

# La protección de datos personales en Internet y el habeas data

Juan Carlos Hernández\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de datos personales en Internet y los derechos fundamentales. 1. Regulación en Europa 2. La regulación en los Estados Unidos de América. III. Protección de datos personales dentro del modelo de Estado democrático 1. Derecho a la información versus protección de datos personales. 2. Protección de datos personales, autodeterminación informativa y habeas data. IV. Avances en la protección de datos personales en América Latina. 1. Marco jurídico de protección 2. La situación de Venezuela en materia de protección de datos personales. V. Métodos de protección. 1. Principio constitucional. 2. Protección penal. 2.1. Protección de la Ley contra delitos informáticos 2.2. La protección a la privacidad de las comunicaciones a) Principios de aplicación general b) Régimen de excepciones. 3. Habeas data. Garantía constitucional y eficacia procesal VI. Justificaciones y principios para que se cree una legislación en Venezuela sobre protección de datos personales VII. Conclusiones

## Resumen

El presente artículo ofrece un análisis del tema relacionado con la protección de datos personales en Internet. Los objetivos se centran en analizar el estado de la regulación jurídica de algunos países de la Unión europea, Estados Unidos de América y Latinoamérica, con especial atención al caso de Venezuela, donde, a pesar de incluirse en la Constitución el habeas data y en algunos textos legales normas que regulan la privacidad de datos, no existe una ley especial orientada a regular esta materia, situación que ha producido una constante manipulación y transmisión de datos personales y una violación a este importante derecho fundamental.

**Palabras clave:** Protección de datos personales. Privacidad. Internet. Habeas data.

Recibido: 29/3/2012 • Aceptado: 20/4/2012

\* Abogado Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (UCAB), Defensor Público con competencia penal. Doctorando en Derecho, Universidad Central de Venezuela - Universidad Católica del Táchira. [drjcarloshernandez\\_1@hotmail.com](mailto:drjcarloshernandez_1@hotmail.com).

**Abstract**

This article studies the protection of personal data on the Internet. The main goals are focused on analyzing the status of the regulation of some countries in the European Union, United States of America and Latin America, with special attention to the case of Venezuela, where, despite the inclusion of habeas data in the Constitution and some laws that govern privacy, there is no special law aimed at regulating this area. This situation causes a constant manipulation of personal data and violations of this fundamental right.

**Keywords:** Protection of personal data. Privacy. Internet. Habeas data.

**I. Introducción**

El tema objeto del este estudio pretende efectuar un análisis sobre la protección de datos personales y los derechos fundamentales. Se aborda el mismo a partir de la visión del Derecho comparado en particular con referencia a la manera cómo se ha venido regulando en los países de la Unión europea, en Estados Unidos de América, en el ámbito latinoamericano y, por último, la necesidad de crear en Venezuela una legislación que regule de manera específica la privacidad en cuanto a la protección de datos personales, disponiéndose los mecanismos de orden legal y procesal para ofrecer las garantías y la debida protección a los datos personales. El método utilizado ha sido la investigación documental a nivel descriptivo y comparativo sobre lo que han afirmado los autores con autoridad en la materia y lo que han dispuesto las leyes y la jurisprudencia.

En tal sentido, se hace una descripción de los aspectos relacionados con los derechos fundamentales en atención a la privacidad, entendiéndolo en sus tres aspectos fundamentales: el primero, el derecho a disfrutar de una vida privada libre, sin interrupciones o intrusiones indeseadas; el segundo, el derecho a comunicarse libremente con cualquier persona sin el temor a ser vigilado; y tercero, el derecho a controlar el acceso de la información personal.

No es paradójico considerar que dentro de este aspecto de la privacidad, coexisten los derechos de la intimidad personal y familiar, el honor, la dignidad de la persona, la honra, propia imagen, en fin, la base o estructura y perfil que tiene toda persona. De modo que, la injerencia o intrusiones arbitrarias o la transmisión de sus datos personales sin la autorización de sus legítimos titulares, supone una violación a las garantías constitucionales de los mencionados derechos.

Es de destacar que los países de la Unión Europea le han dado prevalencia al tema de la privacidad, inclusive más allá de los intereses comerciales de las empresas, con el propósito de salvaguardar y proteger los derechos y libertades

de las personas físicas, en particular del derecho a la intimidad y la libre circulación de datos personales, derechos consagrados en las Constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por el contrario, Estados Unidos de América, ha permitido la introducción de políticas propias de autorregulación de las empresas, ha confiado de alguna manera en éstas a objeto de fomentar el comercio electrónico para que se difunda no solamente nacional sino internacionalmente. Con esto podemos afirmar que los Estados Unidos han adoptado una política mucho más flexible sobre privacidad y protección de datos que la Unión Europea, cuyo objetivo es proteger y tutelar los derechos de los consumidores, la población vulnerable y más aún que se caracteriza por la adopción de un esquema más liberal para el sector empresarial.

En Latinoamérica se sigue más el modelo europeo, es decir la protección de la privacidad como derecho fundamental. Muchos de los países no cuentan, ciertamente con una legislación específica en la materia, como el caso de Venezuela, sin embargo se han incluido en los textos constitucionales normas de protección de la privacidad y del habeas data. Se han abordado, en el caso de nuestro país, para la atención de los asuntos que implican violación a la privacidad de los datos personales ciertos métodos de regulación jurídica contenidas en algunas leyes y la propia jurisprudencia ha desarrollado ciertos criterios que encaminan a la solución de los casos, sin embargo, hay que afirmar que no existe una sistematización de normas de carácter sustantivo y adjetivo que definitivamente brinden seguridad jurídica a las personas en cuanto a la protección de sus datos personales, por lo que partiendo de la comprensión de este estudio, se han analizado una serie de aspectos y principios necesarios para el desarrollo y la consolidación de una verdadera legislación

**II. La protección de datos personales y los derechos fundamentales**

Los derechos relacionados con la privacidad, el honor, propia imagen, confidencialidad, reputación, son personalísimos e inherentes a la persona humana. La transmisión de datos personales a través de cualquier medio que implique la publicidad de los mismos, sin el consentimiento de sus titulares, constituye una violación a normas de orden constitucional, y como tal, una vulneración a la persona, pues crea ello, un riesgo cuando no un perjuicio final desde el punto de vista ético, moral, económico, profesional, etc.

El tema de la protección de datos personales comporta y debe comportar el reconocimiento de los derechos fundamentales que tienen que ser tutelados por el Estado. Estos derechos constituyen el núcleo de identidad de las personas, sus patrones, perfil personal e individual, sus modos de vida, sus propósitos o proyectos, en fin, el memorial destacado de la personalidad del individuo, en

cuyo seno está contenida toda clase infogenética de la caracterización social del individuo.

Este estudio tiene por finalidad analizar el tratamiento que se le da al tema de la protección de datos personales y a su privacidad<sup>1</sup>, sobre todo, en el ámbito de Internet, es decir, cuál es en la actualidad el marco regulatorio internacional y cuál es la situación en nuestro país, sobre la existencia de un marco jurídico de la protección de datos personales y los métodos hasta ahora con que cuentan estos derechos.

## 1. Regulación en Europa

Muchos países, como por ejemplo algunos de los Estados miembros de la Unión Europea han considerado los temas de privacidad y protección de datos personales como asuntos prioritarios en su agenda legislativa<sup>2</sup>, con el propósito de hacer no sólo un frente comercial común a fuertes bloques comerciales regionales como son el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el MERCOSUR, sino sobre todo como una medida proteccionista para salvaguardar y proteger los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la intimidad y la libre circulación de datos personales, derechos consagrados en las constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, buscando con base en estos ordenamientos jurídicos, proteger a los ciudadanos europeos al momento en que proporcionen información personal a empresas, filiales, sitios y organismos gubernamentales y no gubernamentales en línea que se encuentren físicamente localizados dentro del continente europeo o que tengan sus servidores fuera de países miembros de la Unión Europea.

Como consecuencia de este Convenio, en 1995 fue aprobada la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

<sup>1</sup> El concepto jurídico de privacidad varía dependiendo del sistema jurídico de cada país (Sistema Common Law o Derecho Romano-Germánico), sin embargo, existen tres derechos fundamentales para la protección de los individuos que deben ser considerados bajo ambos sistemas jurídicos. El primero, el derecho a disfrutar de una vida privada libre, sin interrupciones o intrusiones indeseadas; el segundo, el derecho a comunicarse libremente con cualquier persona sin el temor a ser vigilado; y tercero, el derecho a controlar el acceso de la información personal. Ver en VELASCO SAN MARTÍN, Cristos: *Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?* Boletín de política informativa, N° 1, 2003. p. 1. En línea: <http://www.inegi.gob.mx/inegi/contenidos/español/prensa/contenidos/articulos/tecnologia/libertad.pdf>. Acceso: 26-11-2011

<sup>2</sup> Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, disponible en la siguiente dirección: [www http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!31995L0046&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!31995L0046&model=guichett). Acceso: 26-11-2011

libre circulación de estos datos (mejor conocida como la Directiva sobre privacidad y protección de datos personales), que entró en vigor el 25 de octubre de 1998 con el objeto de proporcionar un marco general de referencia para los países miembros. Esta Directiva establece reglas muy estrictas para la protección de los derechos y garantías de libertad de los ciudadanos europeos y en particular la protección del derecho a la privacidad con relación a la obtención y procesamiento de datos personales.

Una de las disposiciones más controvertidas que contiene esta Directiva es el artículo 25, que establece la prohibición a sus Estados miembros de transferir datos personales e información a terceros países que no proporcionen una suficiente y adecuada protección a la privacidad. Aun cuando algunos países puedan proporcionar o satisfacer un adecuado nivel de seguridad y protección de los datos personales, dicha Directiva impone obligaciones adicionales bastante restrictivas para llevar a cabo la transferencia de datos a terceros países.

A nivel internacional, esta Directiva también ha tenido serios problemas de aceptación en países que han adoptado políticas de regulación distintas a los países miembros de la Unión Europea, como es el caso de los Estados Unidos y algunos países asiáticos.

El artículo 25 de la Directiva sobre privacidad y protección de datos personales contiene una clara restricción comercial que ha tenido un grave impacto a nivel mundial, sin embargo, en el caso de países latinoamericanos como Argentina, Chile y Paraguay han introducido legislación sobre protección de datos consistente con esta Directiva, con el objeto de estrechar sus lazos comerciales y diplomáticos con el continente europeo, sin tomar en cuenta que la prohibición del libre flujo transfronterizo de datos e información podría ocasionarles graves distorsiones comerciales con terceros países como los Estados Unidos y Canadá que eventualmente los podrían llevar a tener que sustanciar una controversia en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En síntesis, la Unión Europea, como se ha sostenido, tiene uno de los modelos más elaborados de protección de la privacidad y de datos personales.

## 2. La regulación en los Estados Unidos de América

En lo que respecta a Estados Unidos, puede decirse que, contrario a los países europeos, tiende a ser un centro de empresas dedicadas al tratamiento de datos personales, con los negocios que ello implica, y su visión se cife a la autorregulación de los aspectos de la privacidad. Si bien este país cuenta con un marco jurídico bastante amplio en materia de privacidad<sup>3</sup>, también ha adoptado una política de autorregulación que ha estado a cargo en gran medida del sector

<sup>3</sup> Puede citarse la Ley de Privacidad de 1974 (Privacy Act of 1974) cuyo objeto es regular la obtención y el uso de la información personal dentro del sector público.

privado, respondiendo satisfactoriamente a las demandas y necesidades de sus grandes corporaciones y protegiendo en la medida de lo posible los derechos básicos de los consumidores y de los ciudadanos.

Por otro lado, cabe destacar que la política de regulación de los Estados Unidos ha evolucionado de tal forma que hoy en día se ha ocupado más de legislar aquellos sectores que se consideran más sensibles y vulnerables para la sociedad, como son el sector salud<sup>4</sup> y la protección y confidencialidad de la información que proporcionen niños menores de edad a sitios en Internet. En este orden de ideas, podemos decir que los Estados Unidos han adoptado una política mucho más flexible sobre privacidad y protección de datos que la Unión Europea, cuyo objetivo es proteger y tutelar los derechos de consumidores, la población vulnerable y más aún que se caracteriza por la adopción de un esquema más liberal para el sector empresarial.

Los Estados Unidos han confiado sus políticas de regulación y privacidad a sus empresas porque saben que el gobierno está consciente de que estas acciones y mecanismos fomentan y reactivan el comercio electrónico, no sólo a nivel interno sino también a nivel mundial, promueven las inversiones del sector de las tecnologías de información y sobre todo permiten que las pequeñas y medianas empresas puedan realizar actividades de comercio electrónico en todos los niveles.

### III. Protección de datos personales dentro del modelo de Estado democrático

Si partimos -como lo hemos hecho- del peligro que es intrínseco al manejo de datos personales para esa esfera del ser humano que requiere ser regida por su voluntad y sin la intromisión externa, y si tenemos ejemplos de la potencialidad de la tecnología de la información para el control individual y social, será fácil llegar a la conclusión de que sin una correcta protección del manejo de datos personales muchos derechos individuales pueden quedar en la letra de la ley.

Así, por ejemplo, la libertad de pensamiento y de culto, la libertad sexual, la libertad de expresión, la libertad de sindicalización, la libertad de afiliación política, el secreto de las comunicaciones, el ámbito de intimidad y de privacidad, corren el riesgo de ser anulados. El jurista costarricense Rubén Hernández, ha indicado "*...la violación de este derecho puede afectar los derechos de la personalidad (intimidad, imagen, honor, etc.), así como también la libertad informática, derecho que proviene directamente de la libertad personal la cual garantiza un trato no discriminatorio tanto en la esfera comercial*

<sup>4</sup> Como ejemplo de ello podemos destacar el "Health Insurance Portability and Accountability Act de 1996 (HIPPA)" que es una ley de carácter federal que protege la confidencialidad de los antecedentes y datos médicos de las personas. Ver VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Privacidad y protección de datos personales en Internet*, Ob. Cit., p. 5

como en el ámbito laboral"<sup>5</sup>. Pensemos por ejemplo en el temor que tendrían los ciudadanos de ejercer tales derechos a sabiendas de la posibilidad de ser estigmatizados y controlados. Ello redundaría, sin duda, en la disminución de la capacidad de autodeterminación y a la negación de la posibilidad de realización de cada proyecto de vida.

Lo que se expone no es ficción, y ni siquiera una previsión a largo plazo. Es una realidad actual puesto que los avances en la tecnología de la información permiten la construcción de perfiles de personalidad, preferencias, tendencias. Para esta construcción de perfiles y tendencias los datos no tiene que revestir un especial carácter en contra de la privacidad entendida en el sentido tradicional. Datos que podemos considerar irrelevantes o insignificantes desde ese punto de vista, tienen la capacidad de coadyuvar a la realización de estos medios de control social mediante la comparación, reunificación y redefinición de los mismos.

Si el modelo de Estado democrático parte de que cada ser humano es un fin en sí mismo y que los medios de control sólo han de justificarse en la medida en que coadyuven a evitar el desbordamiento en el ejercicio de un derecho en perjuicio de otro y en la medida en que eviten las lesiones al derecho de cada persona, comprenderemos que la relación entre la democracia y la protección de datos personales es muy estrecha: En este sentido, existe una relación de proporcionalidad directa entre la vigencia del modelo de Estado democrático y la tutela a la autodeterminación del ser humano mediante la protección de sus datos personales. Cuanta mayor tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos, mayor vigencia del modelo de Estado democrático en una sociedad determinada.

#### 1. Derecho a la información versus protección de datos personales

Desde el punto de vista jurídico debemos comprender la necesaria armonización del derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales, con el derecho a la información contemplado en el numeral 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 que establece: "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*"<sup>6</sup>

Desde meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, -del 23 de marzo al 21 de abril de 1948- se había celebrado

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica*, editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2001.

<sup>6</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones (1948). En: NIKKEN, Pedro. *Código de Derechos Humanos* (Compilador). Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 2006, p.5

la Conferencia de la ONU sobre la libertad de información. Ello demuestra que la existencia de este derecho tiene bases históricas muy fuertes y políticamente se ha concebido como una extensión de la libertad de pensamiento, que es una base esencial del modelo democrático. La libertad de información implica a su vez el derecho sobre la información, tal como ha expresado la doctrina que se ha ocupado del estudio de estos aspectos pues en efecto:

...frente al derecho a la información genéricamente reconocido a los ciudadanos usualmente invocado como fundamento de la libertad de prensa, se alza un derecho sobre la información, que compete a cada cual respecto de ciertos datos que se le reconocen como privados y que lo autoriza a restringir su conocimiento o su uso por terceros. La evolución de este derecho se ha visto bruscamente conmovido por la aparición de las computadoras. Ellas se utilizan en la preparación de las nóminas para el pago de sueldos y jornales, en las reservas de pasajes de tren o de avión, en el control bancario del estado de nuestras cuentas, en la vigilancia de los datos de interés fiscal, en el campo de la medicina y en muchas otras actividades, sin olvidar una de las más recientes, que es precisamente la jurídica<sup>7</sup>.

Entonces, lógicamente el derecho a la información no es absoluto, como no lo es ningún derecho humano, y una de sus limitaciones consiste precisamente en el derecho a la protección de datos personales y la autodeterminación informativa. En igual sentido se pronuncia la autora María Cruz Llamazares Calzadilla al comentar el conflicto que existe entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Según esta autora

...un derecho al honor entendido como un derecho absoluto e intocable implicaría una libertad de información y, sobre todo, de expresión, vaciada de parte de su contenido. Y unas libertades de información y de expresión ejercidas de forma abusiva sin ninguna limitación, impedirían la existencia efectiva de un derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Es lógico que los derechos de uno y otro grupo colisionen constantemente, puesto que en el ejercicio, no siempre legítimo, de las libertades de expresión y de información frecuentemente se hacen incursiones en el ámbito propio del honor, de la intimidad y de la propia imagen<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 6

<sup>8</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III De Madrid, Civitas, Madrid, España, 1999.

## 2. Protección de datos personales, autodeterminación informativa y habeas data

Cuando se habla de habeas corpus, en un sentido literal, se trata de "traer el cuerpo" de la persona afectada por una detención ilegítima, de modo que se adoptó el paralelo de habeas data como "traer los datos" como el "habeas corpus" pretende "traer el cuerpo"<sup>9</sup>. Así entendido, el habeas data podría referirse una construcción conceptual para englobar todos aquellos elementos sustantivos y procedimentales creados para la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. Así, por ejemplo, el habeas data podría comprender toda una tesis sobre la problemática de la invasión en la personalidad a través del tratamiento de datos, pasar por la creación de un nuevo bien jurídico a tutelar y finalmente idear los institutos procesales para su protección. No obstante, en el Derecho latinoamericano, el "habeas data" se ha convertido en una mera garantía procedimental para proteger al derecho que tiene la persona al acceso y conocimiento de sus datos personales en registros públicos y privados.

Es lo cierto que el esfuerzo latinoamericano por otorgar al ciudadano un medio de tutela implica ya una conciencia de la importancia del tema de la protección de los datos personales. La carencia radica en que así concebido, el habeas data tiende a funcionar después de realizada la transmisión de los datos, dejando por fuera la prevención y el control anterior a la realización del riesgo. Por ejemplo, la acción puede ser interpuesta por el particular cuando se traten datos de los llamados sensibles, que incluyen las preferencias religiosas, políticas, sexuales, las características genéticas y de salud. Pero tan importante o más aún, resulta la posibilidad de obtener información sobre el procesamiento de los datos y el derecho del ciudadano de otorgar el consentimiento para el tratamiento electrónico de sus datos. No debemos olvidar, como bien afirma la doctrina, que en

...la industria de las bases de datos intervienen diferentes personas. El creador de la base que, partiendo de un fondo documental adecuado genera la propia base; el distribuidor de la base que, disponiendo de un soporte técnico y comercial, crea y proporciona el servicio y, por último, el usuario de la base. Si la base de datos es consultada por el sistema denominado "on line", a distancia, interviene también el operador de comunicaciones<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo: *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica CONAMAJ*, San José, Costa Rica, 1997, p. 20.

<sup>10</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 30

Las diferencias apuntadas entre el amplio espectro de la protección de datos y el habeas data entendido como garantía procesal, ha llevado a algunos a establecer entre ambos una relación de género a especie:

Existe una relación de género y especie entre el habeas data y el derecho de acceso a la información, como derechos humanos referidos a la accesibilidad de datos. El derecho de acceso a la información interpreta una necesidad general, mientras que el habeas data se vincula a una necesidad especial y personal, siendo ambos incuestionables, pero dedicados a espectros y casos diferentes<sup>11</sup>.

Lo importante es observar que, junto a la garantía procesal, se prevea para la verdadera protección del ciudadano, el derecho a la información sobre las formas en que se realizará el tratamiento de los datos, los objetivos del mismo y su destino final, a efecto de que la persona esté o pueda estar en condiciones de conocer que sus datos no serán objeto de manejos más allá de su voluntad. En conclusión, hablar de habeas data no es suficiente, y que es preferible referirse a la necesidad humana de protección de los datos personales, misma que tiene como correlativo bien jurídico la autodeterminación informativa.

#### IV. Avances en la protección de datos personales en América Latina.

##### 1. Marco jurídico de protección

En América Latina algunos países no cuentan con una ley de protección de datos, pero varios han incluido en sus constituciones normas sobre la privacidad o habeas data y han aprobado leyes de privacidad, además de que a nivel interamericano se está negociando una convención basada en los principios el Convenio del Consejo de Europa.

En 1997 se celebró en Madrid la Conferencia Euroiberoamericana sobre Protección de Datos Personales a la que asistieron autoridades de protección de datos europeas y representantes de países iberoamericanos. En ella se demostró la falta de una legislación relativa a la protección de los datos personales por lo que se acordó impulsar ante los gobiernos de los respectivos países el desarrollo de medidas en materia de protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, entre otros acuerdos para impulsar la creación de esa legislación.

Desde la década de los ochenta, la Organización de Estados Americanos ha investigado el problema de la protección de los datos personales pero principalmente desde 1997. También el Comité Jurídico Interamericano propuso en 1997 elaborar una convención americana de protección de datos basándose

11 PIERINI, Alicia y LORENCE, Valentín: *Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano, Acción de Amparo*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 38.

en el modelo del Convenio para la Protección de las Personas del Consejo de Europa y en la ley española de 1992. Fue elaborado un borrador de la Convención Americana sobre Autodeterminación Informativa. En su preámbulo se recuerda la importancia de la protección de la vida privada establecida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Estas establecen, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; que 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 en contra de su honra o reputación; y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques<sup>12</sup>. En este contexto se advierte que:

...el peligro en contra de la vida privada y el pleno ejercicio de otros derechos se ha acrecentado por el apareamiento de nuevos medios técnicos de injerencia y control sobre los derechos y libertades, particularmente por el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que permiten el conocimiento general de la historia de cada ser humano, creándose la posibilidad de que por medio de los ficheros, registros o de bancos de datos no sólo se conozca lo más privado de las personas y se les controle y dirija atentándose así contra su dignidad, libertad e igualdad y contra la estructura misma del sistema democrático, situación que vuelve necesario dar a las personas una ulterior protección a la ya prevista en el derecho interno, en las declaraciones y convenciones internacionales citadas.

También se indica que la normativa debe tender a

lograr un justo equilibrio y armonía entre la protección a los derechos, y libertades de las personas, con los derechos que emanan del poder informativo especialmente, con la libre circulación de la información entre los pueblos y la necesidad del progreso y desarrollo nacional en una economía posindustrial globalizada e informatizada.

El fin de la Convención es garantizar, en el territorio de cada Estado parte, a cualquier persona física o jurídica sean cuales fueren su nacionalidad o residencia el respeto de sus derechos fundamentales, su derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo, a diferencia del modelo europeo, se pretende que la Convención sea de aplicación también a los datos de las personas naturales o jurídicas o a sus bienes que figuren en registros, ficheros o bancos de datos de los sectores público y privado, sean estos automatizados o manuales.

12 Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), artículo 11, numerales 1,2 y 3. En: NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.* p. 115

Ahora bien, la normativa interna de los países latinoamericanos se comenzó a desarrollar en 1988 cuando se incluyó en los textos constitucionales de Latinoamérica la garantía de habeas data, con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales. En algunos casos esta acción permitía corregir o actualizar la información y suprimir cierta clase de datos. La limitación principal que presentan estas normas es que se limitan a reconocer un derecho de acceso a los datos personales, y en caso de falsedad, inexactitud u otros motivos, y autoriza a reclamar la corrección de la información, sin cubrir el resto de los principios acordados por la Directiva Europea.

Casi todas las Constituciones latinoamericanas se refieren a la privacidad, protegiendo la correspondencia epistolar, el domicilio, el secreto de las comunicaciones y, en algunos casos, a la conciencia. Algunas Constituciones prevén la sanción de normas para la protección de la privacidad frente a la amenaza de la informática, como son las constituciones de Colombia, Perú y Venezuela.

## 2. La situación de Venezuela en materia de protección de datos personales

En la actualidad Venezuela no cuenta con una ley en materia de protección de datos personales que reúna sistemáticamente los principios y normas regulatorias mediante la cual se establezcan los aspectos sustantivos y adjetivos a los efectos de tutelar los derechos de las personas en cuanto al tratamiento de sus datos personales y de los derechos fundamentales. Ha habido cierto rezago en ello, sobre todo si se tiene en cuenta las investigaciones que, a partir de la década de los 90, son emprendidas por la OEA y el Comité Jurídico Interamericano.

Nuestra vida republicana está expuesta a estas injerencias y los derechos que le son reconocidos deben ser susceptibles de ser protegidos, sobre todo si se examina la materia desde el punto de vista constitucional, puesto que como principios y garantías constitucionales existen estos derechos y el reconocimiento que de ellos hace la propia Carta Magna sobre la privacidad, el honor, propia imagen, reputación de las personas que, en cierto modo, por la dinámica y desarrollo de las tecnologías de la información, pueden llegar a ser expuestos deliberadamente o no a una situación de afectación moral y materialmente, mas en aquellos casos donde no ha habido intervención consentida por parte de la persona.

El acercamiento de los países latinoamericanos en relación con la integración sobre diversos asuntos multilaterales en materia económica, científica, tecnológica y de la cultura comunicacional es, precisamente, porque responden a las necesidades propias de cada país pero que no dejan de tener intereses comunes y que estos pretenden ser regulados de manera uniforme, al menos

esa ha sido la intención de los países latinoamericanos cuando incluyen en sus textos constitucionales la garantía del habeas data con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales.

El habeas data, en líneas generales, ciertamente es una acción que permite al órgano jurisdiccional ordenar la corrección, actualización de la información de cierta clase de datos u ordenar la supresión de estos de resultar erróneos o afectasen ilegítimamente los derechos de las personas. Sin embargo, la principal limitación de estas normas es que solo reconocen el derecho de acceso a los datos personales, y en caso de falsedad, inexactitud u otros motivos, autoriza a reclamar la corrección de la información, sin que pueda garantizarse una idónea protección de los datos personales y del uso y destino que se haga de los mismos, dejando al desamparo la integridad de estos derechos que son consustanciales al desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad del ser humano.

Al examinar el ordenamiento jurídico de Venezuela, observamos que, respecto al habeas data, literalmente se ha garantizado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999<sup>13</sup>, lo siguiente:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

La norma en comentario es de carácter programático, no obstante, su contenido tiene una alta finalidad operacional, pues, por principio constitucional, puede ser aplicada directamente cuando se trate de la violación de derechos fundamentales relacionada con la protección de la persona física o natural en cuanto a datos personales se refiere, es decir, a parte del derecho que tiene toda persona al acceso de la información relacionada con sus datos personales, o sobre sus bienes que consten en registros públicos o privados, también incluye la posibilidad del ejercicio del derecho subjetivo de enervar la acción para que se conozca el uso o finalidad que se haga de los mismos y solicitar la actualización, rectificación o destrucción de aquellos de resultar erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma?

Justamente, estamos en presencia de los derechos, como ya se dijo, que son personalísimos e inherentes a la persona humana, se refieren ellos a la

13 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

personalidad e identidad del individuo, a la historia de su creación, a su formación intelectual, política e ideológica, su perfil profesional personal y profesional, constitución ético-moral, antecedente político, socio-cultural, patrimonial, familiar, religioso, la invención de obras producto del intelecto, sus costumbres o tradición personal, en fin, forman parte de lo que es la privacidad, el honor, propia imagen, reputación de toda persona susceptibles de ser protegidos como derecho y que, al ser irrumpidos los mismos, ya sea por acción u omisión de terceros o que suponga la transmisión no autorizada de ellos, pudieran acarrear perjuicios de orden material y moral a la persona.

En este sentido, el artículo 60 de la mencionada carta política, indica: "*Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos*". El numeral 281 establece: "*Son atribuciones del defensor o defensora del Pueblo:...3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley...*".

## V. Métodos de protección

### 1. Principio constitucional

Observamos que en Venezuela, por principio constitucional, la ley limita el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos. En este sentido, el artículo 281 del texto constitucional establece: "*Son atribuciones del defensor o defensora del Pueblo:...3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley...*".

### 2. Protección penal

#### 1.1. La protección de la Ley contra delitos informáticos

En cierto modo, la limitación del uso de la informática responde al hecho que mediante las tecnologías de la información pueden llegar a producirse injerencias o intromisiones indebidas a la privacidad o intimidad familiar o personal y las comunicaciones, o, resultar perjuicios al honor o reputación de estas, tal como lo establece el artículo 2, literal "a" de la Ley Especial contra Delitos

Informáticos<sup>14</sup>, de esta manera se regulan en la precitada ley, la violación de la privacidad de la información de carácter personal, violación de la privacidad de las comunicaciones y la revelación indebida de información de carácter personal.

Artículo 20. Toda persona, que intencionalmente se apodere, utilice, modifique o elimine por cualquier medio, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información, será penada con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a seiscientos unidades tributarias.

La pena se incrementará de un tercio a la mitad si como consecuencia de los hechos anteriores resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero.

Artículo 21. Toda persona que mediante el uso de tecnologías de información acceda, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena será sancionada con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a seiscientos unidades tributarias.

Artículo 22. Quien revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos 20 y 21, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a seiscientos unidades tributarias.

Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro, o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad.

Estas disposiciones contienen un régimen sancionatorio doblemente punitivo, pues no solamente sanciona la conducta desde el punto de vista corporal (con prisión) sino también patrimonial (con multa). Ello tiene su justificación cuando nos referimos a que el perjuicio ocasionado a las personas, relacionado con la privacidad o intimidad personal o familiar, reputación o propia imagen y en cuanto a las comunicaciones privadas, puede llegar a ser, no solamente material y moral, sino patrimonialmente.

<sup>14</sup> Ley Especial contra los Delitos Informáticos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.



## 1.2. La protección a la privacidad de las comunicaciones

### a) Principios de aplicación general

La Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (LSPPC)<sup>15</sup> es un instrumento sustantivo que se sancionó con el objeto de proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas (artículo 1°). Tales comunicaciones pueden llevarse a cabo en forma ambiental o a través de los medios tecnológicos, y su interferencia o interrupción, grabación, en forma arbitraria, clandestina o fraudulentamente, así como la revelación de todo o parte de su contenido, mediante cualquier medio de información, supone la comisión de un delito que puede ser castigado con una pena.

Sólo en aquellos casos determinados por la ley es que puede procederse a la interrupción, interceptación o grabación de las comunicaciones. Tales casos tienen que estar franca o subyacentemente relacionados con los delitos contra la seguridad o independencia del Estado; los delitos previstos en la Ley contra la Corrupción, los delitos contemplados en la Ley Orgánica de Drogas y los delitos de secuestro y extorsión.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, establece en el artículo 48 lo siguiente:

Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

Este principio constitucional sobre la inviolabilidad de las comunicaciones encuentra su protección sobre la base de los tipos penales desarrollados en el Capítulo V, del Título I del Libro Segundo del Código Penal venezolano<sup>16</sup>, referido específicamente al secreto relacionado con la correspondencia epistolar o telegráfica, e igualmente en la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones.

Podemos observar que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, constituye un derecho fundamental estrechamente vinculado al derecho a la intimidad pues éste es el bien jurídico tutelado, cuya finalidad es proteger a la persona de cualquier intromisión proveniente de particulares, así como de funcionarios o autoridades, en sus

<sup>15</sup> Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. Gaceta Oficial No. 34.863 del 16-12-91

<sup>16</sup> Código Penal venezolano. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.768, Extraordinario de fecha 13 de abril de 2005

comunicaciones y documentos privados, derechos estos recogidos no solamente por nuestra Ley Fundamental, sino también en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

### b) Régimen de excepciones

El derecho a la privacidad de las comunicaciones no es de carácter absoluto, por cuanto la propia Constitución y LPPC admiten excepciones. Así, siempre que medie autorización judicial, pueden abrirse, interceptarse o intervenir las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, con las garantías previstas en la ley.

De igual manera, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP)<sup>17</sup> en la Sección Cuarta referida a la ocupación e interceptación de correspondencia y comunicaciones, Capítulo II, Título VII, señala la facultad que tiene el Ministerio Público, previa autorización del juez de control correspondiente, de incautar correspondencia y otros documentos, así como la interceptación o grabación de comunicaciones privadas, de cualquier índole, siempre que se presuma que las mismas emanen del autor del hecho punible. Sin embargo, tales documentos o comunicaciones deben guardar relación con los hechos investigados y los que no, deberán ser desechados a los efectos de la investigación. Además, en los casos de grabaciones, éstas serán reservadas únicamente a los fines del procedimiento.

El régimen de excepciones al uso, goce y ejercicio del derecho a la privacidad de las comunicaciones que como derecho fundamental está garantizado por la citada Carta Política, constituye de cualquier modo una intromisión a la vida privada de las personas o a su núcleo familiar, sin embargo, encuentra su justificación en la ley que, como se indicó anteriormente, obedece a la investigación de hechos punibles de carácter grave que atenten contra la seguridad o independencia del Estado, afecten al patrimonio público, estén relacionados con el tráfico de drogas en sus diferentes modalidades o se traten de delitos permanentes y continuados como el secuestro y la extorsión. Este régimen de excepciones, desde luego, tiene una finalidad altamente preventiva como es evitar la consumación de un hecho delictivo o, lograr a través de este medio la posible identificación de los autores o partícipes que estén relacionados con los hechos a que alude la norma del artículo 6 de la Ley sobre protección a la Privacidad de las Comunicaciones.

Ahora bien, la LPPC establece tipos penales relacionados con el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. A tal efecto, castiga a aquel que grabe o intercepte comunicaciones y a quien lo difunda; a quien instale instrumentos

<sup>17</sup> Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario N° 5.930 del 04 de septiembre de 2009

necesarios para ese fin; al que altere o forje su contenido; y al que mediante el uso de los anteriores procedimientos, perturbe la tranquilidad de otra persona.

Ahora bien, en otro orden de ideas, el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad y a la vida privada, según lo señalamos *ut supra*, derecho este consagrado en el artículo 60 de nuestra Ley Fundamental.

En cuanto a los aspectos de la intimidad y vida privada, cabe señalar que la intimidad de una persona lo constituye su esencia marcadamente individual, es decir, es la constitución del individuo, del ser, desvinculado de cualquier aditamento, más que la identidad propia y desarrollo de su personalidad; en tanto que la vida privada es un derecho que tiene toda persona, y como tal garantizado, de desarrollar sus facultades para el desenvolvimiento de esa personalidad, de hacer, incluso, del conocimiento público o no, aquello que considere pertinente. Ambos aspectos están relacionados y dependen uno del otro ya que para su goce y ejercicio deben ser garantizados y protegidos constitucional y legalmente.

En efecto, si la vida privada es un área de la vida que se desenvuelve en un círculo cerrado de personas, constituido por un conjunto de bienes jurídicos que, para el individuo, lo caracterizan y fungen de desarrollo de la personalidad, entonces es claramente entendible que la intimidad forma parte de la vida privada, en tanto y en cuanto forma parte de aquella esfera de la vida personal que implica una exclusión de los demás.

Así pues, la intimidad como derecho fundamental, tiene la facultad de excluir a los demás individuos de la esfera personal, de rechazar cualquier intromisión de terceros en la vida privada de otro, tanto en lo relativo a la libertad del conocimiento adoptado por la persona, como a la publicación de este cuando lo juzgue oportuno y conveniente.

Ahora bien, como señaláramos anteriormente, la vigente Constitución establece no solo el secreto sino también la inviolabilidad de las comunicaciones en todas sus formas, incluyendo el expreso mandato de que no pueden ser interferidas, sino por orden de un tribunal competente y en cumplimiento de las disposiciones legales, "(...) *preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso*" (Artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>18</sup>).

### 3. Habeas data. Garantía constitucional y eficacia procesal

Adicional al aspecto penal que se señaló con anterioridad en relación con el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en general, podemos afirmar que cuando se produce una situación que en la que se intercepta alguna comunicación, se ingresa arbitrariamente a la vida privada o íntima de las personas. En relación

<sup>18</sup> CRBV. *Ibid*

con lo mencionado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 14 de marzo del año 2000, referida al habeas data, señaló lo siguiente:

... Aunado al derecho de acceso a la información y al requerimiento de cuáles son sus fines, las personas también pueden usar otros derechos que nacen del mencionado artículo 28 constitucional y que están referidos a la información sensible, que es aquella que realmente afecta en sus derechos al peticionante. Así pueden solicitar: 1) la actualización de los datos e informaciones, a fin de que se corrija lo que resulta obsoleto o se transformó por el transcurso del tiempo, 2) la rectificación de los errores provenientes de datos e informaciones falsas o incompletas, sin reparar si los asuntos corresponden a errores dolosos o culposos de quien los guarda, 3) la destrucción de los datos erróneos, o que afecten ilegítimamente los derechos de las personas (como lo sería mediante ellos ingresar arbitrariamente en la vida privada, o íntima, de los individuos, recopilando datos o informaciones personales; o aquellas que permitan obtener ilegítimamente un perfil del individuo, por ejemplo, que afecte el desarrollo de su personalidad). Este derecho, permite al reclamante optar entre la rectificación o la exclusión del dato erróneo. En estos tres supuestos, el solicitante debe previamente conocer el contenido de lo registrado a fin de que pueda hacer valer los derechos de actualización, rectificación o destrucción, lo que supone un acceso previo. Además, los tres derechos conllevan a que el accionante pruebe, según cuál sea su pedimento, la existencia y falta de actualización de la información; o el error de lo compilado, que permita al juez ordenar la rectificación; o la adquisición ilegítima de la información y datos, así como la falsedad del asiento en el registro que se pide que se destruya. Ante los alegatos del accionante en cualquiera de estos sentidos, debe admitirse y recibirse la contradicción del accionado, y una litis con contradictorio regular debe existir para dirimir estas controversias, las cuales pueden tener actividad probatoria plena y en lugares distintos al de la sede del tribunal y hasta fuera del país<sup>19</sup>.

El habeas data significa bajo esta noción, autodeterminación o control de la información también llamada libertad informática, debido al uso que de la información personal puedan hacer los demás, no sólo por un problema de intimidad o privacidad, sino por el simple hecho del control de los datos personales o patrimoniales, o el simple acceso a los archivos de la administración para recabar información individual o de interés para comunidades o grupos de personas.

Esta función del habeas data en cuanto a la autodeterminación informativa, se nos presenta igualmente como un medio o una garantía eficaz para la tutela y defensa de otros valores constitucionales, tales como la privacidad, intimidad, propia imagen, honor, reputación, entre otros. Cuando tales bienes o valores se ven infringidos o amenazados se dispone de un mecanismo breve, sumario y

<sup>19</sup> <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/jurisprudencia.shtml>. acceso: 26-11-2011

eficaz para lograr la rectificación de la información, o su transmisión cuando sea de tal grado que afecte notablemente los derechos de la personalidad.

Las nuevas técnicas de la información automatizada constituyen una seria amenaza para los derechos de la personalidad, y el habeas data es el remedio jurídico para posibilitar la garantía del contenido esencial de los mismos frente a la injerencia, legítima o ilegítima, de los medios tecnológicos en el ámbito privado.

Es por ello que, cuando se trata de datos sensibles, los cuales constituyen información relativa y superpuesta en los derechos de la personalidad, podemos afirmar que el derecho de rectificación o anulación de la información contenida en ficheros públicos o privados, constituyen no sólo una concreta manifestación del ejercicio del derecho fundamental de autodeterminación informativa, sino también la herramienta procesal adecuada para la defensa de los derechos de la personalidad.

Entonces, mediante este mecanismo procesal, tal como se desprende de la norma, la persona legitimada puede:

1) Solicitar la actualización de los datos sobre su persona o sobre sus bienes, si la información hubiese cambiado o no se ajusta a la verdad por haber cambiado las circunstancias desde el momento en que tales datos fueron compilados. El derecho de rectificación si la información personal (individual o patrimonial) fuere errónea o incompleta.

2) Solicitar la destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. En el caso que nos ocupa, es decir, en aquellas situaciones en que se ha violentado o menoscabado el derecho de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones referidas a su interceptación e incluso a su publicidad ilegítima, la necesidad de demostrar que el dato o la información afecta ilegítimamente los derechos de un individuo debe estar acompañada con la demostración de esta situación, es decir, que afecta la vida privada, el honor, reputación, propia imagen, intimidad, por tratarse de datos sensibles, o simplemente que los datos fueron recogidos ilegal o inconstitucionalmente. En estos casos existe, pues, un vicio del consentimiento que debe operar a favor del titular del dato.

Sin embargo, no podemos olvidar que frente a este derecho de autodeterminación informativa y los llamados derechos de la personalidad, también debe reconocerse el derecho del Estado de saber quiénes son sus ciudadanos, donde viven, si trabajan o no, si están inscritos en el registro público, seguro social, censo nacional, etc. El interés general impone que el Estado deba planificar y distribuir la eficacia y efectividad, lo cual supone que el estado debe conocer y, por supuesto, registrar datos esenciales de sus ciudadanos.

El procedimiento que regula el habeas data está contenido y desarrollado en los artículos 167 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>20</sup>,

<sup>20</sup> Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.484 del 10 de agosto de 2010

observado su cumplimiento dentro de los principios de gratuidad, simplicidad, economía, uniformidad, inmediación, oralidad y realidad en el cual no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

En este sentido, el habeas data se presentará por escrito ante el tribunal de municipio con competencia en lo Contencioso-Administrativo y con competencia territorial en el domicilio del solicitante, conjuntamente con los instrumentos fundamentales en los que se sustente la pretensión (artículo 169 LOTSJ). Luego de la admisión de la demanda el tribunal ordenará al supuesto agravante que presente informe sobre el objeto de la controversia dentro de los cinco días siguientes a su notificación (...), en cualquier caso el tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 170 LOTSJ). De esta manera una vez que sea recibido el informe o sean evacuadas las pruebas que hubieren sido ordenadas por el tribunal, transcurrirán tres días para que el solicitante formule observaciones. Tras la conclusión de este lapso, el tribunal decidirá dentro de los cinco días siguientes (...) (artículo 171 LOTSJ).

Con base a lo anterior y sustanciado el procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 172 de la LOTSJ, la sentencia que declare con lugar el habeas data ordenará al o la agravante de forma inmediata la exhibición, supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o uso correcto de los datos, según corresponda. Quien incumpliere con esta orden será penado o penada con prisión de seis meses a un año, a cuyo efecto el tribunal oficiará al Ministerio Público para que inicie la averiguación penal correspondiente.

Las nuevas técnicas de la información automatizada constituyen una seria amenaza para los derechos de la personalidad, y el habeas data es el remedio jurídico para posibilitar la garantía del contenido esencial de los mismos frente a la injerencia, legítima o ilegítima, de los medios tecnológicos en el ámbito privado.

## VI. Justificaciones y principios para que se cree una legislación en Venezuela sobre protección de datos personales.

La necesidad de crear en Venezuela una legislación específica y uniforme relativa a la existencia de una ley de protección de datos personales vendría a garantizar los derechos fundamentales de las personas en cuanto a la intimidad, al honor, propia imagen, reputación, privacidad de las comunicaciones.

El avance de las tecnologías de la información, sobre todo de Internet, representa para los individuos unos escenarios en cuya dimensión sus datos personales están en constante riesgo, ya sea por la intromisión o injerencias indebidas a la privacidad de las comunicaciones, a la intimidad familiar o personal, la manipulación implícita o explícita de la información concernientes a las personas, la transmisión no consentida de datos con el consiguiente perjuicio moral y patrimonial, en fin, todas aquellas acciones u omisiones, deliberadas o no que podrían llegar a vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, de establecerse un marco jurídico de protección de datos personales y de regulación de las conductas que se encuentren incursas en actos constitutivos que originen la posible vulneración de esos derechos, dentro del ámbito de un Estado constitucional de derecho, democrático, social y de justicia, los ciudadanos y cualquier persona de tránsito en nuestro país, tendrían garantizados abiertamente todos sus derechos y el ejercicio y goce de éstos contarían con la suficiente seguridad jurídica de protección.

Por lo cual, y tomando en consideración el tratamiento de los datos personales que se ha dado en otros países, mediante la aplicación del Derecho comparado, me permito proponer por la necesidad, pertinencia y uniformidad de la materia para la creación, en nuestro país, de una legislación sobre la protección de datos personales, a partir de los principios estudiados por el autor Cristos Velasco<sup>21</sup>, y que analizados los mismos, dentro de este contexto, son del tenor siguiente: principios:

1. El principio de "limitación en la obtención de datos", consistente en la imposición de límites para la obtención de datos personales a través de medios apropiados y legales haciendo del conocimiento a la persona y obteniendo de ella el debido consentimiento;
2. El principio de "calidad de los datos", consistente en la importancia de asegurar la exactitud, totalidad y actualización de los datos. La originalidad de los datos personales guarda relación con su legitimidad y autenticidad, lo cual es garantía de certeza y pulcritud, por ello en la recepción de los mismos deben ser recolectados por medios idóneos y no fraudulentos e ilícitos.
3. El principio del "propósito de descripción", consistente en especificar el propósito de recabar información en el momento en el que se lleva a cabo la recolección y el subsecuente uso limitado del cumplimiento de dichos propósitos u otros que no sean incompatibles con aquellos propósitos especificados en cada ocasión;
4. El principio de "confidencialidad", consistente en no divulgar los datos personales o aquellos utilizados para propósitos distintos a los contemplados en el principio anterior, excepto:
  - el consentimiento otorgado por la persona;
  - mediante el órgano jurisdiccional o la autoridad debidamente competente por la ley.
5. El principio de "protección a la seguridad", consistente en proteger los datos personales e información, mediante mecanismos razonables de seguridad en contra de riesgos tales como pérdida, acceso no autorizado, destrucción, utilización, modificación o divulgación de datos;

21 Ver en VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Privacidad y protección de datos personales en Internet*, Ob. Cit., pp. 7-10.

6. El principio de "imparcialidad", consistente en establecer políticas generales de imparcialidad sobre desarrollos, prácticas y políticas con respecto a los datos personales, asegurando la transparencia en el proceso de obtención de información y estableciendo los propósitos para su utilización;

7. El principio de "autodeterminación informativa", consistente en el derecho que tiene un individuo de acceder a la información de sus datos personales e indagar sobre el uso que se les da a los mismos, ser informado previamente y de modo expreso, preciso e inequívoco sobre el tratamiento general y particular que se les da a sus datos personales; obtener del controlador de datos la confirmación del destino que se le da a sus datos personales; que el controlador de datos se lo haya comunicado en un tiempo y forma razonable; obtener respuesta del controlador de datos si una solicitud le ha sido negada y tener la posibilidad de impugnarla; tener la posibilidad de impugnar datos personales y si la impugnación resulta exitosa solicitar que los datos sean eliminados, modificados, rectificados o complementados;

8. El principio del "consentimiento de la persona", consistente en la necesaria condición pre-existente otorgada de manera inequívoca por el individuo para el tratamiento de sus datos personales que implique la publicidad, manipulación, transmisibilidad, etc., y

9. El principio de "responsabilidad", consistente en la responsabilidad del controlador de datos de cumplir efectivamente con medidas suficientes para implementar los ocho principios anteriores.

## VII. Conclusiones

De la temática desarrollada sobre la protección de datos personales en Internet y los derechos fundamentales, pueden inferirse las siguientes conclusiones:

1. Partiendo de la comprensión que los derechos tales como la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor, propia imagen, reputación, son derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales y que tienen una vigencia importante en los Estados democráticos, pues el goce y ejercicio de estos, comporta la libertad, el desarrollo y desenvolvimiento de los individuos; la injerencia e intromisión indebida de estos por parte de terceros sin la autorización de sus legítimos titulares, de manera directa e indirecta, o a través de cualquier medio, haciendo uso de las tecnologías de información, además de generar una violación a garantías de orden constitucional, produciría perjuicios a las personas, no solamente desde el punto de vista moral sino patrimonialmente.
2. Debe señalarse que estos derechos, por ser fundamentales, tienen que ser tutelados por el Estado, no solamente porque se les reconozcan en los textos constitucionales, sino en todo el ordenamiento jurídico, debiéndose crear,

además, los institutos y mecanismos de carácter procesal para hacerlos respetar, pues, originalmente constituyen en específico el núcleo de identidad de la personas, la historia de su creación, sus patrones y antecedentes individuales, sus costumbres, modos de vida, propósitos y proyectos, en fin, todo un memorial, acerca de la persona y su personalidad en cuyo seno está contenida toda clase infogenética de información personal, familiar, social, profesional, etc.

3. El tratamiento de datos personales ha merecido una especial atención, sobre todo en los países miembros de la Unión europea donde se ha otorgado especial atención a la tutela de este derecho, incluso más allá de las fronteras a través de la protección en el denominado "flujo transfronterizo de datos e información". Sin embargo, también hay que decir que no todos los países han mantenido los criterios uniformes en cuanto al tratamiento de datos de carácter personal, evidentemente existen disparidades legislativas. En el caso de Estados Unidos de América, podemos afirmar que, contrario a los países europeos, tiende, en efecto, a ser un centro de empresas donde en el tratamiento de datos personales se rige por los principios de la autorregulación, como mecanismo de control en lo relativo a los aspectos de la privacidad, es decir, si bien cuentan con un marco jurídico en algunos sectores en general predomina una política de autorregulación.
4. En el ámbito latinoamericano, ciertamente se han venido haciendo esfuerzos a través de la Organización de Estados Americanos y del Instituto Jurídico Interamericano desde la década de los noventa para lograr incorporar dentro de las legislaciones de los países miembros del cono sur una Convención Americana sobre Autodeterminación informativa. En este sentido, el fin de la Convención sería garantizar, en cada Estado parte, a cualquier persona física o jurídica sea cual fuere su nacionalidad o residencia el respeto a sus derechos fundamentales, su derecho a la determinación informativa; y a diferencia del modelo europeo se pretende que la Convención sea de aplicación también a los datos de las personas naturales o jurídicas o a sus bienes que figuren en registros, ficheros o bancos de datos de los sectores público y privado sean estos automatizados o manuales.
5. Cabe mencionar igualmente, que en la normativa interna de los países latinoamericanos a partir de 1988 se incluyó en los textos constitucionales la garantía de habeas data con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales; sin embargo, aun siendo este instituto de protección de datos personales garantía constitucional de todo ciudadano, tiene una limitación personal, puesto que no cubre el resto de los principios conocidos en la Directiva europea, es decir, no cuenta con mecanismos de prevención y control respecto al uso y destino que se le puedan dar a los datos personales.

6. Por lo que respecta a Venezuela, nuestro país no cuenta lamentablemente dentro de su ordenamiento jurídico con una ley de protección de datos personales que, en específico, garantice legal y procesalmente los derechos fundamentales relativos a la privacidad - en cuanto datos personales-, y todo lo que ello implique, honor, intimidad, propia imagen, reputación. Hasta ahora, los métodos de regulación jurídica empleados para la protección de datos se basan en la protección constitucional mediante la aplicación del habeas data, cuyo procedimiento se regula a través de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. También puede mencionarse que los aspectos relativos a la privacidad de las comunicaciones encuentran amparo en algunas leyes como la Ley sobre Protección Privada de las Comunicaciones y la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos, cuyo régimen sancionatorio, al tratarse aquellos asuntos que impliquen la violación de la privacidad de las comunicaciones, es doblemente punitivo, pues trae como pena la prisión y la multa, al mismo tiempo.
7. Finalmente, a pesar de que existen ciertos métodos de regulación jurídica para abordar los problemas que impliquen violación a la privacidad de los datos personales, nuestro contexto no es diferente sobre el avance de las tecnologías de información con relación a otros países, sobre todo los amplios espacios que ha venido ocupando y ampliando la red (Internet), por lo que el marco jurídico debe ir, por lo menos, al ritmo o dinámica de las tecnologías. Ello hace necesario que se tomen en cuenta ciertos principios para la elaboración y sanción de un proyecto de ley en materia de protección de datos personales, como los ya especificados y explicados dentro de este trabajo, de manera de garantizar, dentro de lo que se supone es un verdadero Estado social de derecho y de justicia, los derechos fundamentales de las personas como son la privacidad de sus datos personales y todo lo que ello implica: honor, reputación, propia imagen, intimidad.