).

En cuanto a las controversias con respecto a la reinserción social que se han dado en la doctrina, una de ellas es que, si bien la rehabilitación y reinserción se encuentran establecidos como los fines de la pena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto no implica que dicha finalidad sea la única, o que no puedan coexistir con otras, como la prevención general y especial ya que ambos fines pueden perseguir uno común como evitar delitos para la protección social (Zapico, 2009, pág. 925). El mantener a la rehabilitación y reinserción como fines próximos o primordiales de la pena le brinda un principio "infranqueable" de que las decisiones administrativas, normativas o judiciales del Estado, no vayan en contra de estas y que no impidan la resocialización (Zapico, 2009, pág. 926). Otra de las controversias es definir la condición jurídica de la reinserción social, es decir, dar una respuesta a si esta es un derecho constitucional, un principio, o solamente es una norma orientadora de todo el sistema penal. Antes de analizar estas aristas, es menester señalar que cualquier respuesta que se brinde a dicha controversia dogmática, no repercute de forma negativa con los objetivos de la presente disertación, ya que de cualquier forma se podrían accionar garantías constitucionales para amparar la reinserción social efectiva.

a. La reinserción social como norma orientadora.

Si la reinserción social fuere una norma orientadora del sistema penal, todas las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, deberían tener dicha finalidad por tratarse de una norma constitucional que orienta el resto de normas con menor jerarquía que tenga vinculación con el sistema de rehabilitación social, y si estas incumplen con esta orientación constitucional o incluirían otros fines contrarios a reinsertar al individuo, contravendrían con la norma constitucional (Zapico, 2009, pág. 937). Así mismo las políticas públicas deben ir encaminadas al cumplimiento de la norma constitucional –en este caso orientadora-, esto quiere decir que, las medidas que se toman dentro y fuera de los centros de rehabilitación deben ir dirigidos a rehabilitar y reinsertar como por ejemplo: realizar salidas de la cárcel acompañadas, la capacitación y facilidades para adquirir empleo –una de ellas es la desindexación del antecedente penal-, facilitar el acercamiento con familiares, etc. (Larrauri, E., & Jacobs, 2011)

b. La reinserción social como un principio.

Por otra parte, se ha mencionado que la reinserción social es un principio. En esta línea, Alexy define a un principio como una norma de optimización del derecho (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pág. 86). El presente caso sería similar al anterior, ya que entre una norma optimizadora del derecho y una que orienta al sistema jurídico, no se encontraría mayor diferencia, empero se pueden utilizar los preceptos de Dworkin para identificar a un principio, si este cumple con dos características. La primera es que se trate de un enunciado que no exprese un mero objetivo político sino que establezca un ideal de justicia dirigido a los poderes públicos (Dworkin, 1989), con respecto a este punto, Mónica Zapico menciona que "(…) la resocialización **o reinserción social,** no sería un mero mandato orientador de la política penal y penitenciaria, sino que establecería un ideal que debe ser seguido por los poderes públicos" (2009, pág. 931) **–** las negrillas son propias-. El segundo postulado de Dworkin manifiesta que, un principio exige que ese ideal de justicia esté establecido de manera que deje abiertas las condiciones a su aplicación, esto es, que en determinados supuestos de colisión pueda tener más peso el otro principio con el que entre en colisión (Dworkin, 1989), en el caso de la reinserción social como un principio también podría estar sujeta a ceder en caso de una colisión con otro principio (Zapico, 2009, pág. 931). En este orden de ideas, al tratarse de un principio constitucional, quiere decir que es exigible para todas las funciones del Estado que en el ejercicio de sus funciones siempre se rijan bajo la finalidad de la reinserción social como un principio rector, caso contrario sus actos – incluyendo los normativos o judiciales- serían inconstitucionales (Zapico, 2009, pág. 931).

c. La reinserción social como un derecho constitucional.

Para la doctrina que sustenta esta teoría existen varios motivos por los que se debería tratar de un derecho constitucional. En primer lugar, la reinserción social debe ser entendida –por un motivo de fondo- como un "modulador" del derecho a la libertad, ya que es el principal derecho del cual se priva –legitima y legalmente-, pero al momento de salir en libertad se debe entender que el individuo muchas veces no se encuentra en las mismas posibilidades de desarrollarse en distintos ámbitos de la vida cotidiana, que el resto de personas (Arús, 2005, pág. 154). En segundo lugar, por un motivo de lógica constitucional, según Cid Moliné, "siendo las penas privativas de libertad la más rígida privación de los derechos fundamentales es natural que la Norma Fundamental se haya

preocupado por salvaguardar un conjunto de derechos fundamentales de la persona privada de libertad" (1998, pág. 41).

Por otra parte, el considerar a la reinserción social como un derecho tendría varias repercusiones, como que esta podría ser sujeta de una acción de protección si es que se ve vulnerada, al igual que su naturaleza debe ser entendida como un derecho tangencial que ampara otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, o la igualdad y no discriminación, y al ser un derecho constitucional el Estado tendría las mismas obligaciones que las que se consideraron al describir la reinserción como un principio, es decir que todos los actos de sus órganos deben ir dirigidos a cumplir con dicha finalidad de la pena (Zapico, 2009, pág. 936).

En conclusión, independientemente del carácter jurídico con el que se quiera catalogar a la reinserción social, cualquier medida del Estado sea normativa, administrativa o jurisdiccional, debe ir siempre dirigida al cumplimiento de la finalidad de la pena, esto lo ha mencionado el Tribunal Constitucional Español (TCE) - a falta de jurisprudencia local, se tomará como referencia la opinión del TCE -, con respecto al análisis del art. 25.2 de la Constitución Española, el cual considera a la finalidad de la pena a la reeducación y la reinserción social (CE. 1978), que esta norma no podría estar sujeta a amparo constitucional porque no es un derecho fundamental, pero si es una norma orientadora de toda la política penitenciaria y penal que puede servir para efectivizar otros derechos, y como control para que todos los órganos del Estado tomen medidas con dicha finalidad (SSTC 15/1984, 1984). Si bien el TCE no ha considerado a la reinserción como un derecho fundamental, si ha considerado el "derecho a la reinserción social una vez conseguida", esto es si se considera que el individuo ha sido objetivamente rehabilitado, prohibiendo el uso de sus antecedentes penales, es decir que, estos podrían eliminarse de la base de datos estatales como una herramienta para garantizar efectivamente la reinserción (Urías, 2001, pág. 62), ya que como se ha señalado en el capítulo anterior de la presente disertación, los antecedentes penales en España no son de dominio público independientemente de una "rehabilitación objetiva" o no del individuo.

Finalmente, se deduce que la eliminación de antecedentes penales, es decir la aplicación del derecho al olvido –tomando en cuenta que el dato es digital- es una herramienta que efectiviza la reinserción social y que se puede tomar como referencia las consideraciones del TCE para aplicarlo en el sistema ecuatoriano. A su vez, de manera general se puede colegir que para los Estados que tienen como finalidad de la pena –a nivel constitucional-

la reinserción social, todos sus organismos deben emitir normas, resoluciones, o medidas que se encuentren acorde a la misma, en el caso de la presente disertación, se analizará si el sistema SATJE, en virtud del principio de publicidad de los casos, y el Ministerio del Interior a partir del decreto ejecutivo sobre la gestión de antecedentes penales cumplen con dicho fin.

2.2.1. La Reinserción social como garantía de seguridad ciudadana.

A nivel internacional la seguridad ciudadana no tiene un concepto específicamente definido, pero se pueden tomar como referencia algunos instrumentos internacionales donde surge la obligación del Estado a garantizar este derecho, como el art. 3 de la Declaración Universal de los derechos Humanos, mencionando que "toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (Asamblea General, 1948), en el art. 7 de la CADH "Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales" (CADH.1984); y del artículo 9 del PIDCP: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales" (PIDCP, 1966).

Así mismo, en la CRE, se encuentra la seguridad humana como una obligación que el Estado debe garantizar, sobre esto el art. 393 manifiesta lo siguiente:

> El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno (CRE, 2008).

También, utilizando como sinónimos los términos de seguridad humana, y seguridad ciudadana, le otorga la obligación de atenderla a la Policía Nacional, en el art. 163, mencionando que:

> La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional (CRE, 2008).

Por último, como se lo ha mencionado en el capítulo anterior de la presente disertación, también le otorga la potestad de manejar la política de seguridad interna a la Presidencia de la República (CRE. 2008, art. 147. 17)

Empero estas obligaciones que tiene el Estado son transversales con respecto a otros derechos como la vida, integridad física y psíquica, o la libertad de los ciudadanos, por lo que la CIDH desarrolló –junto con expertos- algunos conceptos más precisos sobre la seguridad ciudadana, basándose en el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre el desarrollo humano de 1994, donde menciona que la seguridad ciudadana es entendida como:

> La situación social en la que todas las personas pueden gozar libremente de sus derechos fundamentales, a la vez que las instituciones públicas tienen la suficiente capacidad, en el marco de un Estado de Derecho, para garantizar su ejercicio y para responder con eficacia cuando éstos son vulnerados (...) De este modo, es la ciudadanía el principal objeto de la protección estatal. En suma, la seguridad ciudadana deviene una condición necesaria –aunque no suficiente- de la seguridad humana que, finalmente, es la última garantía del desarrollo humano. Por consiguiente, las intervenciones institucionales destinadas a prevenir y controlar el fenómeno del delito y la violencia (políticas de seguridad ciudadana) pueden considerarse una oportunidad indirecta pero significativa para, por un lado, apuntalar el desarrollo económico sostenible y, por otro, fortalecer la gobernabilidad democrática y la vigencia de los derechos humanos (PNUD, 1994).

La CIDH, añade a este concepto la importancia de limitar el abuso de la autoridad, para proteger la seguridad individual (CIDH, 2009, pág. 9), y ha hecho mención a que los Estados de la región se han caracterizado por su desvinculación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y que en muchos casos se ha tomado el nombre de la prevención del crimen para abusar de su autoridad de forma ilegal y arbitraria (CIDH, 2009, párr. 32). Aunque también reconoció que, en el marco de las obligaciones estatales de garantizar y proteger los derechos humanos de la violencia y criminalidad, estos pueden ser limitados, pero solamente cuando se aplican respetando "los principios de necesidad; finalidad legítima; proporcionalidad; razonabilidad y no discriminación" (CIDH, 2009, pár. 228).

Si bien el Estado tiene la obligación de brindar seguridad ciudadana, parte de esto es adoptar medidas positivas, y a veces negativas. La primera, según la CIDH, exige a los Estados miembros de la Región "la creación de políticas públicas que contemplen prioritariamente el funcionamiento de una estructura institucional eficiente que garantice a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la

prevención y el control de la violencia y el delito" (CIDH, 2009, párf.7). En esta misma línea, según la UNODC, uno de los mecanismos para prevenir el cometimiento de delitos es que los sistemas penales fomenten políticas de reinserción social efectivas, incluso fuera de los centros privativos de la libertad, para prevenir la reincidencia delictiva, con el fin de que las personas, "cuando recuperen su libertad, no solo quieran, sino que sean capaces de vivir respetando la ley" (UNODC, 2013, pág. 8).

Los programas de reinserción y prevención de reincidencia, deben fomentar los factores que permitan a los ex privados de la libertad desistir del delito, como por ejemplo "la adquisición de nuevas destrezas, empleos a tiempo completo, una vivienda, convivencia con otra persona o establecer una familia" (UNODC, 2013, pág. 10). Por lo tanto, la reinserción es una forma de brindar seguridad ciudadana, y parte de efectivizarla –como ya se lo ha explicado- es la aplicación del derecho al olvido de los antecedentes penales de las personas que han cumplido con su pena, convirtiéndose este derecho en una herramienta para brindar seguridad ciudadana.

III. Propuesta de acción de inconstitucionalidad para garantizar la no discriminación y la reinserción social efectiva mediante el derecho al olvido.

En el presente capítulo se brindará una posible solución jurídica al problema planteado. Si bien existen varias garantías constitucionales que pueden ser adoptadas para una reinserción social efectiva y prevenir la discriminación de las personas que han recuperado su libertad, como lo son las "garantías primarias" (Ferrajoli, 2005, pág 45), en las cuales se encuentran las garantías normativas amparadas en el art.84 de la CRE, y las políticas públicas en el art. 85 de la CRE, donde podría analizarse la posibilidad de mejorar la normativa sobre protección de datos personales en el país, o adoptar medidas responsables para con la rehabilitación y reinserción social. En la presente disertación existe un problema planteado en la siguiente pregunta: ¿El derecho al olvido, como una garantía de la no discriminación y la reinserción social efectiva, puede sobreponerse al derecho al acceso a la información pública de los antecedentes penales en los sitios web del Ministerio del Interior y del SATJE? Como se puede observar, este problema trata de

un conflicto de derechos constitucionales, y es en virtud al art. 429 de la CRE, que la Corte Constitucional cómo el máximo órgano de control y de interpretación de las normas constitucionales, es el llamado a dirimir frente a conflictos de normas constitucionales (CRE, 2008), y según el art. 136 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –desde ahora LOGJCC- realizar un control constitucional de actos normativos y administrativos de carácter general (LOGJCC, 2009). Por lo tanto, la solución al presente problema sería con "garantías secundarias", que son mecanismos reactivos en caso de conflictos o violaciones de derechos, estas son las garantías jurisdiccionales (Ferrajoli, 2005, pág 45), cómo la acción de protección, prevista en el art. 88 de la CRE, o la acción de habeas data en el art. 92 (CRE, 2008). La primera permite "dar pleno efecto jurídico a la normatividad de la Constitución, mediante esta acción se podría cuestionar la compatibilidad con los derechos humanos de los actos y omisiones de las instituciones del Estado" (Cordero David y Yépez Natahlay , 2015, pág. 82), mientras que la segunda es "el derecho de las personas a acceder a la información sobre sí mismos o sus bienes" (Cordero David y Yépez Natahlay , 2015, pág. 115), donde la Corte Constitucional ha manifestado que esta garantía puede tutelar el derecho al honor, intimidad, vida privada, entre otros. (CC, 2015, pág. 8). Si bien ambas garantías jurisdiccionales podrían ser accionadas en ciertos casos específicos, como una respuesta a la problemática planteada en la presente disertación, la finalidad de esta es analizar la constitucionalidad o no de los actos normativos que han facultado la publicación de los antecedentes penales mediante vías digitales, para lo cual se analizará la viabilidad de la acción de inconstitucionalidad de norma como una posible solución.

3.1. La acción de inconstitucionalidad de norma.

En 1a adopción definitiva de la Constitución escrita americana de 1789, ésta fue concebida como una "ley suprema de la tierra", incluso por encima del Congreso, siendo "la expresión fiel de la voluntad del pueblo" (García E. , 1994, pág. 52). Así se dio una vinculación más fuerte y directa a los jueces que a la ley, ya que esta solo podía ser aplicada si guardaba conformidad con la norma suprema, es así que nace la llamada "supremacía constitucional" extendida a todos los ciudadanos y al poder público, y el

poder normativo de la Constitución como primordial fuente de derechos ciudadanos (Ávila L. F., 2004, pág. 5), al menos los primeros intentos de que la Constitución sea aplicada como norma era a través del desarrollo de la idea del control constitucional –*judicial review*- con referencia a que al menos en lo procesal y los conflictos de competencias, se debía cumplir con lo que determinaba la Constitución (Cordero David y Yépez Natahlay , 2015, pág. 18). Este concepto se plasmó en el caso Marbury vs. Madison del año 1803, donde el juez Marshall declaró la inconstitucionalidad de una ley y manifestó que "la Constitución es superior a toda ley ordinaria de la función legislativa" (García E. , 1994, pág. 55), además los jueces tienen la facultad de hacer valer esta característica de la Constitución, sobre las leyes y relaciones jurídicas, y son llamados a hacer un control natural y directo de la Constitución por ser órganos creadores de Derecho, esta potestad se volvió exclusivamente judicial pero con carácter vinculante a todos los poderes públicos, especialmente hacia jueces de menor jerarquía llamado por ende control difuso (Ávila L. F., 2004, pág. 6).

Por otro lado, en Europa este concepto no fue adoptado completamente, la Constitución no era vista como una fuente normativa de competencias y derechos, sino que ésta servía únicamente como un marco político que limitaría el poder monárquico y el poder constitucional originario (García E. , 1994, pág. 55). Es después de la primera posguerra, donde la supremacía de la Constitución tomó fuerza como fuente normativa –aunque con excepciones pasadas sobre control legislativo-, por una parte, la Constitución de "Wimar" de 1919 en Alemania, establecía la creación de un Tribunal facultado para resolver conflictos de competencias de los órganos Estatales y la delimitación de funciones conforme al territorio. Así mismo, en Austria Hans Kelsen propuso la creación de un Tribunal, cuyas funciones se resumían en declarar la nulidad de las normas contrarias a la Constitución (Ávila L. F., 2004, pág. 7). En contraposición a Kelsen, el autor alemán Schmitt, sostenía que el legítimo protector de la Constitución era el presidente del Reich, además criticaba el sistema propuesto por Kelsen, sosteniendo que este tendía a la anarquía. Posteriormente, Kelsen responde a Schmitt en su obra "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", mencionando que el sistema de Schmitt no era novedoso puesto que ya había sido adoptado en Francia con su doctrina "*pouvoir neutre*" con el fundamento de que los jueces son solo meros aplicadores de la ley, cuando lo que se debe buscar era un órgano independiente que pueda controlar al resto de poderes en pro de la Constitución (Ávila L. F., 2004, pág. 8). "Sin embargo, el control constitucional que se

establecía era básicamente sobre normas jurídicas y no sobre actos del Estado, además sobre la parte orgánica de las Constituciones y no sobre la dogmática" (Cordero David y Yépez Natahlay , 2015, pág. 18). En esta época, el exceso de formalismos y la falta de atención a los derechos ciudadanos que amparaba la Constitución dio lugar a grandes violaciones de derechos humanos ocurridos en los regímenes fascistas, nazis; que intentaban justificar su accionar en aras de la legalidad, generando –al terminar la Segunda Guerra Mundial- la necesidad de una unión internacional que coloque límites a los Estados.

Para lograr aquellos límites se pactaron algunos tratados que formarían el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde algunas normas de estos establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas internas para proteger los derechos humanos (PIDCP, 1966, art.2). Posteriormente, algunos autores desarrollan el concepto de Estado Constitucional, que debe cumplir con algunos preceptos para que sea considerado como un Estado de derecho en donde:

> (i)La Constitución es una norma jurídica y como tal puede ser aplicada por cualquier juez o jueza de manera directa y obligatoria; (ii) debe existir un sistema de justicia que haga efectivos los derechos contenidos en la Constitución con la obligación de tutelar los derechos aún en caso de que no exista normativa inferior que desarrolle los contenidos constitucionales; (iii) los derechos constitucionales son límites efectivos a lo que las instituciones democráticas pueden decidir, aun cuando representen los deseos de la mayoría de la población. (Cordero David y Yépez Natahlay , 2015, pág. 19)

En el caso de la República del Ecuador, el primer hito de un control constitucional concentrado, se encuentra en la Constitución del año 1851, donde se crea un Consejo de Estado que debía reclamar al Ejecutivo sobre la inconstitucionalidad de las leyes y se consagra la supremacía de la Constitución (Larrea Juan y Reig José, 2000, pág. 317). Luego, en 1945, la Constitución sustituyó a dicho Consejo, por el Tribunal de Garantías Constitucionales –TGC-, tomando como referencia la Constitución española de 1931, que había adoptado la corriente de Kelsen descrita anteriormente (Trujillo, 1968). Seguidamente, la Constitución de 1967, limitó las facultades del TGC, y le asignó la competencia de la suspensión de leyes a la Corte Suprema de Justicia –CSJ-, y el control previo de la constitucionalidad al Presidente de la República (Ávila L. F., 2004, pág. 15). No es sino en 1996, donde se da realmente una reforma Constitucional en la cual se le faculta al TGC el control de constitucionalidad como un órgano autónomo, que concentra el control de forma exclusiva y con efectos obligatorios generales para el resto de órganos

del Estado, frente a procesos que en aquel momento solo podían iniciarse a petición de parte, previo informe del Defensor del Pueblo (Ávila L. F., 2004, pág. 16).

En la actualidad, el art. 436 núm. 2 de la CRE, faculta a la Corte Constitucional "(…) resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado" (CRE, 2008). En esa misma línea, el art. 74 de la LOGJCC define la finalidad de un control abstracto de la constitución, el cual garantiza "la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico" (LOGJCC, 2009). Esta acción puede ser presentada por cualquier persona (LOGJCC, 2009, art.77), y en cualquier momento debido a su contenido (LOGJCC, 2009, art.78), de igual manera el art.75 de la misma ley, establece las competencias de la Corte Constitucional para realizar este control, y manifiesta –entre otras cosas- lo siguiente:

> (…)1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: (…) d) Actos normativos y administrativos con carácter general. (…) 4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales. (LOGJCC, 2009).

Acotando a esto, la Corte Constitucional ha mencionado que El control abstracto de constitucionalidad pretende armonizar los actos normativos administrativos de carácter general con el texto constitucional, de forma que se garantice la coherencia integral del ordenamiento jurídico (CC-0006-09-IN, 2017, pág. 13)

En esta línea, la tratadista Carla Huerta, define primero lo que s entiendo como control en el ámbito jurídico, mencionando lo siguiente:

> En términos generales el control es entendido como la realización de actividades relacionadas con la revisión, verificación o comprobación de diversos tipos de objetos, como pueden ser actos o acciones, incluso normativos. Es por esto que en el ámbito jurídico el control se refiere al establecimiento de mecanismos tendentes a evitar el ejercicio abusivo o no conforme a derecho del poder, por lo que uno de sus principales objetivos es el control de las normas, tanto en los actos de creación como en los de su aplicación. (Huerta, 2003)

Por consiguiente, la acción de inconstitucionalidad de norma fue creada para hacer un control y "vigilar el cumplimiento de la Constitución y los derechos humanos (…) en los

actos normativos" (Cordero David y Yépez Natahlay , 2015, pág. 82), y la Corte Constitucional es quien, en ejercicio de sus funciones, declara si hay o no una contradicción de una norma impugnada frente a la Constitución (Ávila L. F., 2004, pág. 29). Así también lo ha manifestado la propia Corte en el caso 0024-13-IN, en donde –además de lo anteriormente señalado- esta menciona que una de las características de dicha acción, es que la contradicción de la norma con la Constitución produce una afectación de la sociedad en general como un colectivo y no solamente la de un particular, esto debido al carácter de supremacía que tiene la Constitución (CC, 2013, pág. 11).

Una vez comprendida la acción de inconstitucionalidad, se procederá a analizar lo que se pretendería en la acción para la solución del problema de la presente disertación.

3.2. Argumentación del fondo de la acción de inconstitucionalidad.

Lo que se pretende cuestionar es la constitucionalidad del DE -1166- sobre el certificado de antecedentes penales –descrito en el primer capítulo de la disertación-, y de la resolución del Consejo de la Judicatura creadora del SATJE - la cual no existe, que será analizado continuación-.Tomando en cuenta el art. 425 de la CRE, donde se enmarca el orden jerárquico de aplicación normativa, se considera como un acto normativo –entre otros- a los decretos, resoluciones, y "demás actos y decisiones de los poderes públicos" (CRE, 2008). Por lo tanto, la Corte Constitucional si pudiera analizar la inconstitucionalidad de estos actos del Estado.

Ahora bien, el DE-1166 en su art. 2 menciona que:

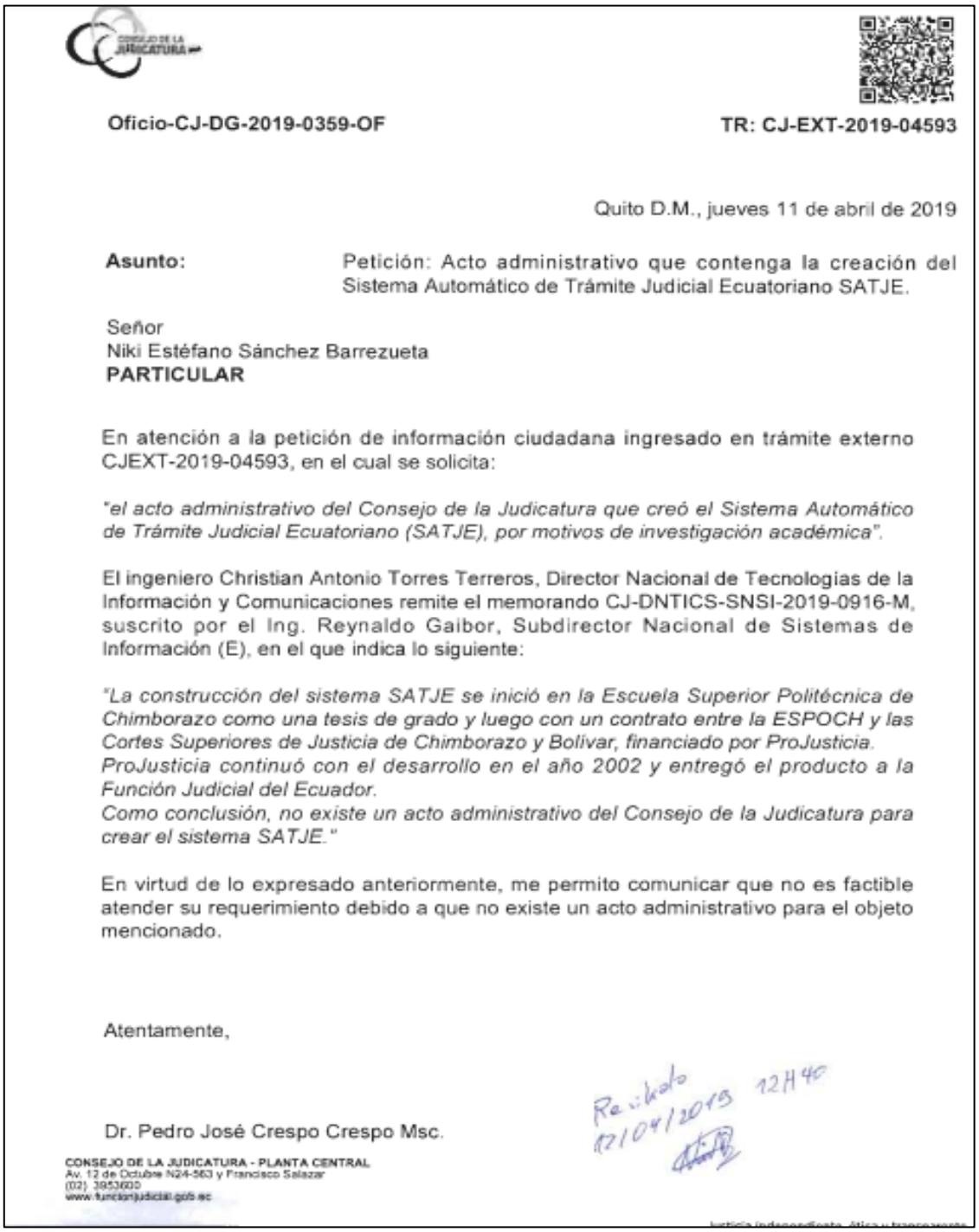
> "El certificado de antecedentes penales, deberá ser solicitado gratuitamente ya sea de manera directa o por vía judicial vía internet a través del portal web www.ministeriodelinterior.gob.ec por parte de las personas naturales y/o jurídicas tales como: Oferentes de empleo, prestadores de servicios públicos o privados, etc. (…)" (Decreto N°716 de 2012).

Cómo ya se ha indicado previamente en el primer capítulo de la disertación, este certificado es emitido a cualquier persona de forma pública, del cual se desprende si se tiene o no antecedentes penales. Por otro lado, en el preámbulo del DE-1166 se toma como referencia el Decreto Ejecutivo No. 2854 de 1995, y expresamente se considera el mismo objeto de los antecedentes penales como el de "que tanto el sector público como

privado cuenten con elementos de juicio suficientes relacionados con la idoneidad de las personas" (Decreto N°716 de 2012).

Por otra parte, se ha interpuesto una acción de acceso a la información con número de trámite CJEX-2019-04593, solicitando el acto administrativo del Consejo de la Judicatura que creó el SATJE, de la cual se recibió la siguiente respuesta:

Gráfico 2: Certificado de Antecedentes Penales (Ecuador).



Oficio-CJ-DG-2019-0359-OF **TR: CJ-EXT-2019-04593**

Quito D.M., jueves 11 de abril de 2019

Asunto: Petición: Acto administrativo que contenga la creación del Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano SATJE.

Señor
Niki Estéfano Sánchez Barrezueta
PARTICULAR

En atención a la petición de información ciudadana ingresado en trámite externo CJEXT-2019-04593, en el cual se solicita:

"el acto administrativo del Consejo de la Judicatura que creó el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), por motivos de investigación académica".

El ingeniero Christian Antonio Torres Terreros, Director Nacional de Tecnologías de la Información y Comunicaciones remite el memorando CJ-DNTICS-SNSI-2019-0916-M, suscrito por el Ing. Reynaldo Gaibor, Subdirector Nacional de Sistemas de Información (E), en el que indica lo siguiente:

"La construcción del sistema SATJE se inició en la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo como una tesis de grado y luego con un contrato entre la ESPOCH y las Cortes Superiores de Justicia de Chimborazo y Bolívar, financiado por ProJusticia.
ProJusticia continuó con el desarrollo en el año 2002 y entregó el producto a la Función Judicial del Ecuador.
Como conclusión, no existe un acto administrativo del Consejo de la Judicatura para crear el sistema SATJE."

En virtud de lo expresado anteriormente, me permito comunicar que no es factible atender su requerimiento debido a que no existe un acto administrativo para el objeto mencionado.

Atentamente,

Recibido 12/04/2019 12H40

Dr. Pedro José Crespo Crespo Msc.

CONSEJO DE LA JUDICATURA - PLANTA CENTRAL
Av. 12 de Octubre N24-563 y Francisco Salazar
(02) 3953600
www.funcionjudicial.gob.ec

Fuente: documento propio.

De dicha respuesta se colige que no existe acto administrativo creador del sistema SATJE, por lo tanto, no se podría analizar la inconstitucionalidad de un acto normativo inexistente, pero si se puede analizar la arbitrariedad del SATJE brevemente. Se debe tomar en cuenta que los órganos públicos en el ejercicio de sus facultades emiten actos administrativos donde manifiestan la voluntad de sus funciones (Pérez, 2002), por tanto si no existe un acto administrativo, la voluntad del Consejo de la Judicatura –en este caso- no ha sido manifestada, por lo que jurídicamente no existe el SATJE, pero entonces ¿por qué fácticamente el SATJE si funciona en la web?, todo acto del Estado debe ser motivado, caso contrario será un acto arbitrario que vulnera derechos humanos, esto lo ha sostenido la Corte IDH en el caso Yatama Vs. Nicaragua (Corte IDH, 2005, párr. 182). Así mismo el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE- en su art. 122, manifiesta que: "(…) La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución (…)" (ERJAFE, 2002) y el actual Código Orgánico Administrativo –desde ahora COA-, en su art. 18 establece que el ejercicio de la potestad discrecional de los órganos del sector público se sujetan a la obligación de motivar sus actos (COA, 2017). En este orden de ideas, el SATJE sería un hecho administrativo carente de motivación en su conformación, ya que es inexistente el acto creador, por lo tanto arbitrario e inconstitucional. A pesar de esto, si se analiza el DE-1166, también tendría que hacerse un análisis de la constitucionalidad del SATJE, tomando en cuenta el art. 76 núm. 9 del COGJCC, en donde se ampara el principio –del control abstracto- de unidad normativa y específicamente en el literal c. menciona que esto se aplica cuando "no es posible producir un fallo sobre una disposición jurídica expresamente demandada, sin pronunciarse también sobre otra con la cual guarda una conexión estrecha y esencial"(COGJCC, 2009), en este caso existe dicha relación ya que, como se explicó en el primer capítulo de la disertación, el SATJE también publica antecedentes penales de acceso público en la web.

En primer lugar, se analizará la inconstitucionalidad de la publicación de antecedentes penales en el sitio web del Ministerio del Interior, amparado en el Decreto-1166, en contraposición al derecho a la no discriminación y la reinserción social efectiva.

3.2.1. Inconstitucionalidad que atenta contra el principio de igualdad y no discriminación por la publicación de los antecedentes penales en la web.

En el segundo capítulo de la presente disertación, se ha explicado con claridad como el sistema penal y cómo es que el dato de los antecedentes penales al ser un dato negativo una vez que las personas cumplen su pena, debe ser eliminado de las plataformas web para prevenir la discriminación –entre otros derechos- (CCC SU458/12, 2012), y se ha analizado lo dispuesto por el art. 11. 2 de la CRE, donde consta la prohibición de la discriminación por motivo del pasado judicial (CRE, 2008), y cómo las personas que han sido privadas de su libertad al igual que las que la recuperan, son un grupo que ha sido estructuralmente discriminado y que es obligación del Estado generar garantías para prevenir que continúen en dicha situación y permitir una reinserción social efectiva, aplicando estándares de derecho internacional. Empero de presentarse la acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional tendrá que analizar si el derecho a la igualdad y no discriminación, puede ser limitado en este caso en concreto, tomando en cuenta que uno de los considerandos del DE-1166, ha sido el que la sociedad pueda conocer la "idoneidad" de las personas – aunque esto no ha sido motivado-, para efectos de este análisis –a falta de motivación del Estado- se presumirá que el motivo de la publicación de antecedentes penales es para preservar la seguridad ciudadana. Para esto, con respecto al tema específico de la discriminación, la Corte Constitucional ha mencionado que:

> Para determinar que se trata de una diferenciación no discriminatoria, se debe justificar. La anulación del ejercicio de un derecho en general, (…) debe someterse a un estricto escrutinio. Al efecto, las razones deben ser de tal importancia que el sacrificio para esos titulares derecho no vea en la restricción de derechos una arbitrariedad. Una de las formas de verificar el cumplimiento del estricto escrutinio es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad (CC -11-18-CN, 2019, párr. 87).

En esta misma línea la Corte IDH ha manifestado en el caso González Lluy y otros Vs. Ecuador las siguientes fases para limitar el derecho a la no discriminación:

> (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios

> constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. (Corte IDH, 2015, párr. 256).

Por consecuente, se dará análisis al primer punto de las fases. La Corte Constitucional ha mencionado que "un fin constitucionalmente válido debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos" (CC -11-18-CN, 2019, párr. 107), en ese orden de ideas, la misma Corte en el caso de la acción de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N°1471, en el que se exigía el certificado de antecedentes penales a migrantes colombianos, mencionó que con respecto a este punto sobre el fin constitucionalmente válido, podía considerarse a la protección de la seguridad ciudadana y el orden público (CC, 2017, pág. 20), por lo que dicha afirmación puede también aplicarse al caso de la disertación, por tanto se cumple este primer parámetro para limitar este derecho.

Sin embargo, para el juez constitucional Ramiro Ávila, la idoneidad quiere decir que "la medida debe conducir a lograr el fin propuesto (…). Si la medida no favorece a ninguno de los principios o derechos en pugna o perjudica a ambos principios, entonces la medida no es idónea (...)" (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 19), en ese orden de ideas, es cuestionable que el publicar los antecedentes penales de un individuo pueda garantizar efectivamente la seguridad ciudadana, tomando en cuenta que –como se sostuvo en el capítulo anterior- la eliminación de este dato prevendría la reincidencia del cometimiento de delitos ya que permite una efectiva reinserción del individuo (UNODC, 2013, pág. 10). En conclusión, se estaría perjudicando a ambos derechos en pugna y la medida no sería idónea.

Como segundo punto, se tiene que el trato diferenciado sea lo necesario o indispensable. En esto, cabe precisar que la Corte Constitucional ha manifestado que si el trato diferenciado se enmarca en una de las categorías sospechosas, señaladas en el art. 11.2 de la CRE –como se ha sostenido en el presente caso se trata del grupo social de quienes fueron privados de su libertad y son discriminados por su pasado judicial-(CRE, 2008), son "criterios utilizados con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como el orden jurídico, el orden público, la moral pública o las buenas costumbres" (CC, 2017, pág. 23), y que por tanto se presume que existe discriminación hasta que el Estado compruebe de forma razonable, lo contrario (CC, 2013, pág. 16).

En ese orden de ideas, el Estado tendría que justificar que cada persona con antecedentes penales atenta con la seguridad del Estado ya que no se puede justificar una diferenciación de trato fundado en estereotipos o suposiciones (Corte IDH, 2017, párr. 274). Empero, incluso suponiendo que el Estado justifica la razonabilidad de dicha distinción, la medida no es necesaria, entendido este elemento como aquella medida "menos lesiva" (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 19) ya que existe otra medida idónea menos lesiva tomada –por ejemplo- por la Corte Constitucional Colombiana, donde se presume que en efecto por un sentido de protección de seguridad ciudadana, las personas peligrosas que han cometido un delito pueden ser difundidas sus identidades en todos los medios de comunicación disponibles del Estado –incluyendo los electrónicos- para prevenir la inseguridad, entendiendo como peligroso al individuo que se encuentra "requerido por la autoridad judicial", es decir aquellas personas prófugas que todavía no han cumplido con su pena (CCC, 2012). Esta si fuera una medida razonable, que cumple con el fin constitucional de brindar seguridad, no afectaría derecho alguno, y podría ser adoptada por el Ecuador, cambiando del "certificado de antecedentes penales" –ver gráfico 2 de la disertación- el indicador de "registra antecedentes penales:", por "Es requerido por la justicia:". Por lo tanto, no se cumple con este segundo parámetro para limitar el derecho a la no discriminación.

Finalmente, con el tercer elemento de la proporcionalidad misma, el art. 3.2 de la LOGJCC establece que este elemento busca "que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional" (LOGJCC, 2009), empero si la medida es inadecuada y no es razonable entonces se deduce que no será proporcional (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 20), tomando en cuenta que ya se ha demostrado en el análisis de los anteriores puntos que esta no es una medida razonable porque no es idónea, ni estrictamente necesaria, no es necesario adentrarse a realizar un análisis de este punto.

En síntesis, el publicar los antecedentes penales de las personas que fueron privadas de su libertad en una plataforma web, es discriminatorio y no existe justificación razonable para que se continúe con esta situación inconstitucional, tanto del DE-1166, como el SATJE. Sin embargo, con respecto a este último, pese a que se ha demostrado su arbitrariedad, y que fácticamente también es una herramienta donde se promulga el pasado judicial de las personas –incluyendo los de materia penal-, se debe analizar su inconstitucionalidad un tanto apartada, ya que al ser una herramienta administrada por el Consejo de la Judicatura, puede presumirse –a falta de acto administrativo creador de la

herramienta-, que su funcionamiento responde al principio de publicidad de los procesos y acceso a la información pública, considerando que el Consejo de la Judicatura debe promoverlo en el ejercicio de sus funciones según el art. 181, numerales 1 y 5 de la CRE (CRE, 2008), por lo que es, menester analizar si en virtud al derecho a la no discriminación se puede limitar el principio a la publicidad de los procesos y el acceso a la información pública.

3.2.2. El derecho a la no discriminación pesa más que el del acceso a la información pública.

De la misma forma que en el punto anterior, comprendiendo que los derechos no son absolutos, como mencionan los autores Bernal Pulido y Robert Alexy, estos pueden ser limitados de forma racional, a través de la aplicación de un test de proporcionalidad cuando los principios entran en conflicto (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 18). En el presente caso tenemos dos principios en conflicto, por un lado, el principio de publicidad de los procesos que ampara el derecho al acceso a la información pública, y por otra parte el principio de no discriminación que tutela el derecho a la igualdad –formal y material-.

Dicho test, según Elsie Rosales se basa en cuatro parámetros – prácticamente los señalados en el punto anterior-, "(a) fin legítimo, (b) idoneidad, (c) necesidad, y (d) proporcionalidad propiamente dicha" (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 18). Antes de entrar al análisis de cada punto, cabe recordar el escenario que se presenta, este es que una vez que una persona recupera su libertad, el proceso donde consta su condena debe ser eliminado del índice del SATJE –en eso consiste el derecho al olvido- para salvaguardar el derecho a la no discriminación de este grupo social, esto no quiere decir que el proceso judicial como tal desaparezca de los archivos de la judicatura, sino que solo se limita su acceso a cualquier persona mediante una herramienta informática. Una vez, aclarada esta situación, se procede a realizar el análisis de cada punto de la prueba.

a) Fin legítimo.

Como se señaló anteriormente, el fin legítimo hace referencia a si la medida que se plantea persigue la protección de un derecho o una finalidad constitucionalmente amparada (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 19). El derecho a la igualdad y no discriminación

se encuentra amparado por varios artículos de la CRE, algunos de ellos son el art. 3.1, la cual establece como un deber primordial del estado el garantizar el pleno goce de los derechos sin discriminación (CRE, 2008), y otro es el art. 11.2, el cual prohíbe la discriminación (CRE, 2008), esto ha sido considerado también por la Corte Constitucional, mencionando que:

> La Constitución comprende normas que reconocen principios, derechos u objetivos, como los que constan en el artículo 3, en el que se enumeran los deberes primordiales del Estado, que pueden ser considerados fines constitucionalmente válidos (ejemplo: garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de derechos). De igual modo, aplicar y desarrollar los principios del ejercicio de los derechos, que constan en el artículo 11 de la Constitución, pueden también ser fines constitucionalmente válidos (ejemplo: generar condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de derechos). (CC11-18-CN/19, 2019, pág. 22)

Seguidamente, la misma corte menciona que el art. 11,8 de la CRE, permite limitar el pleno goce de los derechos cuando esto es razonable (CC11-18-CN/19, 2019, pág. 22), empero se ha demostrado que no existe motivo para que el derecho al acceso a la información limite el de no discriminación.

En conclusión, se cumple con este primer punto, es legítimo limitar el derecho al acceso a la información.

b) Idoneidad.

Esto quiere decir que la medida debe ser dirigida a que en realidad exista un beneficio, es decir que "toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo" (Bernal P. , 2007, pág. 693), y como ya se mencionó anteriormente, si ambos derechos en pugna son perjudicados entonces no existe idoneidad alguna. En este caso, la restricción del acceso a la información del pasado judicial de una persona permite prevenir efectivamente que este sea discriminado por dichos motivos, y promueve una reinserción social efectiva –como se ha venido sosteniendo-, esta medida no limita de ninguna manera el derecho a la igualdad por lo que se cumplen con los parámetros de idoneidad.

c) Necesidad.

Esto quiere decir que se debe aplicar la medida menos lesiva (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 19). En esa misma línea de razonamiento Carlos Bernal menciona que según este principio se establece que:

> (…) la intervención en el derecho fundamental debe ser más benigna que la establecida por la Constitución, entre todas aquellas que revisten, por lo menos, de la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Este principio también prevé la posibilidad de realizar una intervención lo más restringida posible (Bernal, 2003, pág. 689).

Así mismo, la Corte Constitucional ha mencionado que en el caso del acceso a la información, para que exista un límite necesario se deben toma en cuenta lo siguientes puntos:

> i) el derecho al acceso a la información debe estar limitado a un régimen mínimo de excepciones, el cual debe ser interpretado de forma restrictiva, de forma que se favorezca el derecho al acceso a la información; ii) toda decisión negativa debe ser motivada y, en ese sentido, corresponde al Estado probar que la información solicitada no puede ser revelada; y iii) ante la duda o vacío normativo debe preferirse siempre el acceso a la información y la transparencia. La ley propende a garantizar el acceso a la información y por tanto implica un desarrollo del mencionado principio constitucional (CC 0034-10-IN, 2011, pág. 39).

En primer lugar, como se analizó en el primer capítulo de la disertación, el principio de publicidad de los casos judiciales y el derecho al acceso a la información pública persiguen una finalidad mutua de poder fiscalizar por parte de cualquier persona el buen funcionamiento de la administración pública –en este caso de la gestión jurisdiccional-. La medida que se propone, solamente impediría el acceso digital de cualquier ciudadano, ya que el que conste en un sitio web el dato negativo, dificulta mucho más el poder identificar a los individuos que puedan hacer un mal uso de dicha información; lo contrario sucede en la práctica, cuando una persona busca obtener copias de un expediente, o analizarlo, primero debe identificarse con el funcionario judicial que le facilitaría el archivo, este funcionario toma los datos de las personas que acceden a dicha información, por lo que sería más fácilmente identificable qué persona haría un mal uso de dicha información. Por lo tanto, solamente se limitaría el acceso digital de los datos, más la capacidad de fiscalizar los actos del Estado en los procesos y la información, sigue contando en la judicatura y sigue siendo de acceso público, por lo que solo se restringiría lo necesario el acceso a la misma cumpliendo con el primer punto señalado por la Corte Constitucional.

En segundo lugar, En la presente disertación se ha dado sustento suficiente que puede ser utilizado por el Estado para justificar esta limitación, el principal de ellos es la prevención de la discriminación de un grupo vulnerable, cumpliendo con el segundo punto señalado por la Corte.

Finalmente, si bien la ley propende el acceso a la información, esta no menciona –como es el caso de la Ley del sistema Nacional de Datos Públicos-(LSNDP, 2010) la promulgación de antecedentes penales, y esta regla no puede inobservar una norma constitucional que ampara que en todas las políticas –esto no excluye a la de información- debe velarse por la reinserción de las personas sometidas al sistema de rehabilitación (CRE,2008, art. 201).

d) Proporcionalidad propiamente dicha.

La fórmula de proporcionalidad de pesos de Alexy, se presenta como una forma de argumento racional para determinar la proporcionalidad de un principio sobre otro a través de la ponderación (Guibourg, 2015, pág. 3). Alexy ha mencionado que su propuesta se enfoca en un discurso frente a un problema jurídico donde la norma no tiene la solución, y que como toda solución basada en el discurso, esta está sujeta a variables dialécticas pero que cualquiera que sea la forma con la que se haga uso a dicho discurso la finalidad es la misma, se trata de corregir enunciados normativos (Aránzazu, 2018, pág. 383). La fórmula para determinar el peso de un principio consiste en determinar que, "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, "La fórmula del peso", 2008, pág. 15). Para esto el autor considera seguir tres pasos para sacar la primera variable que es el peso concreto –PC-: 1. determinar el grado de injerencia o afectación, 2. determinar el grado de satisfacción y 3. justificar la afectación del principio vencido (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993). Así mismo, propone tres grados para determinar el valor de PC y el resto de variables, asignando cantidades numéricas a cada uno: grave –"G"- (1), medio –M-(2), o leve –L-(4). (Ávila R. , UAS-DIGITAL, 2010, pág. 19) Para resolver esto, Alexy presenta un algoritmo para el conflicto entre dos principios, usando la nomenclatura "Pi" para el principio cuya vulneración se examina –en este caso el derecho al acceso a la información-, y "Pj" el principio contrario que quiere denotarse –en este caso sería el derecho a la igualdad-, aplicando la fórmula "Wi,j = Ii ÷ Ij" (Alexy, La fórmula de peso, 2008), donde e interpretando cada parámetro Ricardo Guibourg traduciendo a Alexy menciona que, "Ij representa la intensidad de interferencia con el principio Pi en tanto Ii designa la importancia de satisfacer en este caso el principio rival "Pj" (Guibourg, 2015, pág. 5) y "W" es el peso. Por otro lado el peso abstracto hace referencia a valores sociales positivos, "por ejemplo, puede sostenerse que el principio a la protección a la vida tiene un peso

abstracto mayor que el de la libertad, por la lógica razón que para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo" (Bernal J. , 2015, pág. 50) –expresado como "GPia o GPjA"-. Y por último, existe una tercera variable, que se refiere a la seguridad empírica "concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto" (Bernal J. , 2015, pág. 50) –expresado como "SPIC o SPJC"-, en este caso Alexy menciona que también se le puede asignar un valor numérico a esta situación, pero los postulados tendrían que variar (Bernal J. , 2015, pág. 50), en este caso –por darle otra denominación más acorde a esta última variable- se utilizará los siguientes postulados: "poco posible (1), medianamente posible (2) o es cierto (4), que el derecho se vaya a vulnerar en el presente caso determinado". Con todas estas variables la fórmula de peso se expresa de la siguiente manera:

$$Pi, jC = \frac{IPiC.\ GPia.\ SPiC}{WPjC.\ GPjA.\ SPjC}$$

En primer lugar, con respecto a IPiC, será leve con lo que tendrá un valor de 1, ya que actualmente no se han eliminado los datos de la plataforma SATJE por lo que no existe un grado de insatisfacción concreto porque el derecho no está siendo vulnerado. En segundo lugar, sobre GPia, sin el derecho a la igualdad y no discriminación, el acceso a la información podría verse limitado, ya que este se rige también por el principio de que cualquier persona sin distinción alguna pueda acceder a la información pública, por tanto, la no discriminación permite garantizar este derecho para todos los individuos, sin embargo como este no es el caso en específico, solo se le dará un valor de 2. Por último, en SPIC, es medianamente posible que el derecho al acceso a la información pública vaya a ser vulnerado eliminando del índice los datos de la plataforma web, ya que la información seguiría constando en la judicatura, empero también se debe tomar en cuenta que el Internet se ha convertido en una herramienta que facilita el ejercicio de este derecho, sobre todo en zonas del país donde quizás sea mucho más complicado acceder a dicha información directamente de la judicatura, por lo que se considera el valor de 2. Por otro lado, tenemos el WPjC, el cual se le asigna un valor de 4, tomando en cuenta que mientras el dato negativo siga constando públicamente en el SATJE, este se convierte en una herramienta de discriminación como ha sido demostrado anteriormente, no por la

simple existencia de dicho sistema, sino que existe una presunción de discriminación ya que, al ser una herramienta a manos del Estado, este tiene una posición de garante sobre el derecho en cuestión. Seguidamente, el GPjA tiene un valor de 4, porque como se mencionó anteriormente, sin igualdad no existiría un libre acceso a la información pública para todos. Por último, el SPjC, es 2 porque como se ha demostrado la existencia de una discriminación estructurada en contra de las personas que pasaron por un centro de rehabilitación social, es –no medianamente posible- muy posible que, si existe un dato público de su pasado judicial, estos serán discriminados por ese motivo, pero tampoco se puede decir que existe la certeza de que esto será así en toda situación fáctica. Por tanto, la tabla con los valores mencionados emitiría los datos siguientes:

$$\frac{1.\ 2.\ 2}{4\ .\ 2\ .\ 2} = 0{,}25$$ Por lo tanto, no prevalece Pi, sobre Pj.

Si se invierten los datos para GPj, iC, debido a que Alexy menciona que, si se hace la fórmula con secuencias geométricas y no aritméticas, se debe comprobar el resultado de esta manera, éste sería:

$$\frac{4.\ 2.\ 2}{1\ .\ 2\ .\ 2} = 4$$ Por lo que Pj, tiene un mayor peso que Pi.

En conclusión, de esta manera se ha demostrado mediante el método de argumentación de Robert Alexy, que el medio de aplicar el derecho al olvido en el SATJE, para garantizar la no discriminación, limitando el derecho al acceso a la información y el principio de publicidad de los casos, es proporcional en sí mismo, y con ello se cumple todo el test de proporcionalidad, justificando de forma razonable que el derecho al acceso a la información pública puede ser limitado en este caso.

3.2.3. Principio que debe ser cumplidos por parte de los administradores de datos sobre antecedentes penales o pasado judicial.

Para la CCC, los antecedentes penales son datos personales, en tanto y en cuanto permiten la identificación, reconocimiento o singularización de las personas (CCC, T-414, 1992), pero cabe señalar que existe una diferencia doctrinal entre un dato personal, y uno privado, los datos personales públicos –como se lo ha señalado en capítulos anteriores-, no pueden ser catalogados nuevamente como privados (Berrocal, 2017). Sin embargo la misma corte ha mencionado, que pese a eso, no quiere decir que no puedan ser protegidos, ya que se ha considerado que los antecedentes penales son "datos negativos", que permiten acceso a "información no queridas, perjudiciales, socialmente reprobadas o simplemente desfavorables" (CCC-185, 2013), pese a que hagan alusión a un hecho delictivo real, pero también considera que la generación de dicho dato guarda consigo obligaciones constitucionales y pese a ser negativo este cumple con fines legítimos (CCC-185, 2013).

Así mismo, ha mencionado que los antecedentes penales son parte de una base de datos que se encuentra bajo la administración órganos de poder público, que permiten el acceso, consulta, alimentación o modificación de dicha información y que son responsables de la misma (CCC-T-729, 2002). Para la protección de derechos de las personas con dicho dato negativo, la CCC desarrolla una serie de principios para entender cómo debe llevarse la gestión del dato, entre ellos el de finalidad y necesidad que han sido desarrollados anteriormente, pero señala otro en particular, el de utilidad. Sobre este último principio, la CCC sostuvo que el dato negativo tiene caducidad, y la utilidad por la que se generó el dato deja de tener motivo alguno para solo convertirse fácticamente en generar "efectos negativos" (CCC- SU458, 2012). La Corte Constitucional de la República del Ecuador, podría tomar en cuenta dichos estándares para determinar que los antecedentes penales señalados en el DE-1166 y el SATJE también pueden ser considerados datos negativos, que serían inútiles mantenerlos públicos para siempre.

En conclusión, la Corte Constitucional tendrá que considerar los presentes argumentos para poder declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 del DE-1166, optando por cambiar el dato del certificado de antecedentes penales, por el de "es requerido por la

justicia", y decidir sobre el hecho administrativo del SATJE considerando la aplicación del derecho al olvido del dato negativo para prevenir la discriminación.

CONCLUSIONES.

1. El manejo de antecedentes penales en el Ecuador no se encuentra bien regulado, ni definidas sus finalidades de forma exacta, y no son regulados por la ley. Cualquier persona puede conocer este dato y podría ser mal utilizado, sobre todo cuando se lo usa como una herramienta de discriminación. Por otro lado, se debe comprender que los antecedentes penales tienen un propósito legítimo que es el de servir como una herramienta que proporcione datos para temas de gestión del Estado como lo son las investigaciones de fiscalía, operaciones de inteligencia, y para determinar beneficios en temas de justicia penal para los operadores de justicia; y para un mejor manejo, gestión y aprovechamiento de este dato si debería constar en una base de datos digital, sin embargo esta no debe ser de libre acceso y su uso debe limitarse dentro al ejercicio de las funciones descritas. Esto requiere ser regulado mediante una ley, que prevea estos escenarios y que proteja a las personas de ser discriminadas. Lastimosamente en la Ley Del Sistema Nacional De Registro De Datos Públicos no se aprovechó para regular este tema, dicha ley únicamente ampara temas como la gestión de datos en el registro civil, mercantil, propiedad, etc.
2. El derecho al olvido o supresión de datos personales, en el país se lo está analizando únicamente desde la esfera privada. Se debe considerar que este derecho no solo protege el derecho a la honra, intimidad, y el buen nombre. Con el avance de las tecnologías y el manejo de cantidades de información infinitas, este mecanismo de protección es transversal para muchos derechos más como el libre desarrollo de la personalidad, la no discriminación, el trabajo, incluso el proyecto de vida. Por lo que no se debe limitar su análisis y aplicación en base a una sola gama de derechos.
3. Existe una discriminación estructural histórica hacia las personas privadas de la libertad, y hacia las personas que salen de los centros de rehabilitación social. Las

personas que salen de los centros de rehabilitación social, pese a no seguir siendo PPL, continúan siendo un grupo vulnerable cuyos derechos deben ser tutelados por el Estado de forma especial. Tomando en cuenta también, que la reinserción social efectiva permite prevenir la reincidencia del delito y por ende brinda seguridad ciudadana.

4. La acción de inconstitucionalidad de norma es una vía adecuada para resolver los problemas planteados en la disertación, frente al Decreto Ejecutivo N°1166 del año 2012, que requiere una mejor motivación o ser eliminado totalmente y al Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), que no existe jurídicamente, por ende, es un servicio público arbitrario por parte del Consejo de la Judicatura. Empero, frente al conflicto entre principios existente se aplica el método de ponderación de Alexy, el cual responde a un sistema de argumentación racional pero al mismo tiempo de discursos que buscan aclarar lo que las normas por si solas no pueden. En este análisis se otorgaron valores fundamentados en argumentos a cada principio, y su afectación en ciertos escenarios donde se demostró que el derecho a la igualdad y no discriminación, frente a un dato negativo que no cumple con una utilidad única racional, prevalece sobre el derecho al acceso a la información.
5. El método utilizado para analizar cada punto en la presente disertación ha sido el más óptimo, la investigación bibliográfica ha sido precisa y suficiente para el sustento de los argumentos desarrollados.
6. En general, la gestión de antecedentes penales como expresión del derecho al olvido es solo un pequeño paso frente a todo lo que se debe trabajar y educar, en materia de rehabilitación y reinserción, para que tanto funcionarios públicos como la sociedad civil comprenda cómo se debe manejar la política criminal.

RECOMENDACIONES.

1. Regular la gestión de antecedentes penales donde se delimiten las instituciones públicas que pueden hacer uso de estos, esclareciendo principios de operatividad del dato como por ejemplo el principio de utilidad, caducidad, finalidad, necesidad, entre otros. Igualmente se debe considerar que los administradores de las bases de datos son responsables por ellos y su uso solamente puede ser

solicitado –de forma externa- por parte del portador o titular del dato. Estos parámetros deben estar delimitados en la ley y reglamentos de cada institución.

2. Generar medidas para una posible rehabilitación y reinserción social. Las primordiales serían el acatar las recomendaciones básicas para los centros de retención, esto quiere decir que no se debe torturar a los PPL, se deben brindar servicios básicos como alimentación, agua potable, instrumentos de aseo a los reos. Se debe brindar seguridad dentro de las cárceles, evitando que existen violaciones a la integridad física y psíquica de las personas o en casos extremos la muerte de los retenidos. Como mediadas complementarias, enfocadas a la rehabilitación se debe optar por brindar atención técnica en psicología y trabajo social a los detenidos para poder realizar un cuadro real de sus situaciones. Brindar educación y capacitación para poder ejercer algún oficio, labor o trabajo durante el cumplimiento de su pena y posteriormente. Facilitar el contacto con familiares, y tratar de que se acerque paulatinamente a la sociedad, para esto también se recomiendan salidas acompañadas ya que no se puede esperar que una persona se socialice cuando se le impide el contacto con la sociedad. Simultáneamente realizar programas de educación a la sociedad para prevenir la discriminación, intentar generar plazas de trabajo para la persona que sale de la cárcel y brindar un ambiente propicio para su reinserción.
3. Continuar analizando la cuestión en distintos escenarios, como por ejemplo el análisis en el caso de adolescentes que han cometido un delito, los casos de los abusadores sexuales. El trabajo en los centros de educación del país, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, 18.

ACNUR. (2016). *Política sobre la protección de datos personales de las personas de interés del ACNUR.* N.I.: ACNUR.

ACRO. (19 de Agosto de 2016). *ACRO*. Obtenido de Criminal Records Office: https://www.acro.police.uk/acro_std.aspx?id=115

Acurio, C. (2015). *Análisi de los tipos penales contra la mujer o miemros del núcleo familiar en el COIP*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Ahumada Héctor y Grandón Pamela. (Chile de Mayo de 2015). *Psicoperspectivas*. Obtenido de Significados de la reinserción social en funcionarios de un centro de cumplimiento penitenciario: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242015000200009&script=sci_arttext

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de estudios cosntitucionales.

Alexy, R. (2008). *"La fórmula del peso"*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos.

Alexy, R. (2008). La fórmula de peso. En C. B. Pulido, *Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derehcos Humanos del Ecuador.

Alonso, A. (17 de Enero de 2012). *La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito*. Obtenido de Dialnet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4018924

Alonso, M. (1983). *Sentido actual y límites constitucionales.* Dialnet.

Álvarez, A. (1991). *"La cárcel ante el tercer milenio", en El sistema penitenciario entre el temor y la esperanza.* Castro Zabaleta.

Araujo, P. (N.I.). *Artículos Jurídicos de aporte a la colectividad: El paradójico proceso de descodificación del COIP en Ecuador*. Obtenido de Paulina Araujo Granda abogados: http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/126-articulo-el-paradojico-proceso-de-descodificacion-del-coip-en-ecuador

Arús, B. (2005). *Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho.* Navarra: Thomson Civitas.

Asamblea Constituyente. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. RO N° 449.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración universal de los derechos humanos.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (07 de Julio del 2017). Código Orgánico Administrativo. RO Suplemento 31.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (10 de Febrero del 2014). Código Orgánico Integral Penal. RO N°180.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (21 de Septiembre del 2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. RO suplemento 52.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (31 de Enero del 2018). Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. RO N° 175.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (9 de Marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. RO N° 544.

Augé, M. (1998). *Las formas del olvido.* Madrid: Gedisa.

Ávila, L. F. (2004). *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador.* Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Ávila, R. (2008). La rehabilitación no rehabilita la ejecución de penas en el garantismo penal. En M. d. Humanos, *Ejecución penal y derechos humanos una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 143-162). Quito: Carolina Silva.

Ávila, R. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo euatoriano.* Quito: UASB.

Ávila, R. (7 de Septiembre de 2010). *UAS-DIGITAL*. Obtenido de La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos : http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-%C3%81vila%2c%20R-La%20in-justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf?fbclid=IwAR0OXdEq-MsS6tv8GPSJlvMJy3vCiPBlvZ_RVp6aY4-QCOQFf3OeMHpM_iI

Barker, E. (1946). *La Política de Aristóteles* . OUP.

Barrere, M. (s.f.). *Universidad de Valencia.* Obtenido de Problemas del derecho antidiscrimintarotio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades: https://www.uv.es/~afd/CEFD/9/barrere3.pdf

Bayefsky, A. F. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, 1-34.

Bernal, B. (2010). *Historia del derecho* . México D.F.: Cultura Jurídica .

Bernal, Beatriz y Ledesma, José. (2013). *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas* . México: Porrúa.

Bernal, J. (2015). *Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en materia de niñez y adolescencia* . Quio: UASB.

Bernal, P. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.

Berrocal, A. (2017). *Derecho de supresión de datos personales o derecho al olvido.* Madrid: Reus,S.A.

Botero, C. (2013). *Libertad de expresión e internet.* Washington : CIDH.

Cafarena, M. (1983). *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español.* Barcelona: Bosch.

Carapeza, G. (2015). *Derecho al honor y libertad de expresión. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia italiana.* N.I.: Dialnet.

Carrión Callejo, S. (2005). *El derecho al honor(1).* LA LEY .

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127

CIDH. (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos.* Washington : OEA.

Coba Mejía, Lisset (2008) ""Rehabilitación", el verdadero castigo", en Carolina Silva Portero, Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de libertad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 5, V&M Gráficas, Quito.

Cobiella, C. (2013). *Protección post mortem del derecho al honor.* Valencia: Dialnet.

Comisión de Reestructuración. (10 de Agosto de 1979-reforma de 05 de Mayo de 1993). Constitución Política de la República del Ecuador. RO N°183

Comisión Europea. (Junio de 28 de 2017). *Comisión Europea* . Obtenido de European Criminal Records Information System (ECRIS): https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/tools-judicial-cooperation/european-criminal-records-information-system-ecris_en

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (30 de Diciembre del 2010). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. En http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (21 de Noviembre de 1989). CCPR/C/21/Rev. I/Add.

Congreso de los Diputados del Reino de España. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. (24 de noviembre de 1995). BOE N°281.

Congreso Nacional. (18 de Mayo del 2004). Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública. RO N° 337.

Consejo de la Judicatura. (30 de Julio de 2014). Estatuto de gestión organizacional del consejo de la judicatura. ROE N° 158.

Cordero David y Yépez Natahlay . (2015). *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales constitucionales* . Quito: INREDH.

Corte Constitucional Colombiana. (año 1992). Habeas data. T-414

Corte Constitucional Colombiana. (año 2002). Acción de inconstitucionalidad de ley. C-1066

Corte Constitucional Colombiana. (año 2005). Acción de tutela. T-1259/05

Corte Constitucional Colombiana. (año 2013). Accion de tutela contra el inpec. T-347/13. En http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-347-13.htm?fbclid=IwAR1IdCYbzepRGXPTvK51gnqXHKx1jW1uiSFiYtwNZ8OZaM6lTb8wW_UOjDo

Corte Constitucional Colombiana. (año 2013). Habeas data. C-185

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2010). Acción extraordinaria de protección. 046-10-SEP-CC. Registro oficial N°343.

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2013). Acción de inconstitucionalidad de norma.. ° 0024-13-IN. Registro Oficial N°.

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2013). Acción extraordinaria de protección. 080-13-SEP-CC.

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2013). Acción extraordinaria de protección. 0445-11-EP. Registro Oficial N°

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2015). Acción de inconstitucionalidad de norma. 050-15-SIN-CC. Registro Oficial N° 654 Suplemento, 22 de Diciembre de 2015.

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2015). Acción extraordinaria de protección. 182-15-SEP-CC. Registro Oficial N° 596

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2017). Acción de inconstitucionalidad de norma ° 035-17-SIN-CC. Caso 0006-09-IN/, Suplemento, 13 de Diciembre de 2017.

Corte Constitucional Ecuatoriana. (año 2019). Consulta de Norma. 11-18-CN/19. Registro Oficial N° NI.

Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito. (28 de febrero de 1931). Melvin Vs. Reid.K. 112 cal. App. 285. En: https://casetext.com/case/melvin-v-reid

Corte I.D.H., "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 167.

Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No.

Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, Párrafo 110

Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364

Cuenca, A. (2017). Protección de datos personales y derecho al olvido. Análisis del caso Perú Vs. Google. *FORO*, 129-139.

Del Toro, M (2007). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Patagonia: UMAG.

Department of National Defense. (1 de Junio de 2009). National Defense Act. R.S.C.,1985, c. N-5.

Dirección Nacional de Informática. (14 de Mayo de 2009). *Plan operativo.* Obtenido de Consejo de la Judicatura: http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/informatica/PLANESTRATEGICOOPERATIVODNI-CJ.pdf

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel, S.A.

Eleuterio, D. (2014). *La libertad vigilada en la ley orgánica 5/2010, de reforma del código penal de 1995.* Castellón: Universitat Jaume i.

Espinoza, M. (2017). El derecho al olvido en la era digital. El caso de Google en España y El Tiempo en Colombia. *FORO*, 141-157.

Espinoza, O. (1 de Mayo de 2007). Políticas de reinserción post penitenciaria - Eliminación de antecedentes penales en Chile. Quito, Ecuador.

Europea, U. (27 de Abril de 2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales ya la libre circulación de estos datos que viene a derogar y sustituir a la Directiva 95/46/CE, Diario Oficial de la Unión Europea.* Diario oficial de la Unión Europea, 27.

Fernandez, M. d. (1999). La sentencia inquisitoria. *Manuscrits*, 119-140.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión.* Buenos Aires: Siglo XXI.

García, E. (1994). *La constitución como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas S.A.

García, J. (s.f.). *Kant y Marx: la moral, el derecho y la ley fundamental de la sociedad moderna.* Obtenido de Rebelion.org: http://www.rebelion.org/docs/101359.pdf

GOV.UK. (8 de Mayo de 2015). *GOV.UK.* Obtenido de 2010 to 2015 government policy: crime prevention: https://www.gov.uk/government/publications/2010-to-2015-government-policy-crime-prevention/2010-to-2015-government-policy-crime-prevention#appendix-2-child-sex-offender-disclosure-scheme

Guibourg, R. (2015). *Alexy y su fórmula de peso.* Buenos Aires: Universidad de buenos Aires.

Habermas, J. (1997). *La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años.* Fráncfort: Johann Wolfgang Goethe-Universität,.

Herrera, P. (2019). Derecho al Olvido y Sociedad de la Información. *Maestría en Derecho Constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolivar.

Huerta, C. (2003). *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. México D.F.: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. En: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041 86332003000300006&lng=es&nrm=iso&tlng=es

INTERPOL. (2019). *Nuestra historia: INTERPOL*. Obtenido de INTERPOL: https://www.interpol.int/en/Who-we-are/Our-history

Larrauri, E. (08 de Marzo de 2015). *Antecedentes penales*. Obtenido de Eunomía. Revista en cultura de la legalidad: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2481/1365

Larrauri, E., & Jacobs, J. (29 de Noviembre de 2011). *Reinserción laboral y antecedentes penales*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Larrea Juan y Reig José. (2000). *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador.* Quito: Corporación de estudios y publicaciones .

Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas. Constitución Española. (31 de octubre de 1978).

Laurenzo, P. (2002). *Los delitos contra el honor.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

León, Díaz de y Antonio, Marco. (2004). *Diccionario de derecho procesal pennal.* México: Porrúa.

León, María Auguta y Luis Álvarez. (2017). La protección de datos personales en la era digital. *FORO*, 3-4.

Levenson Jill, D´Amora David y Hern Andrea. (2007). *ResearchGate.* Obtenido de WILEY InterSience: https://www.researchgate.net/publication/241531174_The_Effect_of_Megan's_Law_on_Sex_Offender_Reintegration

López, J. (25 de Noviembre de 2014). Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales. Monterrey, México.

Luts, B. (Mayo de 2013). *Scielo*. Obtenido de Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1665-05652013000200007&script=sci_arttext

Marckx vs. Bélgica, 13 de junio de 1978, Volumen 31, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 32; Inze vs. Austria, 28 de octubre de 1987, Volumen 126, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 36.

Merizalde, A. (2014). *Protección legal de datos personales y a la reserva de información personal, y su transferencia sin consentimiento de su titular.* Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Núñez, N. (2018). Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de la libertad . Quito: UASB. Obtenido de http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6178/1/T2606-MDPE-Nu%C3%B1ez-Incumplimiento.pdf

Oliveras, Quintero y Prats, Morales. (1999). *El derecho al honor y las libertades de información y expresión.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Orza, R. (12 de Junio de 2017). *Revista jacobea.* Obtenido de El derecho al olvido contra la muerte a la privacidad: https://www.jacobea.edu.mx/revista/numeros/numero12/2.El_Derecho_al_olvido.Ramon_Orza.pdf

Ossorio, M. (2002). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Buenos Aires: Heliasta.

Pacto de San José. (06 de Agosto de 1984). Convención Americana de Derechos Humanos. RO N° 801.

Paladines, J. (2008). Razón jurídica o barbarie sobre la jurisdicción en la ejecución penal. En M. d. Humanos, *Ejecución penal y derechos humanos* (págs. 163-198). Quito: Carolina Silva.

Pardons Canada. (18 de Septiembre de 2018). *Perdons Canada*. Obtenido de https://www.pardons.org/pardons/faqs/

Pérez, E. (2002). La noción de acto administrativo en el Derecho Público ecuatoria. *Iuris Dictio*, Vol 3.

PNUD. (1994). *Informe sobre Desarrollo Humano.* Nueva York : UN.

Presidencia de la República del Ecuador. (12 de Julio de 1995). Decreto ejecutivo. *Reglamento sustitutivo para la emisión del certificado de antecedentes policiales personales*.

Presidencia de la República del Ecuador. (18 de marzo de 2002). Decreto ejecutivo 2428. RO N° 536.

Presidencia de la República del Ecuador. (4 de Junio de 2012). Decreto ejecutivo. Gestión de antecedentes penales. RO N° 716

Presidente de la República del Ecuador. (12 de marzo de 1974). *Decreto ejecutivo 198-I. Reglamento para la concesión del certificado de antecedente penales.* RO N° 510.

Rey, F. (1996). La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke). *Revista española de derecho constitucional* , 319.

Rodriguez, F. (2017). *Manual de delitos contra el honor y libertad de expresión* . Quito: Cevallos.

Rodriguez, S. (2007). *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*. Bogotá: Ibáñez.

Roig, M. (2012). *La canceación de antecedentes delictivos.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Romero, M. (2008). *Compendio de derecho romano.* Quito: Centro de Publicaciones PUCE.

Royal Canadian Mounted Police. (29 de Marzo de 2018). *RCMP*. Obtenido de http://www.rcmp-grc.gc.ca/en/criminal-record-checks

Rue, F. L. (2011). *Informe del Relator Especial sobre la.* Nueva York : Naciones Unidas, Derechos Humanos.

Salvador, I. (2001). La firma digital: una tecnología para la intercomunicación en la sociedad-red. *Revista española de documentación científica*, 51-69.

Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis. (15 de Diciembre de 1890). *"The Right to Privacy".* Obtenido de The Harvard Law Review Vol. 4, No. 5: http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf

Sarango, H. (2008). El debido proceso y el principio de motivaión de las resoluciones/sentencias judiciales. *Maestría de dereho procesal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolivar.

TEDH. Lingüística Belga. Supra, nota al pie Nº 1. (1968).

TEDH. Rasmussen vs. Dinamarca. 28 de noviembre de 1981. Vol. 87, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos (1985).

Terwangne, C. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Oberta de Catalunya*.

The Star . (19 de Julio de 2018). *The Star* . Obtenido de https://www.thestar.com/news/crime/crime/2008/07/19/how_cpic_works.html

Tribunal Constitucional Español. (Año 1984). Amparo constitucional. (11 de enero de 1984) 15/1984.

TJUIE. Caso Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. Sentencia de 13 de mayo del 2014.

Document 62012CJ0131. En: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN

Torres, C. (2011). Inconstituionalidad del reord policial o registro de antecedentes penales en el Ecuador. *Tesis de pregrado*. Quito: PUCE.

Trujillo, J. (1968). El tribunal de Garantías Constitucionales. *Revista de Derecho*, 65.

Tsukame, A. (2003). Hacia una definición del concepto de reinserción social. *Boletín Jurídico*, 131-136.

UNODC. (2013). *Guía de introducción a la reincidencia y la reintegración social de delincuentes.* Nueva York: UN.

UNODC. (2018). *Introductory Handbook on The Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders*. Nueva York: UN.

Urías, J. (2001). El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista española de derecho constitucional*, 43-78.

Vargas, T. (2011). *Del honor, en Beccaria, Cesare, Dei delitti e delle pene.* Buenos Aires: Editorial B de F.

Vid. Leal Medina, J. (2006). *La historia de las medidas de seguridad.* Navarra: Thomson Aranzadi.

Zabala, J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal (COIP): Teoría del delito y sistema acusatorio.* Guayaquíl: Murillo editores.

Zapico, M. (2009). ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 919-994.

ANEXOS:

Anexo1:



Detalle del proceso

SENTENCIA

VISTOS: Segundo Miguel Ángel Toapanta, 050193578-7, ecuatoriano, 44 años de edad, casado, de instrucción secundaria, de ocupación chofer, domiciliado en el sector Conde IV, de esta ciudad de Quito, cantón del mismo nombre, provincia de Pichincha, actualmente privado de su libertad por esta causa, ha sido llamado a juicio por la Ab. Karen Matamorros, Jueza de la Unidad Judicial Penal con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, por presumir ser autor del delito de femicidio tipificado en el Art. 141 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Por el sorteo legal respectivo, correspondió a este Tribunal de Garantías Penales con Sede en el cantón Quito, Provincia de Pichincha (en adelante "el Tribunal"), conformado por los señores jueces: Fausto Lara Vélez (Ponente), Julio Chanto Guzmán y Edmundo Samaniego Luna, el conocimiento y resolución de la presente causa. En observancia de las normas que regulan la sustanciación de la etapa de juicio, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento, con la finalidad de resolver la situación jurídica de la persona procesada. En consecuencia, cumplido dicho acto procesal, para resolver se considera: I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA De las actuaciones obrantes en el corpus procesal, así como de la información introducida por las partes procesales en el juicio oral, se advierte que los hechos fácticos relativos a la presente causa penal habrían presuntamente acaecido en esta ciudad de Quito, cantón del mismo nombre, provincia de Pichincha, sección territorial en la cual este Tribunal ejerce sus funciones; por lo tanto, en atención a lo dispuesto en el Art. 404 (numeral 1) del COIP, es competente para conocer de dicha causa, la cual, por referirse a la presunta comisión de un delito de ejercicio público de la acción y no tratarse de un caso de fuero o que deba tramitarse por procedimiento directo, de igual modo, acciona la facultad de este Tribunal para dictar sentencia de mérito o de fondo, de conformidad con lo establecido en el Art. 221 (numeral 1) del Código Orgánico de la Función Judicial. II VALIDEZ PROCESAL De la revisión minuciosa de las actuaciones procesales, inherentes a la sustanciación de la etapa de juicio, no se encuentra que se hubiere incurrido en omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión que llegue a adoptar este Tribunal dentro de la presente causa; al contrario, se han observado rigurosamente las garantías del debido proceso penal. En consecuencia, se declara la validez procesal de este proceso. III EL JUICIO ORAL ALEGATOS DE APERTURA El Art. 609 del COIP dispone que el juicio etapa principal del proceso se sustancia sobre la base de la acusación fiscal. En este sentido, la Ab. Johanna Moncayo Falconí, quien actuó en representación de la Fiscalía General del Estado (en adelante "la Fiscalía") en la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento, en la oportunidad establecida en el Art. 614 del referido cuerpo legal, presentó su teoría del caso, en los siguientes términos: Que el 1 de marzo del 2016, en horas de la tarde, la señora Elsa Patricia Aguacunchi Yugsi, de 28 años de edad, se encontraba en su domicilio ubicado en el sur de Quito y sale a encontrarse con su pareja sentimental, el señor Segundo Miguel Ángel Toapanta, se encuentren en el sector de La Argelia, comienzan a libar, ella le confiesa su deseo se terminar la relación sentimental, cuestión que el señor Segundo Toapanta no acepta, le pide tener relaciones sexuales y, posteriormente al acto sexual, amarra sus manos y pies, y le asfixia; que va a probar que la conducta del procesado se encuadra en el delito tipificado en el Art. 141 del COIP, esto es, en el delito de femicidio. A continuación, el Dr. Fernando Galeas, en representación del acusador particular Héctor Aníbal Aguacunchi Yugsi, presentó su teoría del caso, en los siguientes términos: Que la señora Elsa Patricia Aguacunchi Yugsi, el 1 de marzo del 2016, a eso de las 10h30, en un primer momento se le dio por desaparecida en el sector de Guamaní, junto a la casa barrial de la parroquia de Cutuglahua; para posteriormente, por las investigaciones respectivas, se logra localizarle muerta en los terrenos del Estado ecuatoriano, en el sector de la Argelia Alta, en la Av. Simón Bolívar, la cual tenía el rostro desfigurado; que se va a probar que la víctima sufrió agresiones físicas y psicológicas; que se va a probar lo que ha sostenido la Fiscalía. Por su parte, el Dr. Iván Jurado, defensor privado del procesado Segundo Miguel Ángel Toapanta, en su representación, presentó su teoría del caso, en los siguientes términos: Que se va a probar la no participación de su defendido, en virtud de que ha colaborado para el esclarecimiento de los hechos; que Fiscalía deberá probar sus asertos, puesto que no han existido los hechos que ha sostenido; que su defendido colaboró para la investigación del desaparecimiento de la hoy occisa. B) PRUEBAS Con base en lo establecido en el Art. 615 del COIP, se ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, empezando por las solicitadas por el órgano acusador oficial. Por consiguiente, a petición de la Fiscal, fueron escuchadas las declaraciones de las siguientes personas: Héctor Aníbal Aguacunchi Yugsi. Testificó, en lo principal, que la señora Elsa Patricia Aguacunchi Yugsi era su hermana, vivía con ella hasta el 2009, hasta que se fue a vivir en Latacunga; que su hermana primeramente vivía en Ambato, luego vino a vivir en Quito con su hijo Lenin Baño, de 8 años de edad, luego le dijo que vivía con el señor Segundo Miguel Toapanta, que era el conviviente, eso fue un año antes de la fecha que falleció, desde el 2015; que su hermana le manifestó, en una ocasión que le llamó, que el señor Miguel Ángel Toapanta le estaba pegando, que su hermana tiene otra hija, Selena Aguacunchi, quien vivía con su papá; que cuando su hermana vivía en el Corazón vivía con la niña, pero cuando vino a Quito le dejó a su papá, pero la niña le venía a ver a la mamá; en el mes de marzo del 2016, cuando estaba de vacaciones, vino a pasar con la mamá. A las preguntas de su abogado respondió, en lo principal, que su hermana tenía 28 años cuando falleció, era la tercera de los hermanos; el comportamiento con sus sobrinos era bueno. A contra-examen del defensor del procesado respondió, en lo principal, que el señor Miguel Toapanta le llamó a las 22h30, del 1 de marzo del 2016, le supo decir que le llame a su hermana, porque él le estaba llamando y no le contesta, para ver si le contestaba, le llamó a su hermana pero el teléfono entraba al buzón de mensajes; que

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

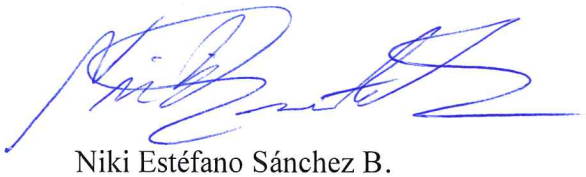
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **NIKI ESTÉFANO SÁNCHEZ BERRAZUETA** C.I. **1716212491** autor del trabajo de graduación intitulado: **"LA GESTIÓN DE ANTECEDENTES PENALES COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO"** , previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 03 de septiembre de 2019



Niki Estéfano Sánchez B.
C.I. 1716212491