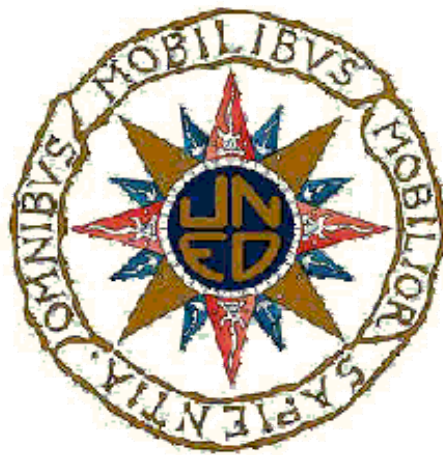


UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO



TESIS DOCTORAL

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN VENEZUELA

**ELIGIO RAFAEL RODRIGUEZ MARCANO
ABOGADO**

2013

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO**

TESIS DOCTORAL

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN VENEZUELA

**ELIGIO RAFAEL RODRIGUEZ MARCANO
ABOGADO**

Director

Dr. D. JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ

Co-Directora

Dra. D^a. MARÍA MERCEDES SERRANO PÉREZ

**MADRID
2013**

A Dios
A Caro
A mis hijos Andrés y Vanesa

A Dios, por permitirme vivir esta hermosa aventura y ser parte de esta excelente universidad.

A mi esposa Carolina, ayuda idónea y fiel compañera, quien junto a mis hijos Andrés y Vanesa han compartido e impulsado este reto y compromiso.

Al Prof. Juan Manuel Goig Martínez, Director y amigo, por su acompañamiento, motivación y dedicación permanente y oportuna.

A la Dra. María Mercedes Serrano Pérez, Co Directora y amiga, por su compromiso, consejos y contribución en la elaboración y cristalización de la presente tesis.

A mi madre Petra, por sacrificar su vida y siempre creer en mí.

A mi suegra Marjorys, por su disposición y tiempo desinteresado.

A Valentina, por su dedicación, coordinación y apoyo en el doctorado.

INDICE

| | |
|---|-----|
| INDICE DE ABREVIATURAS | ix |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I | |
| EL ORIGEN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU INCORPORACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS | 7 |
| I. LA PRIVACY NORTEAMERICANA | 7 |
| 1. Su nacimiento en Norteamérica. | 7 |
| II. LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN ALEMANIA | 18 |
| 1. La sentencia sobre el Censo. | 18 |
| III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA | 32 |
| 1. El artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978: Aspectos generales. | 32 |
| 1.1. El artículo 18.4 ante la intimidad, honor y pleno ejercicio de los derechos. | 40 |
| 2. La doctrina. | 52 |
| 2.1. La libertad informática. Teoría de Antonio Pérez Luño. | 53 |
| 2.2. La autodeterminación informativa. Teoría de Pablo Lucas Murillo. | 61 |
| 3. Las sentencias del Tribunal Constitucional Español sobre la interpretación del artículo 18.4. | 66 |
| 3.1. Primeras sentencias. | 67 |
| 3.1.1. El reconocimiento del derecho a la “libertad informática” y el recorrido hacia el establecimiento del nuevo derecho. | 70 |
| 3.2. Hacia el pleno reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal. | 78 |
| 3.2.1. En cuanto al derecho a la protección de datos y su diferencia con el derecho a la intimidad. | 86 |
| 3.2.2. El objeto de la protección que posee el nuevo derecho a la protección de datos. | 88 |
| 3.2.3. El contenido esencial presente en el nuevo derecho de protección de datos. | 90 |
| 3.2.4. El fundamento del derecho a la protección de datos en el orden internacional. | 91 |
| 3.2.5. Los límites al derecho fundamental a la protección de datos | 95 |
| 4. ¿Libertad Informática, Autodeterminación Informativa o Protección de Datos? | 99 |
| 5. El TC y las sentencias 159/2009 y 173/2011. Una vuelta al tronco común de la intimidad. | 104 |
| CAPÍTULO II | |
| LATINOAMÉRICA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. UNA VISIÓN CRÍTICA | 108 |
| I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, DESDE LA ÓPTICA LATINOAMERICANA. LA NUEVA FIGURA: EL HABEAS DATA | 108 |
| 1. Preliminares. | 108 |
| 1.1. El término: “habeas data o hábeas data”. | 110 |
| 1.2. El habeas data en Brasil. | 112 |

| | |
|---|-----|
| 1.3. El habeas data en Argentina. | 119 |
| 2. Los tipos y los subtipos de habeas data: su expresión práctica. | 127 |
| 2.1. Hábeas data propio. | 128 |
| 2.2. Hábeas data impropio. | 131 |
| II. JUSTIFICACIÓN -EN LATINOAMÉRICA- DE LA CREACIÓN DE UN NUEVO DERECHO. EL HABEAS DATA DESDE LA VISIÓN CRÍTICA | 132 |
| 1. Preliminares. | 132 |
| 2. La visión de Latinoamérica ante el derecho de protección de datos personales. | 135 |
| 2.1. Primera razón: La inestabilidad política y jurídica de la región. | 135 |
| 2.2. Segunda razón: La inexistencia de tratados internacionales regionales, que regulen y unifiquen la visión del derecho a la protección de datos personales de carácter personal. | 141 |
| 2.3. Tercera razón: La incorporación aislada de disposiciones constitucionales y legales que tratan de hacer frente a la informática. | 144 |
| 3. Latinoamérica posee una visión pragmática ante el auge e impacto de la informática y su respuesta ha sido el habeas data. | 163 |
| 3.1. Primera razón: La incorporación de figuras procesales en el ámbito del Derecho Constitucional (Derecho Procesal Constitucional). | 163 |
| 3.2. Segunda razón: Se asume el habeas data como un nuevo derecho o garantía, parte del Derecho Procesal Constitucional. | 166 |
| | |
| CAPÍTULO III | |
| UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO SOBRE LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES | 180 |
| I. LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES EN EUROPA | 180 |
| 1. Preliminares. | 180 |
| 2. El Consejo de Europa. | 181 |
| 2.1. El Convenio 108 para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. | 184 |
| 3. La Unión Europea. | 189 |
| 3.1. La Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales. | 192 |
| 3.2. Otras Directivas. | 197 |
| II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA: ASPECTOS JURÍDICOS DEL DERECHO | 202 |
| 1. Antecedentes. | 202 |
| 2. La Ley de Protección de Datos 15/1999. | 210 |
| 2.1. Los principios del derecho fundamental a la protección de datos. | 215 |
| 2.1.1. El consentimiento. | 215 |
| 2.1.2. El derecho de información. | 223 |
| 2.1.3. La protección de los datos. | 226 |
| 2.1.4. La seguridad de los datos. | 229 |
| 2.1.5. El secreto con los datos. | 233 |
| 2.1.6. La comunicación de datos. | 234 |
| 2.2. Los Derechos. | 239 |
| 2.3. Los datos sensibles. | 247 |
| 2.3.1. Su concepto. | 247 |
| 2.3.2. Su regulación y sus excepciones. | 248 |
| 2.3.2.1. En la Directiva 95/46/CE del Parlamento y el Consejo. | 248 |
| 2.3.2.2. En la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999. | 250 |
| 2.4. Protección: Agencias de Protección | 253 |

| | |
|--|-----|
| III. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y HABEAS DATA EN BRASIL Y ARGENTINA | 258 |
| 1. El caso de Brasil. | 258 |
| 1.1. En cuanto a la oportunidad para proponer el habeas data. | 260 |
| 1.2. En cuanto a la legitimidad para proponer el habeas data. | 261 |
| 1.3. En cuanto a la competencia ante el habeas data. | 262 |
| 1.4. En cuanto al procedimiento del habeas data. | 263 |
| 2. El caso de Argentina. | 264 |
| 2.1. Los principios del derecho fundamental a la protección de datos. | 268 |
| 2.1.1. El consentimiento. | 268 |
| 2.1.2. El derecho de información. | 270 |
| 2.1.3. La protección de los datos. | 271 |
| 2.1.4. La seguridad de los datos. | 272 |
| 2.1.5. El secreto con los datos. | 273 |
| 2.1.6. La comunicación de datos. | 273 |
| 2.2. Los Derechos | 274 |
| 2.3. Los datos sensibles | 277 |
| 2.4. Protección: Órgano de Control | 278 |
| 2.5. Acción de protección: Habeas Data | 280 |
| 2.5.1. Procedencia | 280 |
| 2.5.2. Legitimidad | 281 |
| 2.5.3. Competencia | 281 |
| 2.5.4. Procedimiento | 281 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|-----|
| EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN VENEZUELA | 283 |
| I. Antecedentes constitucionales del derecho a la protección de datos personales en Venezuela. | 283 |
| 1. Evolución constitucional o antecedentes constitucionales del derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela (de 1811 a 1999). | 284 |
| II. Antecedentes jurisprudenciales en Venezuela del derecho a la protección de datos de carácter personal. | 305 |
| 1. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia sobre la interpretación del habeas data. | 305 |
| 1.1. La ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Habeas Data | 324 |
| 2. Las sentencias sobre la autodeterminación informativa y el reconocimiento del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal. El énfasis en el derecho fundamental. | 328 |
| 2.1. La primera sentencia. La autodeterminación informativa. | 329 |
| 2.2. La visión integradora del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal. | 337 |
| III. El contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela. Una aproximación. | 355 |
| 1. La inexistencia de un marco normativo sistémico en materia de protección de datos en Venezuela. | 355 |
| 2. La existencia inicial de una garantía judicial a nivel Constitucional. | 356 |
| 3. El derecho a la protección de datos, autodeterminación informativa o libertad informática en la Constitución de 1999. | 359 |

| | |
|--|-----|
| 3.1. El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, conforme al artículo 20 de la Constitución. | 361 |
| 3.2. El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, conforme al artículo 143 de la Constitución. | 364 |
| 3.3. El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, conforme a los artículos 28 y 60 de la Constitución. | 366 |
| 3.4. El derecho a la protección de datos, autodeterminación informativa o libertad informática. | 381 |
| CONCLUSIONES | 384 |
| BIBLIOGRAFÍA | 405 |

INDICE DE ABREVIATURAS

| | |
|---------------------|--|
| BOE: | Boletín Oficial del Estado. |
| CE: | Constitución Española. |
| Convenio 108: | Convenio 108 para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de datos de Carácter Personal. |
| Directiva 95/46/CE: | Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales. |
| FJ: | Fundamento Jurídico. |
| Ley 25.326: | Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (Habeas Data) de Argentina. |
| LOPD: | Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos. |
| LORTAD: | Ley Orgánica 5/1992 reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos. |
| OEA: | Organización de Estados Americanos. |
| Reglamento: | Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal. |
| SC: | Sala Constitucional de Venezuela. |
| TC: | Tribunal Constitucional Español. |
| TEDH: | Tribunal Europeo de Derechos Humanos. |
| TSJ: | Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. |
| VV: | Varios autores. |

Introducción

La informática y su acelerada penetración en cualquier nivel de nuestra vida, constituye para el hombre en el mundo moderno una marcada dependencia, pero a la vez una indescriptible ventaja que facilita cualquier actividad en la cotidianidad. Si hace sesenta años atrás teníamos un sistema de almacenamiento manual de la información y además personal bajo el ejercicio mental, hoy nuestra vida, nuestra información y nuestros datos constantemente viajan de un lugar a otro, de diversas formas, así como la información se encuentra ante el acceso y manipulación de un buen grupo de personas en el planeta porque su almacenamiento se interconecta con redes de datos de acceso público o privado.

Nuestras actividades, nuestros negocios e incluso nuestras fuentes de trabajo dependen de la informática, por lo cual la ventaja que ella representa y las facilidades que permite, son visible a nivel de los entes del Estado o incluso en manos de los particulares.

Son muchas las ventajas que ella ha traído al mundo de hoy, así como los cambios que ha generado a nivel económico, industrial, social y político. El facebook, el Twitter y otras redes de información, permiten que con el uso de la tecnología y mediante la informática podamos hoy publicar, restringir, acceder, conocer o incluso poder establecer perfiles, describir a las personas y conocer su estadio íntimo o su vida privada. Todo ello ha sido posible mediante el internet y el llamado World Wide Web (WWW), ya que como herramienta de navegación ha permitido la inclusión en la red de textos, audios y videos, así como ha facilitado la creación de bases de datos.

Ese proceso ha llegado a tal grado, que no existen fronteras, representando un desafío para el derecho, vincular la nueva tecnología a diversos conceptos jurídicos, como son: la marca, el dominio, el internet, los derechos de los consumidores, la

violación del derecho a la intimidad, la vida privada, la propiedad intelectual, entre otros.

Es por ello, que el derecho debe apreciarse como una fuente primaria y permanecer como fuente normativa de su existencia (ante la informática), indistintamente que el hombre avance de cara a nuevas estructuras del saber y del actuar. A pesar de las ventajas, el asunto es cómo aprovechar la realidad informática y tecnológica que vivimos y a la vez garantizar los derechos de los ciudadanos que a veces se encuentra en juego frente a su uso y su manejo.

De allí, de la informática –marcada por esa visión positiva-, cuyo progreso y desarrollo es indetenible, pero además de la libertad y de la dignidad de las personas es que emerge un nuevo derecho fundamental, que originalmente se confunde con la intimidad y la vida privada, pero que hoy se concibe bajo una posición autonómica.

Ante esa realidad, el trabajo que a continuación presentamos, tiene como objeto fundamental mostrar una visión preliminar y crítica sobre ese nuevo derecho, denominado *derecho a la protección de datos de carácter personal*, entendido como una nueva cara del derecho y como una simple arista dentro del mundo de la informática, a través del cual podamos comprender su origen, su desarrollo y su regulación en Europa y en Latinoamérica, pero especialmente su reconocimiento en Venezuela.

Ciertamente, Europa tiene un camino andado y mucha experiencia que podemos importar y aprender, especialmente ante la manera como se ha entendido la progresividad de los derechos fundamentales y la incorporación y su regulación a niveles incluso comunitario.

Por ello, esta tesis representa una de las primeras opiniones que se plantean en el país sobre un derecho fundamental que recién ha sido reconocido por el Tribunal

Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, mediante la sentencia Nro. 1318 del 4 de agosto del 2011. Constituye por tanto, una excelente oportunidad para labrar un camino lleno de tantas riquezas, poco explorado, sin regulación especial y vigente en Venezuela a partir de la Constitución de 1999.

Incluso, la mayoría –por no decir todas- de las publicaciones que se han planteado desde el año 2000 en Venezuela, se asocian al habeas data (y por ende al artículo 28 de la Constitución venezolana), con lo cual la reducción del nuevo derecho fundamental ha quedado en la garantía judicial.

No cabe duda que ante tales consideraciones existen razones suficientes que marcan la importancia de nuestra investigación, ante un tema de tal vigencia en Venezuela y que tarde o temprano se tendrá que hacer frente y desarrollar.

Por esas razones, en un primer capítulo, nos hemos enfocado en presentar el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal desde su génesis, esto es, abundar frente a la poca información que se posee en nuestro país. En ese orden y dirección, se expone su nacimiento en Norteamérica con la *privacy*, y la célebre construcción a partir del artículo escrito por Warren y Brandeis, denominado “The Right to Privacy”, publicado en *Harvard Law Review*, en los años 1890-1891, y cómo desde la IV Enmienda de la Constitución de le da ampliación a su contenido. Luego con dicho punto de partida –del cual además se apropia Europa-, analizamos el caso de Alemania, desde la sentencia del Censo en 1983, con la denominación de la *autodeterminación informativa*, y para finalizar el capítulo, se presenta el caso español, que ante la influencia Norteamericana y Alemana constituye un ejemplo interesante de construcción del nuevo derecho de protección de datos de carácter personal desde la conjunción de la doctrina y del Tribunal Constitucional Español.

El segundo capítulo se coloca en Latinoamérica y esa visión distinta desde la cual se realiza el estudio y construcción del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal. Por esa razón el énfasis está en el habeas data, porque dicha

figura representa la génesis del nuevo derecho, pero a la vez ella en la mayoría de los países latinoamericano se ha encargado de suplantarla. En ese sentido, se describe las primeras visiones desde el Brasil, por ser el primer país en establecer su previsión, para luego revisar su asociación desde Argentina, siendo uno de los ejemplos de mayor avanzada. De esta manera, el capítulo nos permite entender la figura del habeas data, las diversas posiciones doctrinarias y los tipos que se proponen desde las Américas. Un segundo asunto que se plantea, son las razones que concebimos y que representan una visión preliminar que trata de justificar el por qué Latinoamérica tomó el camino del habeas data, bajo el sustento político, histórico y democrático y ante las salidas constitucionales que se desarrollan desde la década de los años ochenta.

Esos dos primeros capítulos nos pueden permitir enfocarnos en los antecedentes del derechos y en una comparación necesaria desde Latinoamérica.

Un tercer capítulo propone la visión comparada del derecho a la protección de datos de carácter personal. Bajo ese esquema, el capítulo contiene tres temas fundamentales. El primero tiene que ver con Europa y la existencia de estructuras y el régimen normativo comunitario que en materia de protección de datos de carácter personal se ha construido. Nos referimos al Consejo de Europa y por ende el Convenio 108, así como de la Unión Europea y la Directiva 95/46/CE, mediante los cuales se ha desarrollado el derecho fundamental y se ha adecuando el derecho interno de los países al derecho comunitario. Un segundo tema, tiene que ver con la protección de datos en España y especialmente los aspectos jurídicos del derecho a la protección de datos de carácter personal, con especial énfasis en la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 y su Reglamento 1720/2007, a los fines de apreciar sus principios, derechos y estructura. Y por último, se analiza la protección de datos personales y el habeas data desde la legislación en Brasil y en Argentina, siendo el primer caso imposible de establecer comparaciones ante el carácter procesal que plantea el habeas data, situación contraria en la revisión de la legislación argentina,

toda vez que ella presenta muchas coincidencias y pocas diferencias con la legislación española.

En el cuarto y último capítulo se describe el derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela. Dentro de éste se abordan los antecedentes constitucionales del derecho fundamental, los cuales se encuentran asociados a la vida privada y se plantea la visión que sobre los derechos de la personalidad posee el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional. Un segundo tema tiene que ver con los aspectos jurisprudenciales del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y la revisión de la doble vía asumida por la Sala Constitucional concebidas como el camino procesal basado en el habeas data, y el camino de progresividad de los derechos fundamentales o posición integradora desde la ya indicada sentencia Nro. 1318 del 4 de agosto del 2011, además de plantearse a partir de ella nuestra posición.

En ese orden, la presente investigación permite desde el punto de vista teórico y jurisprudencial establecer el contenido esencial del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela, frente a las diversas tendencias de suplantarlos por vía del habeas data.

Así mismo, con esta investigación hemos querido contrastar y emitir algunas observaciones ante los criterios del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, a los fines de enriquecer la discusión sobre la materia y aclarar las confusiones que presenta, con el objeto de propiciar un estudio más detallado y profundo sobre el nuevo derecho y su garantía, que pueda establecer límites teóricos a las disposiciones jurisprudenciales y legislativas que se puedan plantear en Venezuela.

Por todas estas consideraciones, es que este trabajo se ubica como una investigación teórica que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de una investigación en los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales,

analizados con sentido crítico y temático, esto es, a través de los variados aspectos que las decisiones de los Tribunales puedan tratar y a las consideraciones que haga la doctrina y las diferentes leyes involucradas y nuestros criterios.

Finalmente y de acuerdo a los objetivos establecidos, el trabajo corresponde a un estudio monográfico a un nivel descriptivo, reforzado con el uso del análisis de contenido de naturaleza cualitativa, análisis comparativo y la construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis. Ello permitió hacer un análisis deductivo-inductivo para así cumplir con los objetivos planteados, como se aprecia en los capítulos que ya fueron descritos.

CAPÍTULO I

EL ORIGEN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU INCORPORACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS.

I. LA PRIVACY NORTEAMERICANA.

1. Su nacimiento en Norteamérica.

Para poder hablar sobre el derecho a la protección de datos personales, y entender todo este vasto mundo de incidencias y realidades -pero lógicamente de derechos y de su protección-, no cabe duda que se debe indagar sobre los elementos que describen y explican su origen y especialmente aquellos que permiten su incorporación en los ordenamientos europeos y latinoamericanos.

Los antecedentes sobre el derecho a la protección de datos personales y su nacimiento radican en el concepto de la llamada “*privacy*” norteamericana, conocida también como el derecho a ser dejado sólo o “*the right to be alone*”.¹

¹ Como bien lo señala Serrano Pérez, M. M, en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson, Madrid, 2003, en su pág. 29, el concepto aparece por primera vez bajo el esquema del derecho a la protección ante la informática y específicamente frente al poder de intromisión que para la época tenía la prensa en los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo fue escrito por Warren, S. y Brandeis, L, denominado: “The Right to Privacy”, publicado en *Harvard Law Review*, Vol IV, Nro. 5, Año 1890-1891, págs. 193 a la 220, el cual se encuentra traducido al español, en una edición a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. obra denominada, *El derecho a la intimidad*, de Civitas, Madrid, 1995.

Merece la pena, además, referir el comentario de Piñar Mañas, J. L., en la obra *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos*. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid 2008. Pág. 18, en el que se indica: “Sin perjuicio de construcciones doctrinales anteriores, entre las que destacan sin duda alguna Cooley, T. que en 1888 habló ya de “the right to be alone” y el tantas veces citado (que no siempre leído) artículo de Warren y Brandeis “The Right to Privacy”, lo cierto

De este derecho nace la figura de “*the right to privacy*”, como el “derecho de gozar la vida, o sea el derecho de estar solo”, frente a los ataques, amenazas o asfixia producido por las interferencias de la vida privada o en la esfera íntima ante una sociedad “sometida al control de los medios de comunicación de masa”.²

Lo interesante es que aunque su nacimiento no fue pensado a lo que hoy en día se ha construido y mucho menos habrían imaginado Samuel Warren y Louis Brandeis, que serían autores de necesaria consulta ante la influencia que causó su polémico artículo, es importante comentar las circunstancias que rodearon su publicación y luego poder recoger sus consideraciones, toda vez que como afirma Frosini³ el asunto surge frente a un episodio de la vida privada de Warren, alentado por su imaginación jurídica.

Bajo lo dicho, Herrero-Tejedor⁴ citando a Prosser, relata elementos interesantes del origen del artículo escrito por los dos autores:

es que hasta la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo no se sientan las bases del derecho a la protección de datos tal como hoy la entendemos”.

² Véase Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”. *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre). Pág. 21.

A este respecto, también destaca Ruiz, M. al referirse al derecho a la intimidad, en su obra: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995. Pág. 51. Donde indica que: “...este aspecto ya se encontraba jurídicamente protegido en el continente europeo merced a las antiguas normas que protegían contra la difamación y el libelo, para preservar el honor y buena fama de las personas”.

Sin embargo, como refiere Rebollo Delgado, L, en su libro: *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008. Pág. 34, a pesar de la existencia de disposiciones jurídicas de protección, el asunto Warren y Brandeis de 1890 en los Estados Unidos, “...configura un nuevo derecho que pasará en primer lugar a formar parte del ordenamiento norteamericano a través de la jurisprudencia. Con posterioridad dará el salto a las declaraciones internacionales de derechos, para poco después pasar a los textos constitucionales, fundamentalmente a los europeos.”.

³ Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”... Pág. 21.

⁴ Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2da Edición. Madrid. 1994. Pág. 37.

“Proseer las relata así: la Sra. Warren, hija del Senador Bayard, de Delaware, casada con un joven y adinerado empresario del papel, que sólo un año antes había abandonado la práctica del derecho para dedicarse a los negocios, acostumbrada a dar en su casa de Boston frecuentes fiestas sociales. Los periódicos locales, y en especial la revista “Saturday Evening Gazette”, especializada en asuntos de la alta sociedad, cubrieron la información de las mismas con detalles altamente personales y desagradables. El asunto llegó a su colmo con ocasión de la boda de una de sus hijas, y Warren se molestó seriamente. Fue una molestia –continúa Proseer- por la que la prensa, los anunciantes y la industria del entretenimiento de América tuvieron que pagar costosamente en los siguientes años. Warren acudió a su compañero de estudios en Harvard, Brandeis, que más tarde llegaría a ser Juez del Tribunal Supremo Americano. Ambos publicaron el artículo de referencia, que ha sido considerado como el más sobresaliente ejemplo de la influencia de un trabajo jurídico sobre la Ley americana.”

Como bien lo indica Herrero-Tejedor,⁵ los autores no pretendían realizar un simple estudio teórico, sino buscaban llevar el conocimiento de estos asuntos de la protección de la “*privacy*” ante los tribunales. En ese sentido, y ante una nueva era tecnológica, la “*privacy*” permitiría el cambio y una nueva forma de libertad personal -superando su visión inicial de libertad negativa-, colocándose como una libertad positiva a través del control sobre los datos concernientes a la propia persona y almacenados en archivos públicos o privados.⁶

⁵ *Ibidem*. Pág. 39.

⁶ Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”... Pág. 24. Aquí plantea el autor la llamada “*libertad informática, como derecho de autotutela de la propia identidad informática*”, esto es, el poder controlar los datos personales que consten en bases de datos electrónicas. Se trata de un derecho de disposición sobre sus datos, asemejándolos al derecho que se tiene sobre el mismo cuerpo o el pensamiento o las diversas formas de expresión. Por otro lado, afirma que el derecho a la intimidad no abarca sólo la esfera del derecho privado y del interés patrimonial, sino que también tiene forma parte del derecho político.

Véase también Pérez Luño, A. *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. Navarra. Pág. 32. Aquí el autor describe que “los efectos de uso de la informática sobre la identidad y dignidad humana, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad”.

De manera que, los autores Warren y Brandeis, se plantearon la necesidad que bajo el imperio del Common Law, se ofreciera respuesta a un asunto de su intimidad y la posibilidad de su extensión ante las prácticas seguidas para la época, es decir, ¿cómo las soluciones tradicionales resolverían el conflicto ante la existencia de nuevas situaciones y principalmente ante la alteración de las bases jurídicas sobre las cuales se tutelan derechos de la personalidad? y especialmente “trasladando el centro de gravedad de la cuestión desde una tutela construida sobre los cimientos de la propiedad privada a una nueva construcción cuyo fundamento es la dignidad del hombre y la inviolabilidad de la personalidad humana”.⁷

Lo afirmado se desprende de las palabras de Warren y Brandeis, cuando disponen que este era un:

“principio viejo del *Common law* que el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes; sin embargo, resulta necesario, de vez en cuando, redefinir con precisión la naturaleza y la extensión de esta protección”.⁸

Aun cuando ya se hablaba de un “derecho protegido constitucionalmente”, no estaba reconocido expresamente en la Constitución Norteamericana, ya que existía una ausencia en su base conceptual, sin embargo, mas adelante -bajo la visión norteamericana- la IV Enmienda, establece la libertad de la persona, como la de sus bienes, lo cual permitirá proteger a los ciudadanos frente a la informática o ante

⁷ Véase Martínez Martínez, R. “*Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*”. Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Págs. 66 a la 68. Se advierte que lo colocado en comillas pertenece a la cita realizada a Westin, A. en “*Privacy and freedom*” Atheneum, New York. Págs. 336-337.

⁸ Obra cit. Traducción a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. “*El derecho a la intimidad*”. Pág. 21. Véase también la obra cit. Serrano Pérez, M. M, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 32., cuando afirma que ese concepto tan amplio y poco preciso es lo que permite ampliar su contenido ante los cambios e innovaciones de la tecnología o cualquier otra forma de atentar contra los derechos fundamentales, así como, presenta una mejor solución ante el asunto de la esfera de la persona.

cualquier otro peligro: domicilio, propiedad privada, entre otros. De modo que -y esto es importante resaltarlo-, al no existir un reconocimiento constitucional expreso y detallado de la “*privacy*”, ello no sirvió de obstáculo para que su original concepción fuera trasladada del ámbito del derecho civil (propiedad) a nuevas áreas (personalidad), en los Estados Unidos.⁹

Es importante recalcar algunas de las ideas plasmadas por Warren y Brandeis en su obra, las cuales permiten la ampliación de la visión original:

El primer elemento, se funda en los cambios del mundo actual y su impacto en el contexto jurídico. Destaca, que esto no representa un freno para el derecho norteamericano bajo el imperio del *Common law*, al establecer los autores que:

“Los cambios políticos, sociales y económicos imponen el reconocimiento de nuevos derechos, y el Common Law, en su eterna juventud, evoluciona para dar cabida a las demandas de la sociedad”.¹⁰

“...la hermosa capacidad de evolución que caracteriza el Common Law permitió a los jueces otorgar la protección requerida, sin interposición del legislador”.¹¹

Bajo dichas consideraciones los autores marcan un proceso de evolución en el derecho de propiedad del cual parten, pero además, extendiendo su revisión a otras áreas como el campo de la propiedad intelectual y artística que también pueden verse afectados, llegando luego a la intimidad.¹²

⁹ *Ibíd.* Págs. 30 al 32. Aquí afirma la autora que al no existir ninguna barrera jurídico-constitucional para continuar ampliándola, es posible agregar nuevos contenidos de acuerdo al contexto social.

¹⁰ *Obra cit.* Traducción a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. “*El derecho a la intimidad*”... Pág. 21.

¹¹ *Ídem.* Pág. 25.

¹² *Ibidem.* Págs. 25 y 26, establecen los autores: “Los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y para garantizar al individuo lo que el juez Cooley denomina el derecho “a no ser

El segundo elemento que resaltan es la garantía, la protección y su reparación, ante la violación del derecho a la intimidad. Por lo cual afirman que:

“No existe, ciertamente, duda alguna sobre la conveniencia –más bien necesidad- de algún tipo de protección. La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia”.¹³

“El Common Law garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto puede ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones”¹⁴.

“La existencia de este derecho no depende tampoco de la naturaleza o valor del pensamiento o de la emoción, ni de la calidad de los medios empleados de su expresión. De igual protección disfrutaban una carta intrascendente o unas declaraciones en un periódico que el más valioso poema o ensayo, una chapuza o un pintarrajo que una obra maestra. En cada uno de estos casos, es el autor quien tiene derecho a decidir si lo que es suyo debe salir a la luz pública.”¹⁵

“Si estamos en lo cierto, el derecho vigente proporciona un principio que puede ser invocado

molestado”. Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: “lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos”. Desde hacía años, existía la idea de que el derecho debía proporcionar algún tipo de recurso frente a la circulación de retratos de particulares; pero el peligro de una invasión de la intimidad por los periódicos, hondamente sentido desde hacía tiempo, no fue, sin embargo, debatido por un escritor de talento hasta hace muy poco tiempo. Y hace unos meses, las alegaciones presentadas ante un tribunal inferior de New York, en un caso de cierta notoriedad, hacían ya consideraciones expresas sobre el derecho a la circulación de retratos: nuestros tribunales, muy en breve, tendrán que entrar a considerar si el derecho reconoce y ampara la intimidad en éste y en otros aspectos.”

¹³ *Ibíd.* Pág. 26.

¹⁴ *Ídem.* Pág. 31.

¹⁵ *Ibídem.* Págs. 32 y 33.

para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos”.¹⁶

De manera que, este derecho a proteger era la “*privacy*” con un contenido mayor al derecho de propiedad, con la posibilidad de ampliación ante el Common Law, y donde no solo se podía incorporar la propiedad intelectual, u otra forma de expresión de sentimientos y emociones, sino también la intimidad de los individuos, poseedores absolutos de la decisión de disponer sobre la información y su divulgación pública o no.

En tercer lugar, se amplía la visión de los derechos tutelados, bajo el amparo de la intimidad, al indicar:

“...por tanto, llegamos a la conclusión de que los derechos así tutelados, cualquiera que sea su exacta naturaleza, no emanan de un contrato o de una especial buena fe, sino que son derechos erga omnes,¹⁷

“...el principio que se ha aplicado al amparar estos derechos no es en realidad el principio de la propiedad privada, por más que esa palabra sea empleada en un sentido amplio y poco usual. El principio que tutela los escritos personales y cualquier otra obra producto del espíritu o de las emociones es el derecho a la intimidad, y el derecho no necesita formular ningún principio nuevo cuando hace extensivo este amparo a la apariencia personal, a los dichos, a los hechos y a las

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 46.

Véase también la obra citada de Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Pág. 71. El autor establece que Warren y Brandeis aducen casos de la jurisprudencia inglesa que de alguna manera sustentan sus ideas y extensión hacia el área de la intimidad.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 59.

relaciones personales, domésticas o de otra clase”.

¹⁸

Por lo tanto, por vía de la privacy se ampara a las personas en el ámbito de su intimidad, ante la visión actualizada que permite el Common Law, por lo que sobre este derecho no será necesario legislar, porque no se trata de la creación de un nuevo derecho, sino que se integra a la privacy y su evolución ante las tendencias actuales del uso moderno (fotografías, prensa, grabaciones, reproducciones).

En cuarto lugar, establecen las limitaciones que presenta el derecho a la intimidad, al disponer que:

- 1) “El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general”.
- 2) “El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación y libelo, sería calificada de información privilegiada”.
- 3) “El derecho no otorgaría, probablemente, ninguna reparación por violación de la intimidad cuando la publicación se haga en forma oral y sin causar daños especiales”.
- 4) “El derecho a la intimidad decae con la publicidad de los hechos por el individuo, o con su consentimiento”.
- 5) “La veracidad de lo que se publica no supone una defensa.”
- 6) “La ausencia de malicia en quien hace público algo no constituye una defensa”.¹⁹

¹⁸ Ídem. Pág. 59.

¹⁹ Ibídem. Págs. 62- 70.

Bajo dicho criterio, no se está frente a derechos absolutos o la negación de otros, sino en la ampliación de un concepto que necesita adaptarse a las nuevas realidades y que imponen una verdadera protección de parte de los tribunales, entendiendo sus límites.

Finalmente, plantean con base a las leyes de difamación y de la propiedad literaria y artística, sugerencias ante la reparación por violación del derecho a la intimidad: ²⁰

- 1) Indemnización por daños en todos los casos o una compensación en casos de agresión.
- 2) Un número de casos limitados a la ley penal mediante una ley formal.

Es interesante que al finalizar su artículo, los autores Warren y Brandeis señalan o establecen un reto para los tribunales norteamericanos de la época, ante una visión de evolución, pero a la vez de apertura al cambio y las nuevas tendencias, al expresa que:

“El common law ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo, inexpugnable a veces, incluso por los propios funcionarios encargados de ejecutar su órdenes. Cabe, pues, preguntarse ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?”.²¹

A partir de lo comentado, la nueva visión de la *privacy* colocaba a los ciudadanos a ser protegidos en esferas distintas a las previstas y ante situaciones que en principios no estaban contempladas, pero que se lograrían con la IV Enmienda.²²

²⁰ *Ibidem*. Págs. 70-73.

²¹ *Ibidem*. Págs. 72-73.

²² Sin embargo, sus planteamientos y configuración como nuevo derecho no fueron aceptadas de manera inmediata y unánime, sino que dieron origen a un debate doctrinal y jurisprudencial

Por ello, el *right to privacy*, no representa sólo el derecho de proteger la esfera personal de intimidad, sino que hoy abarca la posibilidad de disponer libremente sobre la información que procesan otros y almacenan, independientemente si son particulares o la misma administración.²³ De manera que, con la utilización de la IV Enmienda el concepto de la *privacy* se extendió (llevándolo incluso más allá de los derechos de la personalidad) y ese antecedente, sin lugar a duda marcó el nacimiento del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal.

Con todo lo dicho la protección de datos se plantea como una innovación, en el contexto y marco del derecho anglosajón, cuya existencia la permite el sistema Constitucional Americano, aun sin estar expresado en él, pero sí dentro de su espíritu, propósito y razón de ser, cuyo espectro se circunscribe en la *privacy*,²⁴

importante. En el caso doctrinal, Prosser, no vio a la *privacy* como un fenómeno unitario, sino que lo planteó como un ente complejo con cuatro distintos agravios [*tort*]. También se distingue la teoría de Westin, quien aplica la *privacy* como facultad de control sobre la información personal [*informational privacy*]. Lo mismo ocurrió en la jurisprudencia norteamericana sobre la *privacy*, donde resaltan su paso por casi medio siglo, periodo que culminó con el reconocimiento constitucional del derecho a la *privacy*, bajo el esquema de “*las sombras y penumbras*”, y de distintas enmiendas a la Constitución y la cláusula de apertura a la incorporación de nuevos derechos. Este comentario parte de la obra citada de Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Págs. 73-133.

Véase también Murillo, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos. Madrid, 1990. Pág. 65. Aquí se expone que no fue sino hasta 1965 en la sentencia *Griswold v. Connecticut* cuando se concibe de manera específica, la existencia del derecho a la intimidad, y ya aquí no se apoyan en las “afirmaciones textuales de las enmiendas constitucionales, sino en un derecho a la intimidad genérico, deducible, por vía interpretativa, de la propia Constitución.”.

²³ Así lo afirma Frosini, V. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio (Los derechos humanos en la era tecnológica)*. Monografías jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid, 1996. Pág. 94.

²⁴ De hecho, como opina Orti Vallejo, A. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Comares. 1994. Págs. 45 y ss: el asunto no se agota allí, porque dentro del mismo contexto americano se ha planteado la llamada teoría de la *privacy* y sus diversas vertientes, a saber: la ya indicada y sostenida por Warren y Brandeis; la segunda, la cual utiliza la fórmula de *information control*, para así caracterizar el concepto de *privacy* (sostenida por Westin), quien se encarga de definirla como “el derecho de los individuos”, grupos o instituciones para determinar por sí mismo cuándo, cómo y con qué extensión la información acerca de ellos es comunicada a otros” (la cual presenta el problema de su extensión, además de plantear a los grupos e instituciones); y la tercera, conocida como la fórmula económica de la *privacy* (sostenida por Posner), es decir, la retención de información dependiendo del contexto comercial y personal, enfoque que dependerá de la condición económica, escapando del valor personal. En esa base se sitúa su crítica.

entenderla como un concepto amplio de protección que va más allá incluso que la intimidad.

Ahora bien, ese antecedente luego fue trasladado a Europa y a Latinoamérica -con un resultado diferente-, debido a que al tratar de asimilar el concepto y trasladarlo a las legislaciones se toma como referente a la intimidad o a la vida privada, cometiéndose así un error, porque la *privacy* no corresponde (en Estados Unidos) a un concepto unitario, mientras que los conceptos de intimidad y vida privada predisponen o limitan a priori tal situación, haciendo sumamente difícil la tarea.²⁵

Así mismo, una vez incorporada la idea a las legislaciones y ante un sistema distinto al *common law*, no existe un acuerdo entre lo que se entiende por intimidad, vida privada y esfera privada, ámbito íntimo o privacidad, empleándolas de forma indistinta. De modo que, en el ámbito anglosajón con facilidad se emplean términos como la *privacy* para referirse al derecho de la privacidad, y al mismo tiempo se ha extendido su aplicación al ámbito de lo íntimo tratando de evitar la intromisión de la esfera personal,²⁶ no siendo así en el ámbito europeo o incluso el latinoamericano.

A tal punto se han incluido en las legislaciones europeas y latinoamericanas y traducciones descontextualizadas, donde se ha perdido de vista el verdadero sentido

²⁵ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*. Págs. 34 y 36. De acuerdo a Serrano, no es el trasladar la *privacy* a nuestros derechos, sino que su asimilación es inexacta en el derecho europeo, porque en dicho continente no existe un derecho de amplitud igual a la *privacy*, por lo cual todo ello generó o produjo dos soluciones: Una nueva categoría para la protección de datos, lo cual no siempre posee una previsión constitucional, y la segunda extiende la idea de la intimidad y privacidad del mismo modo que se amplió la *privacy*, lo cual es un error –de acuerdo a la autora-. Así mismo, como bien afirma la autora al citar a Martinotti, G. (pág. 36), “la *privacy* en versión americana agrupa una variedad y complejidad de contenidos que no son asimilables a ninguna única figura existente en el idioma latino”.

Véase también López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Dykinson. Madrid. 1996. Pags. 169 a 178;

También, el artículo publicado por Rebollo Delgado, L. en Torres del Moral, A. (Coord.) y otros. *Libertades informativas*. “El derecho a la intimidad”. Colex, Madrid, 2009. Págs. 257-261.

²⁶ Martínez de Pisón Cavero, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Madrid, 2005, Págs. 27-35.

de los principios, circunstancias y realidades que llevaron al nacimiento y construcción de la *privacy*, encasillando de ésta manera el concepto de intimidad, pero además, perdiendo de vista el derecho que emerge de su nacimiento, cuya dinámica o cambios del entorno permiten su actualización y nueva definición, lo cual no ocurre con facilidad en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos.

Sin embargo, si bien la visión anglosajona marcó el punto de partida y el inicio hacia la nueva construcción del derecho a la protección de datos de carácter personal -con la posterior incorporación en Europa y Latinoamérica-, el hecho es que también a nivel judicial existen antecedentes que van a marcar el futuro de dichas legislaciones y que permiten su discusión a nivel constitucional.²⁷ Tal es el caso de la sentencia sobre la Ley del Censo de 1982, en Alemania.

II. LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN ALEMANIA.

1. La sentencia sobre el Censo.

Al hablar del derecho a la protección de datos de carácter personal, y poder apreciar su incorporación en el ordenamiento Europeo y Latinoamericano, es esencial conocer el caso Alemán, a través del cual se establece el derecho a la autodeterminación informativa (*“informationelle Selbstbestimmungsrecht”*). Dicha construcción permite afirmar, que no existe expresamente reconocimiento en

²⁷ Véase Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L., en *El derecho a la autodeterminación informativa* (“La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”, escrito por Murillo de la Cueva, Pablo Lucas). Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 17. Aquí indica el autor que: “la construcción del derecho que nos ocupa ha sido fruto también de varios factores. No son otros que los vinculados a una suerte de diálogo entre la doctrina, los legisladores internacionales, comunitario y estatal y la jurisprudencia [...] Así, de las iniciales elaboraciones teóricas que buscaban extender los confines del derecho a la intimidad a toda información personal, se pasó a identificar un bien jurídico autónomo –denominado intimidad informativa, *privacy*, libertad informativa o autodeterminación informativa- sólo en parte coincidente con aquélla, al menos en la noción que de la misma o de la vida privada ha prevalecido en los distintos ordenamientos.”.

Alemania un derecho autónomo a la protección de datos de carácter personal, ni a la vida privada e íntima, sin embargo, todos ellos forman parte de otro derecho fundamental reconocido en el texto constitucional, como es el derecho a la personalidad.²⁸

Para lograr dicha construcción, el Tribunal Constitucional Alemán se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley de Censo (*Volkszählungsgesetz*) de la población de Alemania, aprobada por el Bundestag el 4 de marzo de 1982 y publicada el 31 de marzo. Y nótese, a pesar de considerarse una ley que no planteaba mayor relevancia e interés en el seno parlamentario, dados los acontecimientos en Alemania para la época²⁹ y la iniciativa de una operación censal gigantesca que exigía de los ciudadanos información personal exhaustiva, el 5 de marzo de 1983 fue presentado un recurso de amparo constitucional, contra la Ley del Censo, invocando que la misma lesionaba los artículos 1, 2, 5, y 19 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) de 1949, es decir, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad, la libertad de expresión y las garantías procesales.³⁰

Ante dicha solicitud, el Tribunal Alemán no sólo admite dicho recurso sino que dicta una sentencia cautelar de suspensión provisional de la Ley vigente hasta la

²⁸ Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Titant Lo Blanch. Valencia. 2006. Pág. 382.

Véase también la obra citada: Murillo de la Cueva, P. L. y Piñar Mañas, José Luis, en *El derecho a la autodeterminación informativa* ("Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro", escrito por Piñar Mañas, José Luis). Pág. 90. Aquí afirma el autor que "A partir de la sentencia, que incorpora a los principios esenciales del derecho a la privacidad el del consentimiento, tal derecho y el derecho a la protección de datos ya no fueron lo mismo en Europa. Aunque todavía faltaba mucho por andar."

²⁹ La llamada crisis de los misiles y la manera inconsistente como el Estado ocultaba su ubicación, de acuerdo a lo indicado por Heredero Higuera, M. La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del Censo de Población de 1983. *Documentación Administrativa*, Nro. 198. Pág. 41.

³⁰ Principalmente, porque con ella se obligaba a los ciudadanos a contestar enormes cuestionarios y la obligación de su respuesta (aproximadamente unas 160 preguntas), bajo la amenaza de imponerles sanciones de carácter pecuniario (que podían alcanzar los 10.000 marcos).

resolución definitiva, y el 15 de diciembre de 1983³¹ procede a dictar la sentencia de fondo acogiendo en buena parte la argumentación de los recurrentes y anulando parcialmente la ley que se impugnaba. En ese orden, la sentencia es sumamente rica, toda vez que plantea el derecho a la **autodeterminación informativa** como derecho vinculado con el derecho a la personalidad previsto en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn³², en concordancia con el artículo 1.1. de la misma.³³

Lo mencionado se desprende de las líneas directrices de la sentencia, la cual establecer:

“1. En las condiciones de la elaboración moderna de datos, la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión ilimitada de sus datos personales queda englobada en el derecho general de protección de la persona del artículo 2º, párrafo 1, en relación con el artículo 1º, párrafo 1, de la Ley Fundamental. El derecho constitucional garantiza en esta medida la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y la utilización de los datos referentes a su persona.”³⁴

En palabras de Arenas Ramiro, la mencionada sentencia pone el punto final a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional Alemán –hasta la fecha-, iniciada con el caso *Elfes* y que continuó con los casos *Mikrozensus* y *Eppler*, en

³¹ La mencionada sentencia, se encuentra traducida al español por Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (IV Jurisprudencia Constitucional Extranjera)*. número 33. 1984. Págs. 126 a la 170.

³² La *Grundgesetz* en el artículo 2.1 establece que: “Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuanto no lesionen los derechos ajenos y no contravengan el orden constitucional establecido o las buenas costumbres.”.

³³ La *Grundgesetz* en el artículo 1.1 dispone que: “La dignidad del ser humano es inviolable y es obligación de todos los poderes estatales respetarla y protegerla.”.

³⁴ Obra cit. Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

donde se fue abandonando la Teoría de las Esferas,³⁵ transitando hacia el tronco común, basado en el derecho a la personalidad.

Así lo ratifica la sentencia en las mismas líneas directrices, cuando se indica que:

“5. Las normas de transmisión prevenidas en el artículo 9º, párrafos 1 a 3, de la Ley del Censo de 1983 contravienen el derecho general a la personalidad...”³⁶

En ese mismo orden, existen aspectos que incidieron en la posición del Tribunal, que corresponden tanto a un orden social y político, como a un orden legislativo. Y es que el contexto en el cual emerge la sentencia, es en un ambiente de una nueva ley de censo dentro de una sociedad sensible a estos asuntos, tanto en la elaboración y participación en censos, el manejo de sus datos, su información personal y principalmente el uso dado por los poderes públicos, lo cual denotaba que para la época, la sociedad alemana ya percibía un profundo temor y desconfianza ante la evolución tecnológica y su impacto en el ámbito personal, así como, la manipulación que sobre los mismo podrían hacer las entidades públicas, lo

³⁵ Véase obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 396. En la obra se reflejan el inicio de la teoría de las esferas (*Die Sphärentheorie*) a través del caso *Elfes*, donde se concibe un “ámbito intangible de la vida humana”. En dicha teoría se distinguía: 1) La esfera más interna, la que representa la parte interna o íntima de la vida privada, 2) la esfera privada amplia, la cual no pertenece a la esfera interna, y 3) la esfera social, que comprende los comportamientos y actividades no comprendidos en la esfera privada. De acuerdo a dicha teoría, el Tribunal Alemán defendió la graduación de la protección de las esferas acorde al ámbito relacionado. Ahora, el asunto de la determinación de las esferas y las garantías permiten el abandono progresivo de la misma y la incorporación de otras visiones como era volver al núcleo o tronco común, esto es, el derecho a la personalidad. Esa superación se inició con el caso *Mikronzensus*, donde el Tribunal Alemán derivó del derecho a la personalidad general, el derecho al respeto de la esfera íntima; o el caso *Eppler*, donde se establece que el derecho a la esfera privada como integrante del derecho general de la personalidad derivaba del artículo 2.1 y 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn. (Véase también las págs. 390-395).

³⁶ Obra citada: traducción de Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

cual constituían temores válidos de la población y suficientes para cuestionar la Ley.³⁷

Pero además, otro asunto es la base sobre la cual se sustenta la concepción del nuevo derecho, se trata de la Constitución, o la Ley Fundamental, a pesar de la existencia de leyes vigentes en materia de datos en Alemania,³⁸ esta Constitución pudo brindar el verdadero soporte jurídico, y el retorno al tronco constitucional como salida a la construcción del nuevo derecho.³⁹

Lo dicho, también se aprecia –una vez más- en las líneas directrices de la sentencia, cuando se dispone que:

“2. Las limitaciones de este derecho a la autodeterminación informativa sólo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho.”⁴⁰

³⁷ Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 396. Así mismo, la finalidad de los datos no era meramente estadísticos, sino que podían ser utilizados por cualquier Administración, siempre que le fuera útil a sus funciones. Véase Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos*. Dykinson, Madrid. 2006. Pág. 25

³⁸ Como fue el caso de la Ley Sobre la Protección de los Datos Contra la Utilización Ilícita de los Datos Personales.

³⁹ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 63. Véase también, Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la persona”. Págs... 26-28. Aquí se hace alusión al Land de Hesse del 7 de octubre de 1970, como la primera Ley sobre protección de los datos (Datenschutzgesetz), principalmente referida a la “esfera del control sobre los acuerdos y procedimientos de la administración pública del Land.”, Ley que proliferó en toda Alemania Federal. Pero también se habla de la Ley sobre protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales, compuesta por 47 artículos y sus anexos, la cual fue seguida por unas 10 leyes análogas de algunos Lander y de Berlín Oeste.

⁴⁰ Obra cit. Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

Es así, como el Tribunal Constitucional Alemán –como ya se ha afirmado- se desplaza y abandona la teoría de las esferas para hacer frente al asunto planteado mediante al tronco común de la personalidad, y luego establecer desde allí la interpretación de los datos personales.⁴¹ Conviene por ello ver las consideraciones que se plantean para la construcción y reconocimiento del derecho a la “autodeterminación informativa y los elementos que lo definen.”⁴²

Lo primero que se plantea el Tribunal Constitucional Alemán, es la existencia de un derecho constitucional a la autodeterminación informativa. Bajo lo dicho, el fundamento del derecho a la autodeterminación es el derecho a la personalidad. El ciudadano necesita del control sobre su información, poder decidir a quién la dará o no, y ello le garantiza su plena libertad, todo lo cual implica el ejercicio y desarrollo del derecho a la personalidad. Ello se expresó así:

“1. a) En la clave de bóveda del ordenamiento de la Ley Fundamental se encuentra el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre. Precisamente a su protección se encamina – aparte de garantías de libertades especiales- el derecho general de la personalidad, garantizado por el artículo 2º, párrafo 1, en conexión con el artículo 1º, párrafo 1, de la Ley Fundamental, derecho que precisamente, a la vista de la evolución moderna y de las nuevas amenazas que lleva aparejada para la personalidad, cobra significación especial [...]”.⁴³

Lo segundo, es que se considera a la autodeterminación informativa, como uno de los elementos indispensables, necesarios, fundamentales para el libre desarrollo de

⁴¹ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 64.

⁴² Seguiremos aquí la propuesta de Arenas, M. en la obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Págs. 397-402.

⁴³ Obra citada: traducción de Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 152.

la personalidad, tanto a nivel individual, como a nivel de la sociedad, cuando se establece que:

“ Ahora bien, la autodeterminación del individuo presupone –también en las condiciones de las técnicas modernas de tratamiento de la información- que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuente con la decisión adoptada. El que no pueda percibir con seguridad suficiente qué informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación. No serían compatibles con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él. [...] Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien jurídico público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos”.⁴⁴

De esta manera, no se aprecia que el ejercicio del nuevo derecho -como expresión del derecho a la personalidad- sea visible en un ámbito individual solamente, porque su plenitud y desarrollo se concibe en el seno social y en esa interacción entre ciudadanos que conviven, que conocen información y que usan la misma y principalmente el impacto jurídico que ello puede producir.

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 153.

Lo tercero que plantea la sentencia, son los límites del derecho a la autodeterminación informativa, porque no se trata de concebirlo como un derecho absoluto e ilimitado, sino que por el contrario puede ser limitado a través de la ley. Será la Ley pues la que debe cuidar su uso y establecer los parámetros que cercarán su ejercicio, además de contener los principios constitucionales necesarios para garantizar el Estado de Derecho y la seguridad jurídica. Esto se expresó así en la citada sentencia:

“ b) Este derecho a la “autodeterminación informativa” no está, sin embargo garantizado sin límites. El individuo no tiene ningún derecho sobre “sus” datos en el sentido de una soberanía absoluta e irrestringible, sino que es más bien una personalidad que se desenvuelve dentro de la comunidad social y que está llamada a comunicarse. La información, incluso en la medida en que se refiera a la persona como tal, ofrece un retraso de la realidad social que cabe asignar exclusivamente al interesado. La Ley Fundamental ha resuelto la tensión individuo-comunidad en el sentido de la referencia y la vinculación comunitaria de la persona, como ya se ha puesto varias veces de relieve en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. [...]

Estas limitaciones necesitan [...] un fundamento legal (constitucional), del que se deduzcan con suficiente claridad y de modo inteligible para el ciudadano los supuestos y el ámbito de las limitaciones y que responda, por lo tanto, al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho...⁴⁵

Un cuarto asunto, tiene que ver con los límites del derecho y su justificación, toda vez que además de la ley, también es posible su limitación tomando como base el interés general. De esta manera, no sólo será el principio de proporcionalidad el que

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 153.

podrá permitir su intervención, sino también el interés general, cuando esté en juego. Ello se aprecia cuando se afirma que:

“El legislador debe, además, tener a la vista en sus reglamentaciones el principio fundamental de la proporcionalidad, el cual se desprende, como principio fundamental revestido de rango constitucional, de la propia esencia de los derechos fundamentales del mismo, que como expresión que son del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo pueden ser restringido por el poder público en tanto en cuanto esto sea indispensable para la salvaguardia del interés general”.⁴⁶

Un quinto aspecto -de una enorme importancia-, corresponde al bien protegido por el derecho a la autodeterminación informativa, estos son, los datos personales. Para ello, el tribunal deduce que los datos personales son aquellas informaciones individuales de una persona identificada o que pueda ser identificable. Allí se encuentran las actas de matrimonio, diarios, informes médicos, grabaciones, entre otros, especialmente porque no existen – como afirma el Tribunal- “datos sin relevancia”, debido a que cualquiera de ellos puede crear un perfil del sujeto. Veamos las consideraciones:

“...De ese modo, un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia, y en esta medida ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ningún dato “sin interés”. ”⁴⁷

Y ya afirmaba que este asunto es de gran importancia, porque además de brindar una dimensión a los datos y su manejo, es que existe incluso una separación muy

⁴⁶ Ídem. Pág. 154.

⁴⁷ Ibídem. Pág. 154.

sensible o sutil entre ellos y la intimidad, porque como lo indica la sentencia: “...*el grado de sensibilidad de las informaciones ya no dependen únicamente de si afectan o no a procesos de la intimidad. Hace falta más bien conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicaciones para el derecho a la personalidad*”.⁴⁸ Porque es allí de donde parte.

Un sexto elemento, tiene que ver con la utilización de los datos personales, es decir, cuál será la finalidad de la recolección del dato, porque bajo el principio de la finalidad, los datos deben ser utilizados para el fin por el cual han sido recogidos, y este debe fijarlo la ley.⁴⁹ Así lo dispone la sentencia la establecer que:

“La utilización de los datos se reduce al objetivo fijado por la Ley. Solo a la luz de los peligros de la elaboración automática de datos resulta imprescindible una protección –fija y de oficio– contra toda desviación de finalidad mediante prohibiciones de transmisión y de aprovechamiento. También son esenciales como precauciones aseguradoras de orden jurídico-procesal las obligaciones de aclaración, información y cancelación.”⁵⁰

En séptimo lugar, se encuentra lo correspondiente a la cesión de datos personales, ello porque los poderes públicos pueden manipular los datos y permitir que su utilización sea distinta a la finalidad para la cual fueron recogidos. Bajo esa consideración, dispone el Tribunal que los poderes públicos no deben entenderse como unidades que poseen información, sino que ellos también están sometidos al

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 154.

⁴⁹ De hecho -como se verá-, corresponde a uno de los vitales principios que posee la protección de datos personales, el cual hoy se recoge a nivel de las legislaciones. A ese principio se suma el de proporcionalidad, del cual se refiere también la sentencia.

⁵⁰ *Ídem.* Pág. 155.

mismo principio de finalidad, por lo que éste permite -mediante el legislador-regular cualquier posible intercambio de datos ante la necesidad real y justificada.

Ello se expresó así:

“Además, el imperativo de la claridad normativa es de significación especial. El ciudadano tiene que saber claramente por el ordenamiento legal que sus datos no se van a utilizar únicamente para fines estadísticos, para qué fines concretos de administración ejecutiva se destinan, si resultan imprescindibles los datos relativos a su persona y que el aprovechamiento de los mismos quedará limitado a dichos fines y estará protegido contra toda autoacusación”.⁵¹

Finalmente, y en octavo lugar, se refiere la sentencia al control de los datos personales, sistema que debe establecer de manera eficaz el legislados, quien atiende a su protección y control. Aquí se plantea la creación de autoridades que puedan de manera independiente asegurar su efectiva protección. Ello se expresa así:

“...para asegurar el derecho de los ciudadanos a la autodeterminación informativa hace falta además en la elaboración de datos de referencia personal, incluso fuera de las oficinas estadísticas, una organización que garantice la sujeción a una finalidad determinada del mismo...”⁵²

En ese orden y dirección, se evidencia que el Tribunal Constitucional Alemán plasma un antecedente inequívoco en la consolidación de lo que hoy se conoce como el

⁵¹ *Ibidem*. Pág. 164.

⁵² *Ibidem*. Pág. 167.

derecho a la protección de datos de carácter personal, pero entendido como un nuevo derecho, el cual es autónomo y se distingue del derecho a la intimidad y privacidad, aunque en algunas circunstancias ambas categorías puedan verse afectadas.

Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional avanzó en la construcción del nuevo derecho –y así se entiende-, resulta que la doctrina no es unánime en entenderlo así, e incluso se discute su autonomía frente al derecho a la intimidad.

De hecho, como señala Herrán Ortiz:

“Resulta innegable, y por ello se hace notar, que el derecho a la autodeterminación informativa se construye a partir del concepto y configuración del derecho a la intimidad o vida privada; puesto que se trata de ofrecer tutela a la persona respecto a sus datos de carácter personal ante una posible utilización abusiva de los mismos mediante la informática u otro tratamiento automatizado...”⁵³

Por ello, más allá de la terminología o la propia discusión doctrinal que se ha generado, lo que sí es innegable es que tanto la construcción del derecho a la autodeterminación informativa, que desarrolla el Tribunal Constitucional Alemán,

⁵³ Con lo cual pareciera no aceptar el tronco común de la personalidad. Véase, Herrán Ortiz, A. I. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos personales*. Dykinson. Madrid, 2002. Pág. 59. Pero además, el asunto ha llevado a mantener incluso dos posturas en este aspecto, es decir, aquellos que piensan que se trata -la autodeterminación informativa- de un derecho autónomo y fundamental, cuya existencia y fórmula para que sea posible su desarrollo y ejercicio por parte de los ciudadanos se debe ir por la vía de reformular el derecho a la intimidad (caso del profesor Ortí Vallejo y otros), o el segundo caso, aquellos que se centran en la existencia de un nuevo derecho fundamental que otorga al ciudadano nuevas facultades de poder disponer y decidir sobre sus datos personales, por lo que su construcción no depende del derecho a la intimidad, (véase la pág. 61). Otro asunto tiene que ver con los términos autodeterminación informativa y libertad informativa, donde una parte de la doctrina la asumen como sinónimos, mientras que otros las distinguen, porque mientras la autodeterminación permite la libertad de uso, goce y disposición de los datos, la libertad informativa implica un mayor avance en la protección de las personas frente a las nuevas tendencias tecnológicas (véase pág. 62).

como el proceso vivido en Norteamérica con la *privacy*, ambos guardan cierta relación o existe allí un paralelismo,⁵⁴ en el enfoque y construcción del derecho a través de un tronco común. En el caso norteamericano, sirve la *privacy* –bajo lo influencia del *common law* – para ampliar el derecho existente, llevando dicha visión hasta la influencia de las nuevas tecnologías; y en el caso alemán, la sentencia asume y busca enclavar el fundamento del nuevo derecho en la Constitución, mediante la utilización del derecho de la personalidad.

De esta manera, el nuevo derecho se relaciona con todos los derechos fundamentales y se identifica con los valores como la libertad, personalidad, intimidad, entre otros; pero su contenido rebasa el contenido de los derechos hasta ahora expresados, por lo que posee una categoría nueva⁵⁵ y reclama un ámbito de protección distinto o necesario para adaptarlo a su especificidad.⁵⁶

Gracias a dichos antecedentes, el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal se va perfilando de forma distinta en los diversos países, ante su expresión o ausencia en las diversas constituciones o su nacimiento por la vía judicial. De hecho, no es sino hasta la década de los años setenta cuando se produce una innovación en la historia de la legislación tanto europea como norteamericana, respeto a las personas y el tratamiento automatizado de datos de

⁵⁴ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 69

⁵⁵ *Ibidem*. Págs. 68 y 71. La autora, coincidiendo con Pérez Luño, A. cuando afirma que: “negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, para englobarlo en el libre desarrollo de la personalidad, dificulta la relación directa de aquél con otros derechos fundamentales”.

⁵⁶ Véase la edición y traducción de Gutiérrez Gutiérrez, I. en *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Denninger, Erhard y Grimm, Dieter. Trotta. Madrid, 2007. Págs. 22-23. Aquí afirma el editor (en palabras Grimm y López Pina), que los derechos fundamentales son esa base permanente de la integración social, ante los diversos conflictos jurídicos, de modo que, es necesaria la apertura ante los nuevos retos en cuanto a su posibilidad y límites que ofrecen, pero al mismo tiempo “como fronteras para la represión”, es decir, son esa puerta abierta por el Estado constitucional a la multiculturalidad, pero a la vez ese espacio individual frente a cualquier cultura. Bajo esa idea se establece que: “...la proyección institucional de los derechos es capaz de abrir espacios nuevos de autodeterminación que quizá merezcan ser explorados”, citando a la Häberle.

carácter personal, a través del “proceso de positivación de los derechos integrantes de la tercera generación, en particular de la libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa.”⁵⁷

En el caso de Europa se afirma,⁵⁸ que según como sea reconocido el derecho a la protección de datos personales, se puede atender a la siguiente clasificación: 1) Aquellos países que reconocen el derecho expresamente en sus textos constitucionales, caso de Portugal, Suecia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría y Polonia. Aquí también se incluyen aquellos que han reformado sus constituciones y han incorporado el derecho (tal es el caso de Alemania); 2) Aquellos países que el texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la protección de datos personales, pero poseen disposiciones sobre la materia que han permitido a los Tribunales Constitucionales reconocer dicho derecho fundamental. Aquí se evidencian los casos de España, Finlandia, Países Bajos y Lituania; y 3) Aquellos países que no establecen el nuevo derecho, pero el Tribunal Constitucional los ha reconocido al formar parte integrante del contenido de otro derecho ya establecido expresamente en la Constitución, como es el caso de la intimidad, vida privada, libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana. Es el caso de Italia con el “*diritto a la riservatezza*”.

⁵⁷ Pérez Luño, A. “Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)”. Edición a cargo de Losano, M., Pérez Luño, A. y Guerrero Mateus, M. *Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid. 1989. Págs. 145 y ss. Aquí se habla de tres generaciones, en las cuales se crean: las leyes de primera generación, donde es el parlamento del Land de Hesse de la República Federal de Alemania, quien tiene el mérito de promulgar lo que sería el primer texto de protección de datos o el caso de la Data Lag sueca del 11 de mayo de 1973. Una segunda generación se da con la promulgación de la Privacy Act norteamericana, el 31 de diciembre de 1974, y la incorporación de la libertad informática en las Constituciones de Portugal en 1976 y de España en 1978, en sus artículos 35 y 18.4, respectivamente. Y la tercera generación de leyes de protección de datos personales, nace con la promulgación del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el 28 de enero de 1981.

⁵⁸ Arenas Ramiro, M., en la obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Págs. 378-379.

A continuación se analiza –dentro del segundo grupo de países- el caso de España, donde interesa conocer cómo a partir del artículo 18.4 Constitucional se admite la existencia del derecho –a pesar de no tener una expresión clara e inequívoca-, pero además interesa apreciar la visión de la doctrina española desde la óptica de Pablo Lucas Murillo y Antonio Pérez Luño, para finalmente apreciar las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Español (en lo sucesivo TC) que permiten y dan vida al nuevo derecho fundamental.

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA.

1. El artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978: aspectos generales.

En la mirada hacia el análisis de la protección de datos personales y su configuración como nuevo derecho, además de poder apreciar la influencia y trabajo aportado por el Tribunal Constitucional Alemán, quien reconoció un nuevo derecho a la protección de datos y constituye un antecedente de obligada cita⁵⁹, no cabe duda que el tema de la informática y su influencia e impacto en los derechos fundamentales, así como al entender nuevas facultades en los ciudadanos desde la llamada autodeterminación informativa o libertad informática durante el siglo XX, permitió que la mayoría de los países europeos avanzaran y elaboraran normas constitucionales teniendo en cuenta dicho desarrollo.

⁵⁹ Aunque según Denninger, Erhard, en “El derecho a la autodeterminación informativa, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica”. *Actas del Coloquio internacional celebrado en Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*. Tecnos, 1987. Pág. 271, la denominación autodeterminación informativa no es nueva, ni se trata de una creación del Tribunal Constitucional Alemán, por lo que mucho menos representa a partir de allí el nacimiento de un derecho fundamental.

En ese orden y sentido, abre el camino la Constitución de Portugal⁶⁰ aquella que reconoce de manera expresa un nuevo derecho a la protección de datos y lo separa del derecho a la vida privada.

Un segundo caso es el ejemplo Español, que aunque no establece expresamente dicho derecho fundamental –como la Constitución portuguesa-, al igual que en ésta se anuncia la posibilidad de atender el asunto de la informática y su impacto en el campo de los derechos fundamentales -y como se podrá apreciar-, será en los ojos del TC, que el nuevo derecho poco a poco se diferenciará del derecho a la intimidad.⁶¹

De esta manera, podemos aceptar que la Constitución Española⁶², en lo adelante (CE), se constituye en uno de los ejemplos de los texto más modernos en el ámbito

⁶⁰ De hecho, se trata de la primera evidencia sobre la libertad informática a nivel constitucional en el contexto europeo. Fue aprobada en el año 1976, y específicamente en su artículo 35 se destaca: el derecho de los ciudadanos al acceso de la información que le interese y que esté contenida en registros, incluyendo su consentimiento para el uso y su rectificación, además, de las prohibiciones en materia de convicciones políticas, vida privada o creencias religiosas y la prohibición de establecer a los ciudadanos un número nacional único. El texto expresa que: “1) Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registro mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización; 2) No se podrá utilizar la información para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos, y 3) Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

⁶¹ Sin embargo, el asunto ha sido objeto de largos debates por la determinación, si la protección de datos personales corresponde a un derecho fundamental autónomo, o por el contrario una faceta del derecho a la intimidad, como se ha señalado.

⁶² Constitución aprobada en octubre de 1978, por las Cámaras de Diputados y el Senado, que luego fue sometida a referéndum el 6 de diciembre y que entró en vigencia el 30 de diciembre de 1978. Proceso constituyente que contó con un elevado consenso –salvo el caso del grupo parlamentario de nacionalismo vasco-, mediante el cual se pudo vivir la transición que se seguía en España luego del fallecimiento del General Franco en noviembre de 1975.

Véase Prad Fernández, J. L. *Revista de Derecho Político*, Nro 65, UNED. Madrid, 2006. Pág. 216. También Pais Rodríguez, R. y Rebollo Delgado, L. *Introducción al Derecho I (Derecho Público)*. 2da edición. Manuales Jurídicos Dykinson. Madrid, 2009. Pág. 73 y 74. Aquí se distingue como en la parte dogmática, la CE, tuvo la influencia de la Constitución portuguesa de 1976, así como, en la definición de Estado como Social y Democrático de Derecho en la Ley de Bonn de 1949, la distinción entre Ley Orgánica y ordinaria por influencia de la Constitución francesa de 1958, y el Consejo General del Poder Judicial, inspirado en la Constitución italiana de 1947.

europeo –dictados para la época-⁶³, en el cual evidentemente se refleja la incorporación inequívoca y palpable de “*la informática*” y la posibilidad de establecer límites concretos ante su uso, por el impacto que produce.⁶⁴

De manera que el constituyente español, decidió dar un salto importante en el marco de la protección de datos, al incorporarla en el conjunto de derechos fundamentales de la carta magna,⁶⁵ estableciendo en el artículo 18⁶⁶ de la Constitución Española que:

- “1. Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

⁶³ Siendo el segundo texto en regular dicha realidad después de la Constitución de Portugal de 1976.

⁶⁴ Otros ejemplos, como afirma Frosini, T. E., en “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”. *Revista de Estudios Políticos* 124. (Nueva Época), abril/junio, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, Págs. 134 -136, son las Constituciones de la República de Sudáfrica de 1993 que prevé tres artículos de la libertad informática, entre los que se encuentra el derecho a la privacy; o el de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, modificada en el 1993, que lo ha asociado a la vida privada, libertad de prensa o derecho a la información; o los casos latinoamericanos donde las constituciones han avanzado hacia la protección explícita de situaciones subjetivas derivadas de la tecnología informática, como es el caso de el habeas data. Aquí se observa los países que lo han incorporado de manera directa a sus constituciones (caso: Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina y Venezuela), otros la garantía la prevé la legislación en forma indirecta mediante el amparo constitucional (casos: Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, y Honduras), y otros prevé una tutela indirecta del habeas data (casos: Panamá, México, Uruguay y El Salvador).

⁶⁵ Cámara Villar, G. “Caracteres generales del reconocimiento constitucional de los derechos y libertades y Eficacia y límites de los derechos y libertades fundamentales”. Balager Callejón, Francisco (Coord.): *Derecho Constitucional (vol. II)*. Tecnos, Madrid 1999. Pág. 52.

⁶⁶ Las bases para la redacción del referido artículo fue el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso del último aparte en el artículo 35 de la Constitución de Portugal. De hecho la inclusión del último aparte fue lo que produjo el mayor debate, considerando –algunos diputados- que su inclusión era innecesaria, mientras que otros alertaban su influencia. Véase Arenas, M. en la obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 445.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Así mismo, el artículo 18 va a elevar a un rango constitucional, todos aquellos derechos que hasta la fecha eran parte del derecho civil, pero que ahora se van a nuclear en los que hoy se conoce como derechos a la personalidad, donde existe una línea conductora que es la dignidad de las personas, porque se basan en la propia esencia o carácter esencial del ser humano.⁶⁷

Como se aprecia, el descrito artículo va a proteger un conjunto de derechos diferentes, como son: el derecho a la intimidad, el honor, y la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones y además incorporó una orden al legislador para que regulara el usos de la informática, con el objeto de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y el pleno ejercicio de los derechos.

Igualmente, es importante destacar, que el artículo 18.4 no es la única referencia que existe en la CE acerca de la utilización de la informática, debido a que también en el artículo 105 b) se regula el acceso a los ciudadanos a los registros administrativos, salvo que afecten la seguridad, la defensa del Estado, las averiguaciones delictivas o la intimidad.⁶⁸ Sin embargo, existen aquí diversas vertientes porque algunos autores opinan que dichos artículos forman parte del sistema constitucional de la libertad informática o autodeterminación

⁶⁷ Véase Rebollo D, L. “Derechos de la personalidad y datos personales”. *Revista de Derecho Político*, N° 44, 1998. Págs. 143 y ss.

⁶⁸ Davara Rodríguez, M. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993. Pág. 55.

informativa,⁶⁹ mientras otros opinan que no son el artículo 18.4 y 105 b) preceptos constitucionales que se complementen, porque el 105 no está concebido para preservar ningún derecho fundamental, sino que se trata del control de la información, además de referirse únicamente a la Administración y su actuación.⁷⁰

Al comparar el texto de la Constitución portuguesa y la española, se puede observar que si bien la CE, permite el avance sobre la materia al haberle dado rango constitucional, lo cierto es que “resulta evidente la mejor elaboración técnica del texto portugués, que engloba en un solo artículo los problemas más acuciantes que suscitan las relaciones entre intimidad e informática”.⁷¹ De modo que, plantea la redacción del artículo 18.4 de la CE, una visión de protección ante el impacto informático, pero a la vez limitativo y restrictivo del fenómeno. Perdiendo así de vista los diversos aspectos que consideró la Constitución portuguesa, pero además, colocando en un plano desigual a la informática ante los derechos de los individuos, lo cual complica el problema de la determinación del bien jurídico que protege.⁷²

⁶⁹ Obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Pág. 159. Afirma el autor que la autodeterminación informativa o libertad informática halla su reconocimiento inmediato en ambos artículos.

Véase también, Pérez Luño, A. “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 9, mayo-junio 1979. Págs. 62-63.

⁷⁰ Para tener argumento e información detallada, véase la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*...Págs. 127-130.

⁷¹ Pérez Luño, A. *Derechos humanos, estado de Derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 338.

Véase también la Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*... Pág. 124.

⁷² *Ibidem*. Págs. 125 -127.

Así también véase Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Aspectos teóricos y prácticos*. Bosch. Barcelona. 2001. Pág. 34. Quien afirma que: “La Constitución Española tiene una participación activa en lo que se refiere al control de la informática, de hecho que supone una actitud progresista y activa frente a otras constituciones europeas, a pesar de que la redacción del artículo donde se regula esta cuestión no es afortunada.”.

Nótese, que ese mismo apartado del artículo 18.4 de la CE, se repite en el contexto del derecho venezolano, porque la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,⁷³ copió en su artículo 60 –único aparte- la misma redacción del artículo 18.4, claro está que se separó del artículo 60 la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, estableciéndolos en artículos separados (47 y 48 respectivamente) y dejando sólo el derecho a la intimidad, honor, propia imagen (lo cual parece que comporta un error), agregando además, el derecho a la vida privada, la confidencialidad y la reputación⁷⁴.

En su redacción expresa la Constitución vigente en Venezuela que:

“Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

⁷³ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

⁷⁴ Es importante hacer referencia precisa a este tema, el cual se puede profundizar en la obra de Rebollo Delgado, L. *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid, 2008. Pág. 37 y ss. Aquí el autor, al referirse al derecho a la privacidad, afirma que en el lenguaje común se utiliza términos que van a identificarse con la intimidad, confidencialidad, secreto, vida privada, esfera privada, y lo privado, que además el asunto se ha complicado al haber incorporado en el contexto europeo la “Traducción impropia del anglicismo *privacy*”, asemejándola a vida privada. Pero además, en la redacción del artículo 18.4 de la CE, si bien no se menciona la vida privada de manera expresa, dentro del ordenamiento español, no existe ninguna distinción sobre dicho concepto de vida privada e intimidad (ni jurisprudencial, ni legal), de modo que ambos conceptos se van a identificar como parte de la soberanía interna de las personas. Sin embargo, en el contexto o mejor dicho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la situación es diferente, porque aquí sí se hace la distinción entre ambos conceptos. En esa realidad, el derecho a la vida privada se manifiesta bajo dos ámbitos, uno interno, que corresponde a su moralidad, pensamiento y cuerpo, y otro externo que se atribuye a su domicilio, comunicaciones, relaciones personales, entre otros. En todo caso, distinguir –como bien dispone el autor- entre intimidad y vida privada es difícil, porque aunque se puede partir de un ámbito interno y otro externo, los límites entre unos y otros no se ven de forma clara o evidente. Ahora, la distinción entre uno y otro proviene de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo la ya mencionada teorías de las esferas, o también llamada círculos concéntricos (donde se distinguen tres esferas: la cerrada al conocimiento de los demás, la compartida en ámbito familiar y la última aquella información que conoce la sociedad), el primer caso corresponde a la intimidad y la tercera a la vida privada. Pero a pesar de dicha visión original, el asunto es que los contenidos son idénticos, así como, la posibilidad de lesión, el bien jurídico que se protege y aún más, los sistemas de garantías. Por ello, de lo que se trata es de que: “Todos ellos representan la idea de la existencia de una esfera privada, en la que sólo cada persona tiene la potestad para decidir lo que le afecta, evitar las intromisiones no deseadas, y en definitiva, tener un control al respecto de lo que no se quiere que otros conozcan, o de lo que se quiere dar a conocer”.

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 hecho es que, a diferencia de la CE, la venezolana además del artículo 60, estableció un conjunto de artículos que pueden llevarnos a determinar el nacimiento del nuevo derecho frente a una base constitucional expresa, aunque no se sabe si más fácil de transitar ante la ausencia de ley expresa que regule la materia o desarrollo del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Constitucional. Se trata de los artículos 20, 22 y 28,⁷⁵ los cuales se revisarán más adelante.

De manera que, tanto en la CE como en el caso de la de Venezuela, pareciera que ambos constituyentes asumieron que el nuevo desarrollo tecnológico y el ejercicio de los derechos asociados, pueden impactar y repercutir sobre la esfera íntima personal y familiar de los ciudadanos. El asunto es que si la protección de datos personales debe entenderse como una suerte de apéndice de la intimidad, u honor, o propia imagen, o por el contrario se trata de un nuevo derecho, autónomo e independiente (aunque interdependiente).⁷⁶

⁷⁵ En el artículo 28 se ha denominado el habeas data venezolano. En dicho artículo se dispone que: “Toda persona tiene el 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 de 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.” Nótese como existe alguna conexión y coincidencia entre el artículo 28 de la Constitución venezolana y el artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976, toda vez que se habla del acceso a la información y utiliza el término “dato”, haciendo extensivo a las personas y bienes, así como establece el lugar, cuando dicha información puede estar en manos de entes públicos o privados, como a conocer su uso y finalidad y además se establece la garantía, lo cual se encuentra ausente en la Constitución portuguesa.

⁷⁶ Incluso como afirma Murillo de la Cueva, L., en “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”, col. 43 *Cuadernos y Debates*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Págs. 27 y ss. “En consecuencia, donde han de situarse las medidas de salvaguardia no es en el ámbito de todos y cada uno de los derechos de los que un ciudadano puede ser titular sino en

Continuando con la CE, de lo que se trata es que más que atender a una configuración textual del artículo 18.4, es tratar de deducir -desde su contenido y los intereses en juego- una fundamentación constitucional necesaria para la protección de datos,⁷⁷ esto es, aunque no esté claro la existencia de un nuevo derecho con la original redacción, cómo resulta desde la CE la existencia del mismo.

Bajo lo dicho, interesa rescatar algunos de los aspectos que se describen y establecen en el artículo 18.4 de la CE, a los fines de poder apreciar –desde la doctrina- cuál es el bien jurídico protegido, así como, presentar las dificultades que derivan de su redacción y luego examinar cómo la jurisprudencia española ha servido de punta de lanza en su configuración. El interés que ello merece es la manera como se perfila la incorporación en el artículo 18.4 de la CE, la prohibición en el uso de la informática y a partir de allí caben las preguntas: ¿Fue incorporado el artículo 18.4 de la CE con la finalidad de garantizar el pleno ejercicio y vigencia del derecho al honor, intimidad? o por el contrario ¿Se trata de un agregado al artículo 18 de la CE del cual deriva un nuevo derecho fundamental?

el contexto en el que opera la tecnología informática. Es decir, en el campo de la información personal.”

Véase también la obra citada de Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español...* Págs. 36 y 37. El autor afirma que se trata de un derecho autónomo y que el mismo no supone un anexo del derecho al honor, la intimidad, sino que como derecho autónomo merece el tratamiento constitucional diferenciado al honor y la intimidad, siguiendo el modelo de la Constitución portuguesa. Porque además no se trata de la informática, sino la utilización de la misma lo que afecta los derechos fundamentales.

⁷⁷ Véase obra citada, Murillo de la Cueva, L., en “Informática y protección de datos personales... Pág. 28. Aquí se afirma que de lo que se trata es “de determinar si el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar –o sea, las otras referencias del artículo 18.4 de la Constitución- son idóneos para suministrar soporte material sobre el que descansa la técnica de la protección de datos.”, y la pág. 31, cuando se establece que el problema planteado desaparece si en vez de “...atenernos a la formulación textual del artículo 18.4 de la Constitución, procuramos deducir a partir de su contenido y, en especial, de los intereses en juego una nueva clave que ofrezca una fundamentación material constitucionalmente satisfactoria a la técnica de la protección de datos. [...] Naturalmente, esta opción conduce a la afirmación de un nuevo derecho fundamental a partir del citado precepto constitucional que se corresponda con ese bien jurídico que es menester garantizar.”.

En ese orden y dirección, se mostrarán las consideraciones que derivan del análisis del artículo 18.4 de la CE, a los fines de comprender la visión y diseño del constituyente español, en la construcción de un nuevo derecho. Para ello, y tomando en cuenta la redacción del artículo será necesario conocer qué significa: a) pleno ejercicio de sus derechos, b) para garantizar el honor, y c) la intimidad personal y familiar de los ciudadanos.⁷⁸

1.1. El artículo 18.4 ante la intimidad, honor y pleno ejercicio de los derechos.

De acuerdo a lo expresado por Serrano Pérez, debemos revisar varias de las expresiones que forman parte del artículo 18.4 de la Constitución Española:

A) La primera referida a la mención “al conjunto de los derechos de los ciudadanos”:

Como ya se comentó el artículo 18.4 de la CE dispone lo siguiente:

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos **y el pleno ejercicio de sus derechos**.⁷⁹

De la redacción del artículo, se aprecia a todas luces un primer problema, toda vez que no fue muy acertada dicha condición al limitar la informática a la garantía del pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, porque realmente este es el fin que poseen todos y cada uno de los preceptos recogidos en la Constitución. De

⁷⁸ Aquí seguiremos el análisis que desarrolla en su Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 134 y ss. Quien nos plantea los inconvenientes de su redacción, todo lo cual va a generar la respuesta de la jurisprudencia española.

⁷⁹ Resaltado nuestro.

hecho, esa aspiración de cada una de las disposiciones constitucionales atiende a lo que expresa claramente el Preámbulo de la CE:

“Proteger a todos los españoles y pueblo de España en el ejercicio de los derechos...”.

También, dicha realidad se encuentra en el artículo 10.1 de la CE, cuando se garantiza a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos al ser considerados “fundamentos del orden político y de la paz social”.

En este sentido, el profesor Pérez Luño, basado en la teoría del derecho, presenta su visión de los derechos fundamentales. En ese orden alude el referido profesor:

“la alusión explícita de nuestra Constitución al concepto de ordenamiento jurídico no puede considerarse como una figura retórica o un dato casual, sino que corresponde a las exigencias de funcionamiento del derecho en una sociedad técnicamente avanzada. La Constitución española, como norma suprema de un Estado de derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de: unidad, plenitud y coherencia.”⁸⁰

Por dicha razón, es que en opinión de Serrano Pérez, los derechos de los ciudadanos y su respectivo resguardo, no pueden colocarse en manos de un precepto constitucional concreto, ni es el objetivo de uno en particular, sino que constituye la razón de ser de la Constitución y la aspiración del Estado de Derecho que en ella se encuentra proclamado.

⁸⁰ Pérez Luño. A. *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. Navarra 2006. (MAI 440). Pág. 181

De modo que, la nueva perspectiva que incorpora el impacto de la informática y el ejercicio de los derechos fundamentales, colocando su límite como la posibilidad del ejercicio pleno de la intimidad y honor, es un absurdo, porque incluso, debe considerarse que también existen otro grupo de derechos que pueden verse afectados como producto de la informática, y que no se encuentran previstos en el artículo 18.4, como es el caso de: igualdad, libertad de expresión, libertad religiosa, salud, libertad ideológica, entre otros. En ese sentido, y ante el ataque que produce la informática y mediante la cual se ven afectados no solamente la intimidad y honor, sino que hoy las rebasa y su incidencia se extiende a otros derechos fundamentales, era propicio tener en cuenta esa consideración y obviar su redacción, que más que luz produjo oscuridad o confusión.

Nótese que el mismo error lo cometió el constituyente venezolano al redactar y aprobar el artículo 60 de la Constitución, que además de ser una réplica del 18.4 de la CE, crea la misma confusión, con la diferencia que frente a dicha norma estableció una disposición constitucional –incluso sin saberlo- tratando de basarse en una nueva garantía (el habeas data), pero incorporando la base fundamental del derecho a la protección de datos de carácter personal. Es el caso, del artículo 28 de la Constitución de 1999, donde por primera vez en nuestro contexto constitucional se reviste con el contenido esencial, genérico y sin asociación a ningún otro derecho fundamental, en el cual se expresa que:

“Artículo 28.- 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.”

De modo que, si se compara preliminar y superficialmente, con el artículo 18.4 de la Constitución española, el artículo 28 de la Constitución venezolana amplía la visión en conjunción con el artículo 60, aun cometiendo en el artículo 60 el mismo error de la constitución española, porque se vincula a la intimidad y honor y la limitación de la informática como garantía del “pleno ejercicio del derecho”; sin embargo, el artículo 28 muestra una redacción –que se analizará-, pero otorgando al ciudadano el derecho al acceso a la información y datos personales, a conocer su uso y finalidad y cuando se vea afectado solicitar su actualización, rectificación o destrucción, con lo que se asemeja más a la redacción dada por la constitución portuguesa⁸¹ que lo previsto en la CE.

⁸¹ Constitución de 1976. De hecho, el artículo 35 de la Constitución Portuguesa, ha sido objeto de varias modificaciones atinentes:

A) En 1982 por los cambios tecnológicos dando mayores garantías a los procesos de registros y tratamiento de datos, agregando dos nuevos apartados:

“2. Se prohíbe el acceso a datos personales de terceros y la interconexión de los mismos, así como su flujo transfronterizo, salvo en casos excepcionales previstos por la ley.

4. La Ley definirá el concepto de datos personales a los efectos de registro informático”.

B) En 1989, a los fines de su adaptación al Convenio 108 sobre Protección de Datos Personales del Consejo de Europa, quedando redactado así:

“1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a conocer los datos que les conciernen que constan en ficheros o registros informáticos y el fin al que son destinados, pudiendo exigir su rectificación, y actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley sobre secretos de Estado y de Justicia.

2. Se prohíbe el acceso a datos personales de terceros y la interconexión de los mismos, salvo en casos excepcionales previstos por la Ley.

3. La información no puede ser utilizada para el tratamiento de datos relativos a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o sindicatos, confesiones religiosas o vida privada, salvo cuando se trate de procedimiento de datos estadísticos no identificables individualmente.

4. La Ley definirá el concepto de datos personales a los efectos de registro informático, así como las bases y bancos de datos y las respectivas condiciones de acceso, constitución y utilización por parte de entidades públicas y privadas.

5. Se prohíbe la atribución a los ciudadanos de un número nacional único.

6. Una ley define el régimen aplicable a los flujos transfronterizos de datos, estableciendo las formas adecuadas de protección de los datos personales y de otros cuya salvaguarda se justifique por razones de interés nacional”.

C) En 1997, como consecuencia de la Directiva 95/46 del Consejo de Europa sobre Protección de Datos Personales, siendo la redacción actual la siguiente:

“1. Todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los datos informatizados que les conciernen, pudiendo exigir su rectificación, y actualización, así como a conocer la finalidad a que se destinan, en los términos que establezca la Ley.

En todo caso, como bien lo establece Serrano Pérez, de la revisión del artículo 18.4 de la Constitución Española se aprecia la influencia e impacto que produce el uso y exceso de la informática en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, además de poder ver en su límite una garantía.⁸²

Dicha alusión y nueva referencia se plantea a través de la sentencia del TC 292/2000, donde incluso se excede al mencionar que la protección es sobre derechos “sean o no constitucionales...”.⁸³ Por ello, el artículo 18.4 plantea un primer matiz, a través del cual “se establece como límite de la informática el ejercicio de todos los derechos...”.⁸⁴ y no se refiere al pleno ejercicio del honor, intimidad y

2. La Ley definirá el concepto de datos personales, así como las condiciones aplicables a su tratamiento automatizado, conexión, transmisión y utilización, y garantizará su protección, especialmente a través de una entidad administrativa independiente.

3. La información no puede ser utilizada para el tratamiento de datos relativos a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o sindicatos, confesiones religiosas o vida privada y origen étnico, salvo con el consentimiento expreso del titular, autorización prevista por la Ley con garantías de no discriminación o para procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.

5. Se prohíbe la atribución a los ciudadanos de un número nacional único.

6. Se garantizará a todos el libre acceso a las redes informáticas de uso público, determinando la Ley el régimen aplicable a los flujos de datos transfronterizos y las formas adecuadas de protección de los datos personales y de otros cuya salvaguarda se justifique por razones de interés nacional.

7. Los datos personales que consten en ficheros manuales gozan de una protección idéntica a la prevista en los apartados anteriores, en los términos que establezca la Ley”. La traducción y el texto original –en portugués- se encuentra disponible en la obra citada: Mónica Arenas. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Págs. 423 y ss.

⁸² Obra cit. Pérez Luño. A. *Derechos Humanos*,... Pág. 363. El autor dispone que habría sido preferible que en la CE, como garantía de los derechos fundamentales, usara una disposición constitucional parecida a la portuguesa, esto es, una disposición general de los límites de la informática.

⁸³ Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. *El derecho a la autodeterminación informativa* (“La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad y Protección de datos: origen, situación actual y retos del futuro”)... Pág. 36, en la cual se afirma que: “De esta manera, el derecho fundamental a la protección de datos “amplia la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho de la persona...”.

⁸⁴ Véase Pérez Luño. A. *Derechos Humanos*,... Pág. 361 y ss. Se expone dentro de la Parte Tercera, “El ITER del texto constitucional: Elaboración y debates parlamentarios, sintetiza el alcance del contenido y las tres posturas que se desarrollaron: a) Aquellos que se pronunciaron en contra de la referencia expresa del término informática en el texto Constitucional, por su redundancia y sin

propia imagen nada más, sino que atiende a todos los derechos, por lo que fue un error simplificar el impacto de la informática a dichos derechos.

Sin embargo, el asunto no se queda allí y va más allá, porque al hablar del pleno ejercicio de esos derechos se pretendió asociar la protección de datos personales a esos derechos, como el honor y la intimidad (personal y familiar), con la exclusión de otros derechos que no aparecen en la lista del artículo 18.4 de la CE, pero como se ha afirmado, es un error y no corresponde a la unidad e integralidad de la CE. De manera y a los fines de no quedarse solamente en dicha consideración conviene advertir las implicaciones que corresponde al honor y la intimidad, también presentes en el 18.4 de la CE.

B) Un segundo asunto es la referencia “al honor”: En este punto se pueden recoger varios aspectos:

Dispone el artículo 18.4 de la CE que:

1. La ley limitará el uso de la informática **para garantizar el honor...**⁸⁵

Definitivamente, el hecho de la inclusión del derecho al honor⁸⁶ y su vinculación a la protección de datos, representa un asunto de debate, principalmente al reiterar la

precisar los distintos modos de agresión, b) los que consideraban necesaria la inclusión en el texto, pero con su extensión en todos los derechos y c) los que apoyaban la anterior, pero ampliando su contexto a procedimiento..

⁸⁵ Resaltado nuestro.

⁸⁶ Si bien el objeto del trabajo no es hacer un tratado sobre el derecho al honor, intimidad, si interesa hacer algunas apreciaciones sobre el mismo. Para ello se cita a Rebollo Delgado, L. *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*. Dykinson, 2004. Pág. 26 y ss. El autor describe que el derecho al honor se concibe y establece por primera vez en la Constitución Española de 1978, derivando de la dignidad de las personas, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, todo lo cual se traduce en los fundamentos del orden político y la paz social. Con dicha realidad, el derecho al honor se concibe como ese atributo inherente a todo ser

existencia de la tutela del ejercicio de los derechos fundamentales -como se indicó arriba-, porque aunque el derecho al honor puede ser vulnerado por el uso indiscriminado de la informática, no representa ésta la mayor forma de vulnerarlo, ni la única.⁸⁷

De hecho, el derecho al honor se encuentra ya regulado en el aparte 1 del propio artículo 18, y como indica Serrano Pérez, podría pensarse que por ser la parte final del artículo se trata de un apéndice. Sin embargo, el asunto debe resolverse desde la visión de tutela al ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, aunque existe la alusión e incorporación del derecho al honor el asunto es que “no es el fondo material que se pretende proteger mediante la limitación informática”,⁸⁸ ello porque aunque la informática encierra la posibilidad de atentar contra el derecho al honor, no puede afirmarse que esa sea la razón del artículo 18.4 o su objeto principal de tutela o, incluso la única.

Ello lo explica Serrano Pérez a partir de las consideraciones de Gabriel Freixas Gutiérrez⁸⁹, al poder establecer que la violación del derecho al honor se produce cada vez que puede crearse un perfil de la persona, producto de un conjunto de datos, pero será cuando estos se asienten en una base de datos basada en datos errados o distorsionados que se producirá la violación. Por lo tanto, el asunto se centra en el tratamiento ilícito de los datos. En este aspecto, plantea Serrano Pérez

humano, a través del cual las personas están protegidas frente a cualquier trato insultante o injurioso, o ante cualquier violación injustificada de su reputación o ante el sometimiento al descrédito de terceros.

⁸⁷ Contrario a lo que se plantea Pérez Luño, A. obra cit. *Derechos Humanos*,... Pág. 363. Indica que al incluir su regulación en el apéndice del artículo 18, pueden generar opciones hermenéuticas que pueden dificultar “la extensión de su tutela a los demás derechos.”

⁸⁸ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*... Pág. 140.

⁸⁹ El autor parte de la base que la afectación puede darse mediante la utilización de los datos con finalidad ilícita y mediante el descontrol, pero no mediante el tratamiento de los datos. Véase Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español (Aspectos teóricos y prácticos)*. Bosch. Barcelona. 2001. Pág. 42. Obra ya citada.

–lo cual nos parece acertado-, una excepción a la regla, la cual se produce cuando exista el cruce de datos que permita acumular referencias individuales y el resultado sea un perfil de dicho ciudadano, allí el tratamiento de los datos puede generar una violación al derecho al honor.

En todo caso, aún las consideraciones expuestas, la doctrina es unánime en establecer una escasa vinculación entre el derecho al honor y la protección de datos personales -salvo lo comentado-, lo que lleva a indicar que la vía adecuada era crear un precepto independiente y sin vinculación a cualquier derecho y no haber colocado ese apéndice que procura confusión y en nada agrega al efecto de protección, ya que lo que se debe entender es que al final la opción válida era la incorporación de un artículo de protección de cualquier derecho frente a la informática.⁹⁰

c) En tercer lugar en cuanto a “la intimidad”:

El artículo 18.4 de la CE indica lo siguiente:

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y **la intimidad** personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.⁹¹

⁹⁰ Véase Lucas Murillo de la Cueva, P. “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)” Col 43 *Cuadernos de Debates*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pág. 28. Aquí el autor afirma que el derecho al honor tiene una escasa relevancia en cuanto a la protección de datos, y que “pocas amenazas representa para él la informática”. De hecho, parte de la afirmación que el propio artículo 18.1 de la CE, no reconoce como únicos derechos: el honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, porque el propio 18.4 se olvidó de nombrar el derecho a la propia imagen, e incluso olvidó que presenta el artículo 105. b). Véase también Lucas Murillo de la Cueva, P. *El Derecho a la autodeterminación informativa*. Ed Tecnos. Col. Temas clave de la Constitución Española. Madrid. 1990. Pág. 77 y ss.

⁹¹ Resaltado nuestro.

Reitera Serrano Pérez, que el artículo 18.4 no plantea la protección del derecho a la intimidad o necesariamente a ella, cuya inclusión se plantea en el apartado 1 del mismo artículo, volviendo a revivir las consideraciones del derecho al honor, ya comentadas. En igual término, afirma que las nuevas tecnologías abarcan algo mucho más extenso que la propia noción de intimidad. Sin embargo, ello no corresponde a la visión de la doctrina o la jurisprudencia.

Uno de los aspectos más importante en sus consideraciones es que el concepto de intimidad parte de la influencia de la *privacy*, en el ordenamiento anglosajón, pero en el seno Español lo que existe es un catálogo de derechos fundamentales, un Tribunal Constitucional y no existe equiparación de la *privacy* con la intimidad.

Por esa razón indica que:

“La conexión sería semejante a la que se establece entre todos los apartados del artículo 18. Todos comparten un núcleo o matriz común que sería la protección de la intimidad, vida privada o identidad. Pese a esto, mantienen sus sustantividad propia frente al derecho que con más amplitud destaca entre todos ellos, que es la intimidad, en el sentido de aportar características peculiares respecto de ésta.”⁹²

Sin embargo, el asunto se centra en que parte de la doctrina no termina por romper el nexo existente e incluso automático que se plantea entre intimidad-protección de datos, lo cual se produce ante la visión que parte de un concepto amplio de la intimidad y no en un concepto restringido, por lo que se iguala a la llamada “autodeterminación informativa”.⁹³

⁹² Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág 146.

⁹³ De acuerdo a Rebollo Delgado, L. *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*. Dykinson, 2004. Pág. 37 y ss: La intimidad posee dos conceptos, uno objetivo que atiende principalmente a la

Ahora bien, lo que sí se tiene claro es que producto de las impresiones o fallas en la redacción, así como, su estrecha vinculación a la intimidad, todo ello ha permitido las diversas acepciones o teorías sobre la libertad informática o la autodeterminación informativa, incluso como un nuevo derecho y sobre él la creación de varios conceptos.⁹⁴

Sin embargo, se encuentran comentarios que indican que el artículo 18.4 lo que establece es una garantía, o la anticipación que realizó el constituyente español hacia la visión de la informática y no pretende más que una alerta a lo que hoy se ha denominado la tecnología.⁹⁵

En todo caso, distingue Serrano Pérez, a modo de resumen, una serie de argumentos, a través de los cuales no es adecuado apreciar y comprender la

esencia etimológica, que como afirma la Real Academia Española: es esa “zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente a una familia”. Dicha concepción viene del desarrollo de la doctrina alemana basada en la teoría de las esferas, pero también dicho concepto ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional Español, al establecer que éste pertenece a ese “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, con el cual se permitirá la calidad mínima de vida. Por otro lado, se plantea el concepto subjetivo. Este concepto se identifica con la denominación “derecho a la autodeterminación informática”, basada en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del Censo de 1983. Según este concepto, las personas tienen el derecho a determinar lo que debe quedar reservado al conocimiento de los demás, es decir, esa facultad de excluir a los demás de ese ámbito personal o familiar. Bajo lo dicho, el primer concepto alude principalmente a protección, el derecho a defender mi esfera. En el segundo el enfoque va hacia el control, soy yo el que decide a quién, cómo y dónde otorgo la información. Pero se plantea un tercer concepto, que es la teoría del mosaico y que parte de la idea de protección ante las amenazas tecnológicas (formulada por Madrid Conesa), quien afirma que en el mundo de hoy los datos pueden crear perfiles de los individuos (aunque sean datos en principio irrelevantes y funcionan como un mosaico. Finalmente, afirma el autor que se trata de la visión de unificación de ambos conceptos, esto es ver a la intimidad como “el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como controlar el conocimiento que terceros tienen de él. La intimidad es el elemento de desconexión social”.

⁹⁴ O el derecho a la intimidad informática a la que alude Conde Ortiz, C. *La protección de datos personales, un concepto autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Universidad de Cádiz. Dickinson, 2005. Págs. 26.

⁹⁵ Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Págs. 343-347.

relación entre intimidad y protección de datos de carácter personal, bajo su concepción amplia. Argumenta así Serrano Pérez:

- Porque en España no existe un macroderecho a la intimidad o algo que se le parezca, sino que ella se vincula con otros derechos en la medida de compartir un núcleo común.
- Porque al existir una concepción amplia de la intimidad, ello nos colocaría también en la existencia de pretender una protección amplia, pero de difícil cumplimiento.
- Porque esa visión y relación nos va a colocar siempre en el ámbito de la intimidad, dejando de lado cualquier otro derecho afectado.
- Porque el concepto amplio de la intimidad no está arraigado en el derecho español (doctrina y jurisprudencia).

De manera que, la redacción del artículo 18.4 de la CE, no puede apreciarse y entenderse bajo la vinculación exclusiva y excluyente de que la informática sólo afectará a la intimidad, honor y demás derechos previstos en el artículo 18, porque sería un absurdo y la negación de otros derechos previstos por el constituyente español. En un segundo término, no se vincula exclusivamente el derecho a la protección de datos personales, sólo al derecho al honor o intimidad⁹⁶, sino que hoy en día se trata de un nuevo derecho fundamental, con un bien jurídico propio, aunque pueda en ciertas circunstancias coincidir su violación con la violación del

⁹⁶ Rebollo Delgado, L. y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la Protección de datos*. Dykinson. Madrid, 2006. Pág. 32. Aunque como afirman, el derecho a la protección de datos personales, tiene “una concreción inexorable en los derechos clásicos de la personalidad, como son el honor, la intimidad y propia imagen.”.

derecho a la intimidad, honor o propia imagen, bajo la misma visión de la integralidad e interdependencia de los derechos.⁹⁷

De esta manera, si bien el Tribunal Constitucional alemán, es el que crea el derecho a la protección de datos de carácter personal bajo la cubierta del derecho a la personalidad, es la Constitución de Portugal la que reconoce el derecho de manera expresa y progresiva. En el caso de la Constitución Española, no fue así –porque expresamente no lo reconoce-, sino que lo que posee es un mandato del legislador sobre dicha materia, de modo que, será el propio Tribunal Constitucional quien a partir del artículo 18.4 deducirá su existencia e incluso lo diferenciará del derecho a la intimidad, todo ello con ayuda de la doctrina y las nuevas tendencias legislativas (europeas y norteamericanas).⁹⁸

Después de todo lo expresado, y siendo éste un tema de larga data, es propicio que frente a lo comentado, se presente la opinión más calificada sobre el tema y que

⁹⁷ Obra cit. Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Pág. 347, a pesar de esta visión autores como Martínez indican que: “El artículo 18.4 de la Constitución Española no es otra cosa que la anticipación por el constituyente español de una nueva sociedad que entonces sólo se oteaba en el horizonte –y mucho más en aquel país que éramos-, y no pretendió ser más que una alerta, que un faro que debía guiar la futura labor del legislador en todo lo que afectase a lo que después se ha dado en llamar tecnologías de la información y las comunicaciones y entonces simplemente “la informática”.”.

Otros indican, según obra citada Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español (Aspectos teóricos y prácticos)*. Bosch. Barcelona. 2001. Pág. 36. que la redacción del artículo 18 en su apartado 4, no supone un anexo de los derechos al honor, la intimidad sino que es un derecho fundamental autónomo, que identifica el Tribunal Constitucional Español, como el derecho a la libertad informática que se va a relacionar con los demás derechos fundamentales y libertades públicas. Además, indica que por esa razón, merecía un tratamiento “diferenciado de los derechos al honor y la intimidad personal y familiar siguiendo el modelo de la Constitución portuguesa”.

⁹⁸ Sin embargo, existen autores que parten de una tesis reduccionista, tal como afirma Bazán, V en el artículo “El habeas data y el derecho a la autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”. *Estudios Constitucionales (Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales, año 3, nro. 2.)*. Santiago. 2005. Pág. 113. Citando a Jiménez Escobar: “el derecho a la intimidad era una libertad fundamental perfectamente estudiada, nacida como categoría jurídica el siglo pasado (se refiere al siglo XIX), y sin el aboengo de otros derechos humanos, pero totalmente definida, acotada, documentada. Acudir a esta categoría evitaba la fastidiosa tarea de crear un nuevo derecho (o el tener que prescindir de un determinado derecho) al que designar como objeto de la agresión de la tecnología”.

bajo la óptica de la doctrina se sitúa a los profesores Antonio Pérez Luño y Pablo Lucas Murillo, quienes se pueden considerar como aquellos que iniciaron y realizaron su estudio sistemático en España. En igual sentido, sus aportes permiten entender la situación sobre la protección de datos de carácter personal y además son a quienes se atribuye la gran discusión entre el llamado derecho a la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa y especialmente su vinculación o no con el derecho a la intimidad.

2. La doctrina.

Son entonces, los profesores Antonio Pérez Luño y Pablo Lucas Murillo los que comprenden las opiniones calificadas y especialmente quienes –en España- poseen la voz primaria en cuanto al estudio sistemático y doctrinal del derecho a la protección de datos de carácter personal. Ahora bien, ambos autores no comparten dicha calificación de derecho a la protección de datos de carácter personal⁹⁹, sino que han optado por denominarlas libertad informática o autodeterminación informativa, según se verá.

En ese orden de ideas, se considera prudente conocer del por qué de sus acepciones, la fundamentación de sus ideas y de manera sencilla presentar sus consideraciones acerca del tema.

Para ello, se hará referencia a la libertad informática, en primer término, teoría que considera Antonio Pérez Luño, y que recoge en varias de sus obras.

⁹⁹ O por lo menos no la asumen a priori.

2.1. La libertad informática. Teoría de Antonio Pérez Luño.

Bajo un esquema preliminar y ante la promulgación de la CE de 1978, Pérez Luño, inicia su estudio¹⁰⁰ –que luego denominará la libertad informática- ante la concepción de que la informática representa una amenaza al derecho a la intimidad. Plantea así una nueva dimensión de la intimidad y de su configuración, siendo su integración al esquema constitucional muestra de esto.

Tal consideración parte de lo expresado así:

“Para entender mejor la raíz ideológica de la alternativa libertades-derechos sociales, así como la necesidad de su superación en los términos en que se halla planteada, me ha parecido de interés enfocarla en relación con un problema concreto como es el de la protección del derecho a la intimidad frente al proceso electrónico de la información y su almacenamiento (*storage*) en banco de datos.

El fenómeno de la informática ha supuesto una auténtica revolución en el ámbito de los métodos tradicionales para la organización, registro y utilización de informaciones. La dimensión cuantitativa de las informaciones que pueden ser almacenadas y transmitidas es de tal magnitud que ha dado lugar a un auténtico cambio cualitativo, que obliga a considerar el problema de las relaciones entre intimidad e información bajo un nuevo prisma.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Sin embargo, podemos encontrar sus obras desde 1971, como es el caso de “La juscibernética en España”, en la *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2. Págs. 303-327; o “Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico.” *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia.

¹⁰¹ Obra cit. Pérez Luño, A. *La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978...* Págs. 61.
Véase también, Pérez Luño, A. “Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española.” *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24, noviembre-diciembre. 1981. Pags.31-53.

Pero además, al referirse al artículo 18 y especialmente al hacer el énfasis en el numeral cuarto, se permite concluir que el derecho que se protege o bien jurídico que se protege, es el derecho a la intimidad, esto es, no forma parte de su argumentación, ni la libertad informática, ni la autodeterminación informativa y mucho menos la protección de datos, criticando que la concepción o consideración de la intimidad sólo fue concebida únicamente bajo una visión individual, dejando de lado el ámbito social que va a nacer ante las nuevas tendencias y posibilidades tecnológicas, por lo que era necesario incluir dicho matiz a nivel constitucional. Ello lo expresa al indicar que:

“...el hecho de haber otorgado rango constitucional a esta cuestión, supone un gran avance respecto a la situación anterior. Ahora bien, el encuadre del precepto en el marco de las libertades públicas y el restringido alcance expreso de su contenido a la órbita personal y familiar supone —y es lo que voy a tratar de evidenciar en adelante— un planteamiento fragmentario e individualista de la compleja serie de cuestiones de matiz personal y social que hoy se debaten y suscitan en el marco de las relaciones entre intimidad e informática. En efecto, entiendo que en la redacción de este párrafo el bien jurídico protegido —la intimidad— aparece concebido dentro de unas coordenadas individualistas, como un derecho del individuo a la soledad [...]. Quedan, por tanto, fuera de esta norma constitucional los aspectos sociales y colectivos de la cuestión tendentes a posibilitar a las personas y a los grupos el acceso a las informaciones que directamente les afectan.”¹⁰²

Por esa razón, plantea el autor una relación directa entre el artículo 18.4 y 105, b) de la CE, como una suerte de complemento al primero de los nombrados, independientemente que en el artículo 105, b) no se plantea el asunto de la

¹⁰² Ibíd. Págs. 62-63.

informática ni se coloca en el título de los derechos, sin embargo, en dicho artículo 105, b) se incluye claramente a la intimidad y su garantía ante los registros administrativos. En todo caso, a pesar de que parte de la base de que el tratamiento constitucional no fue el más afortunado y que posee defectos prácticos, el asunto es que la previsión fragmentada (en los artículos 18.4 y 105, b), constituye el derecho a la intimidad y es su incorporación en la CE lo que trata de garantizar y proteger el constituyente frente a la amenaza de la informática.¹⁰³

Pero, a tal punto de análisis preliminar y erróneo parte el aludido autor, que además de sólo ver el derecho a la intimidad como la previsión o derecho contenido en el artículo 18.4 de la CE, también al analizar su desarrollo y evolución, termina por asemejarla o igualarla con la configuración de la *privacy* norteamericana, esto es, aludiendo que la intimidad y *privacy* son lo mismo. Esto lo expresa así:

“A partir de ese momento la *privacy*, equivalente de nuestra noción de intimidad, ha asumido un papel ambivalente: de un lado, ha sido esgrimida con intención conservadora para no proporcionar a los poderes públicos informaciones personales y económicas con el propósito de eludir la presión fiscal; de otro, se ha utilizado desde posiciones progresistas para reaccionar contra la acumulación de datos destinados al control de comportamientos ideológicos con fines discriminatorios. En el contexto descrito se mueve hoy el derecho a la intimidad sobre el que se proyecta la informática.¹⁰⁴

De manera que, su enfoque original no toma en cuenta ni a la protección de datos, libertad informática ni a la autodeterminación informativa, sino al derecho a la intimidad, y sobre él la amenaza constante y creciente de la informática, como concepto que frente a su desarrollo se asemeja al de la *privacy* –que ya se ha

¹⁰³ *Ibíd.* Véase también el aparte sobre el artículo 18.4 de la CE, específicamente los comentarios de Serrano Pérez, M. M. en cuanto a la relación del artículo 18.4 y el 105, b) de la CE.

¹⁰⁴ Véase también, Pérez Luño, A. “Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española.”... Pags. 67.

dicho- convicción que más adelante abandonará y centrará su estudio en la libertad informática.

En ese orden y dirección, al análisis preliminar que realiza Pérez Luño del artículo 18.4 de la CE, en 1981 –dos años después de la primera obra-, elabora un conjunto de principios necesarios, que deben tomarse en cuenta en la construcción de una ley española que regulara el asunto de la informática. Por lo que utiliza el término *libertad informática* al incorporarlo dentro del conjunto de principios enumerados. Lo hace de la siguiente forma:

“4) *Reconocimiento de la libertad informática* que comporta garantizar a las personas individuales y en su caso colectivas (partidos, sindicatos, asociaciones...), el derecho fundamental a: a) la *información*, esto es, la posibilidad de conocer los bancos de datos existentes, así como su titularidad y finalidad; b) el *control* que se desglosa, a su vez, en la facultad de *acceso* por parte de los afectados a las informaciones que les conciernen, en lo que se ha visto la consagración de un *habeas data* por su finalidad equiparable al clásico *habeas corpus* (40), la facultad de *corrección y cancelación* de los datos inexactos o procesados indebidamente, el denominado derecho al *olvido*, esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (por ejemplo, antecedentes penales) deben ser eliminadas de los *dossiers* transcurrido un determinado período de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado (41), y c) la *tutela* de las facultades anteriores mediante el establecimiento de los oportunos recursos.”¹⁰⁵

De esto modo, la *libertad informática*, bajo la tesis de Pérez Luño, comprende la *información sobre* los bancos de datos existentes, así como su titularidad y finalidad, su *control*, que comprende el *acceso* (mediante el *habeas data* que permitirá: la

¹⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 50.

corrección, cancelación de los datos, el olvido), y finalmente la *tutela* por medios o recursos oportunos.

Esa visión es la que permitirá luego desarrollar la concepción del nuevo derecho, bajo los contenidos planteados, concepción que luego se apartará del derecho de la intimidad como eje central o determinante, construyendo así un nuevo concepto o derecho –como se ha señalado-, el derecho a la *libertad informática*.

Toda esa construcción o redimensionamiento que hace Pérez Luño del derecho a la libertad informática, va a tener su génesis en el desarrollo generacional de los derechos humanos. Partiendo de esa visión habla de una primera generación (basada en las libertades individuales), en la cual se exige la autolimitación y la no intromisión de los poderes públicos en la esfera individual; la segunda generación (basada en los derechos económicos, sociales y culturales), y cristalizada jurídica y política en el Estado Social de Derecho, en la que se exige una actuación activa de los poderes públicos y garantizada a través de ellos; y la creación de una nueva categoría o nueva generación (la tercera), en la cual se encuentran las nuevas tendencias universales, como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, la calidad de vida, o la *libertad informática*. En ese orden, indica el autor que el mismo desarrollo de los derechos humanos ha llevado a que el concepto de intimidad se vincule con el libre desarrollo de la personalidad (caso el artículo 2.1 de la República Federal de Alemania, o el caso del artículo 10.1 de la Constitución Española: identidad, dignidad, libertad e igualdad), y de allí la creación del concepto de autodeterminación informativa, como una construcción de la doctrina y jurisprudencia germana, que debe entenderse como un equivalente a la libertad informática.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Véase Pérez Luño, Antonio. "Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data". Edición a cargo de Luis García San Miguel Rodríguez-Arango (*Estudios sobre el derecho a la intimidad*). Tecnos. Madrid. 1992. Págs. 36 –39.

De manera que, con el ropaje de la intimidad y su existencia, que en definitiva se amplía con la visión germana del libre desarrollo de la personalidad, Pérez Luño asemeja la autodeterminación informativa a lo que él concibe como libertad informática, incluso en el entendido que la autodeterminación es una facultad en la esfera informática que va a tener como instrumento principal al habeas data o “facultad de las personas de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos informatizados”.¹⁰⁷

La existencia de la libertad informática y del derecho a la autodeterminación informativa -esas nuevas categorías-, van a permitir que ante la influencia de desarrollo y creación de una nueva generación de derechos humanos, existan cauces procesales -cauces de tutela- que permitan que la intimidad, ampliamente amenazada por las sociedades tecnológicas, no deriven en una obra cerrada y acabada.

En ese sentido, Pérez Luño, fabrica una postura basada en una nueva generación de los derechos humanos, esto es, la tercera generación, en la cual se construye la libertad informática, asemejada a la llamada autodeterminación informativa, agregando un tercer concepto, cuya existencia permitirá el nacimiento real del nuevo derecho y la facultad de conocer y de controlar la información existente en banco de datos automatizados (habeas data).

A partir de todo lo dicho, se establecen algunas consideraciones o cuadro resumen de la posición de este autor:¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 40.

¹⁰⁸ *Obra cit.* Pérez Luño, A. “Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)”... Págs. 137-183. También véase, Pérez Luño, A. *Manual de informática y derecho*. Ariel. Barcelona. 1996. Pág. 43 y ss.

- Es equívoco hablar de protección de datos, cuando lo que se protege son las personas o los ciudadanos y por ende sus libertades, no siendo estos -sus datos- la causa de protección.
- La libertad informática: es un nuevo derecho fundamental que se construye sobre los siguientes conceptos: **Libertad Informática**, facultad de conocimiento, acceso, control de las personas, sobre aquella información que le concierne, la **Autodeterminación Informativa**, la facultad de disponer sobre lo que se ha revelado y el uso de los datos (donde se incluyen todas las fases: elaboración y uso), y el **Habeas Data**: la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones en bancos de datos, su control (implica corregir, cancelar la información inexacta o indebidamente procesada) y disposición en su transmisión, se trata de “un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática”¹⁰⁹ ;
- El derecho a la Libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, son conceptos sinónimos, o éste último facultades dentro de un mismo concepto.
- El derecho a La libertad informática se distingue del derecho a la protección de datos. El primero, atiende a la esfera subjetiva de la protección de datos, es decir, a esa garantía necesaria para que los ciudadanos puedan conocer, acceder y controlar su información, mientras que el segundo corresponde a un presupuesto axiológico o marco organizativo de la información (apoyo estructural y normas de organización). Ambos conceptos comprenden la doble función de los derechos fundamentales, en su visión objetiva y subjetiva, por los que son necesarios y se complementan.

¹⁰⁹ Ibídem. Pág. 44.

- El derecho a la libertad informática, corresponde a un nuevo derecho fundamental y autónomo: a) porque se desarrolla bajo la dimensión individual y colectiva de la intimidad, pero ello no es exclusivo, ni la única vinculación que posee, toda vez que se relaciona con otros derechos (expresión, ideología, comunicación entre otros), b) porque no forma parte del derecho a la libre personalidad, porque de ser así, ello dificultaría la relación con otros derechos fundamentales, c) porque parte de la nueva visión dinámica de los derechos fundamentales derivados de la influencia e impacto tecnológico, d) porque posee una garantía propia (habeas data).

De modo que, Pérez Luño aboga por la Libertad Informática, que es sinónimo de la Autodeterminación Informativa. Plantea una de las garantías especiales del nuevo derecho (habeas data), y a la vez lo concibe como un nuevo derecho, autónomo, que incluso va más allá del derecho a la personalidad, y que se relaciona con la intimidad, pero no de manera decisiva, sino también con otros derechos y especialmente con la identidad, dignidad, libertad e igualdad, cuya base constitucional está en los artículos 18.4 y 105, b) de la CE, derecho que le permite a cualquier ciudadano (individual o colectivo) conocer, acceder, controlar, corregir, rectificar, destruir, los datos personales inscritos en programas electrónicos, bajo un apoyo estructural y normas de organización y bajo la existencia de garantías que permitan su existencia real y efectiva.

Necesariamente, debemos expresar que aunque tiene elementos interesantes que se expresan desde la consolidación de una serie de facultades que derivan del derecho, el asunto es que la base de la intimidad pareciera meridional para Pérez Luño, lo cual lo coloca ante una visión positiva o amplia, pero que –como veremos– no representa la visión que plasmará el TC, en la consolidación del nuevo derecho. Además, pareciera hacer una disección del nuevo derecho que tiende a subdividirlo,

con lo cual se dificulta el asunto neural, pero a la vez olvidando los asuntos fundamentales a abordar y dilucidar.¹¹⁰

2.2. La autodeterminación informativa. Teoría de Pablo Lucas Murillo.

Otro planteamiento es el de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, a quien se le atribuye la concepción de la Autodeterminación Informativa en España (que deriva de la concepción alemana).

En el caso de Lucas Murillo, además de tomar como punto de partida el texto de la Constitución española (18.4), que claramente le llevará a la construcción de un nuevo derecho constitucional - a partir de la limitación del uso de la informática-, lo cierto, es que necesariamente avanza desde la visión de la intimidad, a los fines de poder determinar si con ella se construye el nuevo derecho. De hecho, lo expresa así:

“Ahora bien, el llamamiento que efectúa el artículo 18.4 de la Constitución es meridiano y, dejando ahora las consideraciones relativas a la urgencia con que es preciso atenderlo, sitúa claramente el debate en torno a la regulación de la informática en el terreno del derecho a la intimidad, aunque no haya que excluir que otros derechos se vean también implicados. ⁶ Esta conexión constitucional intimidad-informática obviamente no es casual y justifica que, a tenor de lo dicho, nos preguntemos si es posible construir, a partir de esta premisa normativa, un derecho fundamental a la autodeterminación informativa.”¹¹¹

¹¹⁰ Y como se apreciará al final de este capítulo, será incluso la corriente que impregnará el derecho Latinoamericano y que permitirá aflorar el Habeas Data, separándolo del derecho a la protección de datos personales o colocarlo al mismo nivel.

¹¹¹ Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *El Derecho a la autodeterminación informativa...* 1990. Pág. 30.

En ese recorrido, el autor deja claro que si bien la visión ha sido vincular el derecho a la autodeterminación informativa al de la intimidad, incluso partiendo del desarrollo histórico, lo cierto es que la intimidad constituye un concepto preinformático (que se coloca en el ámbito de la persona, con una primera noción restringida y hoy día en una visión más extenso o ampliado), sin embargo, la protección de los datos y su técnica se presenta con mayor complejidad que rebasa incluso la intimidad, porque atenderá a los poderes del individuo con las limitaciones de los terceros, así como las diferentes garantías necesarias, donde incluso los datos que se protegerán no necesariamente serán íntimos, esto es, pueden ser del conocimiento de otros, o incluso insignificantes, siendo por tanto un ámbito mucho más amplio que el de la propia intimidad (concepto incluso impreciso por su constante movimiento), donde su punto de partida será la influencia de la informática y su incidencia en la esfera de los individuos y el valor que se le otorga en el artículo 18.4 de la CE. De acuerdo a lo expresado, Lucas Murillo diferencia la autodeterminación informativa del derecho a la intimidad, puesto que al tener ámbitos materiales distintos o no coincidentes, el primero con una concepción preinformática y el otro bajo un sector especializado y cada vez más articulado. Por lo que afirma que se trata de un nuevo derecho que es producto de la informática y aunque la idea de su existencia es preservar la información individual, sea ella íntima o no, el bien que se tutela no es la intimidad, sino la autodeterminación informativa que claramente se diferencia de aquella.¹¹²

Bajo la concepción y construcción del nuevo derecho a la autodeterminación informativa, de cara al artículo 18.4 de la CE y el bien jurídico protegido, el autor distingue entre éste y el derecho al honor, estableciendo su escasa vinculación ante la poca amenaza que representa para él la informática. También, indica su desvinculación con la propia imagen, la cual olvidó el constituyente nombrar en el propio 18.4 y en el 105. b). En cuanto a la intimidad, si bien reconoce que su protección se inicia a partir de allí, ésta posee una suerte de esfera personalísima o restringida integrada por las convicciones, sentimientos y recuerdos, relaciones

¹¹² *Ibidem*. Págs. 88-124.

sexuales, familiares y de salud, en las cuales no se plantean los problemas. Sin embargo, existen varios conceptos (*soledad* de orden físico que se refiere al último estadio interpersonal, o la *intimidad* sin aislamiento que atiende a las relaciones restringidas, o el *anonimato*, que alude a la falta de identificación personal, o la *reserva*, que tiene que ver con la barrera psicológica frente a las intromisiones que no se desean), como conceptos restringidos, o un ámbito amplísimo que no solamente chocan con otros derechos, sino que desvirtúan incluso el propio concepto de intimidad, que no es precisamente el concepto que atiende el ordenamiento jurídico español, sino una visión o concepto restringido, porque de lo contrario se puede “...desnaturalizar el derecho que la tutela y de mermar su nivel de protección...”¹¹³

En ese sentido y orden de ideas, Lucas Murillo plantea que la solución de formulación del nuevo derecho, debe atenderse no desde la formulación textual del nuevo derecho, prevista en el artículo 18.4 de la CE, sino hacer su deducción a partir de su propio contenido, para así poderle dar una fundamentación constitucional satisfactoria¹¹⁴

¹¹³ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos personales*. Pág. 27 y ss.

Sin embargo, autores como Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág 81-82. Indican que este autor plantea una concepción de la intimidad a nivel restringido que se aparta de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, toda vez que, que afirma que existen área que no abarca la técnica de la informática, cuando en realidad y según Serrano, todas son susceptibles de automatización, por lo que considera una noción confusa de la intimidad a nivel restringido, que no comparte con la protección de datos igual objeto de tutela de manera absoluta, lo cual siendo así, la protección de datos dejaría desprovistos a una serie de derechos que son simplemente datos personales, y dejaría por fuera un número considerable y que son sujetos de verdadera protección. Por esa razón, Serrano indica que la distinción de la intimidad a nivel restringido y amplio radica en las facultades que se otorgan a los individuos y no en los elementos que se incluyen bajo su protección. La distinción es, o la concibe como una restricción o facultad de excluir las interferencias (restringida), o si se concibe a la intimidad como el control de las informaciones; y no como afirma Lucas Murillo, si se trata de información reservada o cualquier información irrelevante. De modo que, el asunto no es el objeto del derecho, sino el sujeto y sus posibilidades. Bajo lo dicho la intimidad es un derecho que se afirma sobre la prohibición o exclusión y no plantea (bajo la visión restringida) ninguna posibilidad de control. En ese sentido, y de acuerdo a lo argumentado por el Tribunal Constitucional Español y la sentencia 292/2000, el asunto no se centra en los datos íntimos, sino en cualquier tipo de dato personal, íntimo o no, que pueda afectar derechos sean o no fundamentales, porque el objeto es la protección de datos de carácter personal.

¹¹⁴ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos personales*. Págs. 27 y ss.

Continuando, nos indica que el artículo 18.4, crea la suerte –bajo la concepción de un nuevo catálogo de derechos- de facultades que superan los mecanismos típicos (incluyendo el de la intimidad), y que van a asegurar el control que sobre ella se dispone o utilizan los terceros, evitando perjuicios, con un sistema instrumental, garantías, procedimientos y sanciones, es por tanto:

“...el control que cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad.¹¹⁵

Así mismo, dispone el autor que ante la existencia del artículo 10.2 de la CE, mediante el cual se eleva el nivel interpretativo de los derechos fundamentales, los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, permiten que el artículo 18.4 se interprete a la luz del Convenio 108 de Consejo de Europa y con ello se le da el verdadero contenido al nuevo derecho fundamental.

De todo lo dicho, se expone un resumen de su posición:¹¹⁶

- Aclara el Magistrado, que aunque consistentemente ha utilizado el término autodeterminación informativa, y dicho término ni lo recoge el derecho positivo español ni el europeo, sino que se habla del derecho a la protección de datos de carácter personal, más allá que establecer una disputa conceptual, el

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 33.

¹¹⁶ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L. *El Derecho a la autodeterminación informativa* (“la construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”). Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. Págs. 11-77

asunto es que ambos conceptos se identifican con la misma figura y lo más importante, es el mismo contenido el que plantean.

- Se trata de un nuevo derecho, reconocido –vía jurisprudencial, doctrinal, legislativa- como derecho fundamental de última generación, que deriva del progreso tecnológico.
- Las principales características del régimen jurídico de la protección de datos en España, tienen su asidero en el Convenio 108 del Consejo de Europa.
- Se trata de un derecho, que se ha convertido en una categoría transversal, que ha superado incluso los derechos previstos en el apartado 18.1., en la medida que se preocupa por garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos.
- La entrada del nuevo derecho en España lo ha dado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 292/2000, del 30 de noviembre.

Bajo lo revisado, dicha posición doctrinaria presenta mayor aceptación y claridad en torno al nuevo derecho y un acercamiento a la configuración que viene a desarrollar el TC, a través del cual –tardía-, pero finalmente concibe el nuevo derecho frente a la concepción del derecho a la protección de datos de carácter personal, después de casi 22 años y de una larga revisión –principalmente doctrinal-, lo cual se comenta a continuación, y representa la consolidación de un nuevo derecho fundamental que hoy se exporta y continúa en desarrollo en Latinoamérica.

3. Las sentencias del Tribunal Constitucional Español sobre la interpretación del artículo 18.4.

Como ya se ha indicado, y principalmente apreciado, en el desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, si bien la doctrina ha emprendido un desarrollo constante en la concepción del derecho y algunos países realizaron incorporaciones inequívocas sobre éste (como el caso de Portugal), el TC no siguió la misma suerte, debatiendo poco sobre la materia y finalmente estableciendo el derecho a partir del año 2000, esto es, incluso después de los dos instrumentos legislativos principales en España.¹¹⁷

De acuerdo a ello, en sus inicios el TC aborda la influencia por el uso de la informática, así como, reconoce los grandes peligros que suponen las nuevas tecnologías, y lo asume desde la óptica del derecho a la intimidad de manera única y exclusiva. Posteriormente, se plantea una segunda etapa, donde reconoce la existencia de un nuevo derecho, la *“libertad informática”*, pero sin abandonar la concepción y su argumentación desde el derecho a la intimidad. Va a resultar –luego de la aprobación de la Directiva 95/46 del Consejo de Europa y las leyes orgánicas

¹¹⁷ Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), y la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). También, y como posición en contrario a la expuesta por la mayoría de la doctrina, puede verse la obra cit. Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Págs. 328 y ss. Aquí el autor se plantea si se trata de: ¿Una fundamentación autónoma del derecho a la protección de datos? o es una creación ex-novo de un derecho fundamental. Tal indicación la hace a partir de su visión, que se expresa así: “si se hubiese acudido a la voluntad del constituyente como criterio del que inferir el sentido último del precepto no puede asegurarse con certeza que pudiera probarse sin ninguna duda que éste quisiera atribuir al artículo 18.4 CE los mismos efectos que el Tribunal Constitucional Federal Alemán otorga a la categoría del derecho a la autodeterminación informativa, ni tampoco exactamente el mismo fundamento, o al menos el empleo de una técnica equivalente. Lo que sí resulta en cambio plenamente demostrable es la voluntad expresa de integrar el precepto en los derechos que tutelan la vida privada en sus distintas facetas. [...] El Alto Tribunal, ha optado por una tercera vía consistente en hacer residir el derecho a la protección de datos en el artículo 18.4 CE probablemente ante el reto de dar un pequeño salto en el vacío y crear jurisprudencialmente ex-novo un derecho fundamental cuya fundamentación real no debiera haber sido otra que la garantía de la personalidad y del ser humano que contiene el artículo 10.1 CE tomando como referente interpretativo el derecho a la vida privada que implícitamente consagra el artículo 18 CE visto a la luz de los convenios internacionales sobre la materia.”

españolas y luego de la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, que el TC reconoce expresamente el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, de manera autónoma, separándolo del derecho a la intimidad (su objeto y contenido).¹¹⁸

3.1. Primeras sentencias.

A partir de lo afirmado, en las primeras sentencias el TC, afianza su visión y atención en todos aquellos peligros que sobre el derecho a la intimidad plantea la informática. Partiendo de esas consideraciones, pierde de toda vista la gestación de un nuevo derecho y especialmente su verdadera autonomía.

Dentro de esos inicios se plantea la sentencia 110/1984 del 26 de noviembre, en ella se considera la anulación de la Resolución de la Directiva General de la Inspección Financiera y Tributaria que autorizaba la investigación de las operaciones activas y pasivas del recurrente en determinadas entidades bancarias, es decir, se trataba de la investigación de cuentas bancarias, a través de la solicitud de datos de carácter económico por parte de la entidad correspondiente. Con base a ello, el TC, establece lo siguiente:

“...el reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. [...] el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio

¹¹⁸ Véase la Obra cit. Arenas, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 445.

físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De ahí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida privada”. (F.J. 3).

De esta manera, el centro de estudio es “la intimidad” e incluso partiendo de conceptos sinónimos entre ella y la vida privada. Además, dicho análisis tiene como punto de partida la propia argumentación que plantea el recurrente, quien manifiesta sus temores de poder ser objeto de identificación en su manera de actuar, al utilizar términos como la creación de una “biografía personal de números” como contribuyente, todo ello frente a la investigación de sus cuentas, es decir, la amenaza que representa para el contribuyente la utilización de sus datos y el abuso en su utilización por parte de la Administración.

A dicho planteamiento el TC afirma lo siguiente:

“... el recurso no se plantea tanto frente a una presunta vulneración actual del derecho a la intimidad como en previsión de vulneraciones futuras y eventuales. Pero el recurso de amparo no tiene carácter cautelar, y este Tribunal no puede pronunciarse sobre lesiones de un derecho fundamental que aún no se han producido.”. (F.J. 6).

Bajo la óptica del derecho a la intimidad, las consideraciones del TC son acertadas, pero desde la óptica del derecho a la protección de datos personales y las violaciones al artículo 18.4 de la CE ello no es así, toda vez que –como ya se ha explicado- el ciudadano tiene derecho al acceso, control y seguimiento de sus datos personales y principalmente a utilizar las garantías necesarias para el resguardo ante posibles amenazas de este, que se traducen en la manipulación de los mismos

por terceros y la falta de su control por parte del titular. Por lo que, mediante la presente decisión el TC estaba expresando que el derecho de intimidad no era del todo suficiente para atender la influencia que producían la tecnología en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Una segunda decisión, que resulta interesante considerar, es la sentencia 142/1993 del 28 de mayo, mediante la cual se plantea la lesión del derecho a la intimidad ante la entrega a los diversos representantes de los trabajadores de una copia del contrato de trabajo, donde existían un conjunto de datos personales de los trabajadores (a nivel económico). Nótese que aquí el TC avanza en el camino del establecimiento del nuevo derecho, al delatar el peligro en la utilización de los datos para fines distintos, pero como era lógico bajo el resguardo del derecho a la intimidad.

De hecho en su proceso argumentativo, el TC al describir al derecho a la intimidad, lo hace –bajo lo que ya ha comentado- es decir, bajo la visión restringida, indicando que el:

“atributo más importante de la intimidad, como núcleo de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos.”. (F.J. 8).

Como se ha dicho, el TC no reconoce la existencia de un nuevo derecho mediante la sentencia, y su nivel de aceptación llega hasta el derecho a la intimidad, sin embargo, no cabe duda de la atención sobre el uso y abuso de las nuevas tecnologías y principalmente a la informática, pero se agregan, cuando se refiere a la finalidad del tratamiento del dato, los elementos que tienen que ver con la licitud o no del mismo.

Ello se desprende de las siguientes consideraciones que parten de la aludida sentencias, al establecer el TC que:

“...lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de esta circulación no es un incondicionado y absoluto derecho a la preservación de la reserva sobre los datos económicos sino la aptitud de éstos para, en un análisis detallado y conjunto, acceder a informaciones no ya atinentes a la esfera económica de la persona sino relativas directamente a su vida íntima personal y familiar. Este fenómeno ha sido destacado por la STC 110/1984 en la que se ha advertido la posibilidad de que, en una sociedad tecnológicamente avanzada, a través del estudio sistemático de las actuaciones económicas de un determinado sujeto, pueda llegarse a reconstruir no ya su situación patrimonial sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término.”. (F.J. 8).

En todo caso, y como se ha afirmado, el centro de estudio gravita desde el artículo 18.1 de la CE, esto es el derecho a la intimidad, olvidándose de manera absoluta de las previsiones constitucionales del artículo 18 en su aparte 4, referido al derecho a la protección de datos de carácter personal.

3.1.1. El reconocimiento del derecho a la “libertad informática” y el recorrido hacia el establecimiento del nuevo derecho.

La sentencia 254/1993, del 18 de agosto, es reconocida como la primera sentencia, en la cual se trata el contenido previsto en el artículo 18.4 de la CE, donde y como se ha acotado, de acuerdo a la CE, se afirma que:

“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar

de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”

Además, representa la primera sentencia donde el TC alude a uno de los términos doctrinarios, como es el de la “liberación informática”, aunque con la recurrencia y vinculación con el derecho a la intimidad. Ciertamente, es una mirada, una apertura del TC hacia la nueva concepción y especialmente la aceptación de que es en el seno de la Administración un ámbito donde existe una capacidad lesiva importante respecto a los datos que sobre las personas se manejan.

Se trata de un caso que se origina ante una petición de información que hiciera un ciudadano vasco al Gobernador Civil de Guipúzcoa sobre ficheros automatizados que estaban en la Administración General del Estado que podían contener datos de su persona. Ahora bien, ante la negativa de la Administración –vía silencio administrativo- el ciudadano vasco acude a la vía contencioso-administrativa y ante la desestimación de dicho recurso, intenta un amparo a los fines o búsqueda de que se le permita o facilite los datos personales contenidos en los descritos ficheros.

De modo que, la sentencia 254/1993 del TC -aunque con imprecisiones- va a reconocer el derecho de cada ciudadano a manejar los datos personales que le conciernen y controlar el uso ilegítimo cuando se hallan registrados en archivos administrativos informatizados. Esto lo deduce al expresar que:

“...nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la

libertad frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona proveniente de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”. (F.J. 6).

Ante dicha consideración, el TC no llega a aclarar si se está frente a un nuevo derecho fundamental (ante el espectro informático), sino que pareciera plantear por el contrario, la protección que es necesaria, y se produce frente al ataque de la informática y lo que ella supone para la intimidad. Por lo que, si bien se avanza en el desarrollo y fundamentación del nuevo derecho, lo cierto es que la sentencia plantea ciertas confusiones,¹¹⁹ porque opta por darle al artículo 18.4 de la CE una doble vertiente o naturaleza, esto es, apreciarlo como un instituto o garantía de otros derechos, con énfasis en el honor y la intimidad, y en segundo lugar un derecho en sí mismo.¹²⁰

De manera que, la sentencia pareciera no aclarar de forma definitiva y absoluta la existencia de este derecho, y así el TC a pesar de indicar su doble dimensión y especialmente asumir el término “libertad informática”, luego confunde su argumentación cuando vuelve la vista hacia la intimidad, para darle un sentido distinto al concepto restringido o asume una dimensión positiva de este derecho –lo cual obviamente escapa de la noción estricta o restringida, o la llamada no injerencia- y acepta las nociones como "libertad informática" y habeas data como garantías de la intimidad frente a la informática, de acuerdo con el artículo 18,4 CE. Ello lo expresa cuando afirma que la:

¹¹⁹ Véase Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Págs. 164 y ss.

¹²⁰ Véase obra cit. Goig Martínez, J. M.; Núñez Martínez, Ma. A. y Núñez Rivero, C. *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universitas Internacional. Madrid. 2006 Pág. 240. Aquí se plantea que dicho término “libertad informática”, se reitera en las sentencias del TC: 143/1994 (FJ 7), la 11/1998 (FJ 4), la 94/1998 (FJ 6), y la 202/1999 (FJ 2).

“...constatación elemental de que los datos personales que almacena la administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en las facultades puramente negativas, de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad.

Un primer elemento, el más “elemental”, de ese contenido, es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: El uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de algunas garantías complementaria, y es aquí donde pueden venir auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues, como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informativa” es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”. (F.J. 7).

De manera que, si bien fue importante el punto de inicio y de configuración del nuevo derecho, lo cierto es que el ancla principal de desarrollo y que termina por fundamentar el TC es la intimidad (ahora como facultad de control de los datos personales de los ciudadanos ante la administración) y alrededor de ella la “libertad informática y el habeas data” como garantías de su protección. Así mismo, muestra un avance el TC, al tratar de establecer o inferir del artículo 18.4 de la CE su contenido mínimo al afirmar que:

“... de aquí no puede deducirse que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante de amparo no formen parte del contenido mínimo que consagra el artículo 18 CE con eficacia directa, y que debe ser protegido por todos los poderes públicos y en último término, por este Tribunal...”. (F.J. 6).

Dichas consideraciones, no cabe duda, son tomadas bajo el alcance y principios derivados del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre Protección de Datos, evidenciando, en la sentencia, la relación entre el artículo 18.4 de la CE y el mencionado Convenio, al establecer el TC que:

“El reforzamiento de la protección de los derechos nacionales venían dispensando a los datos personales de los ciudadanos obedece, como expone la Memoria explicativa publicada por el Consejo de Europa, a la creciente utilización de la informática para fines administrativos y de gestión; lo que da lugar a que “en la sociedad moderna, gran parte de las decisiones que afectan a los individuos descansan en datos registrados en ficheros automatizados.” (F.J. 4).

También se aprecia cuando se afirma que:

“La realidad de los problemas a los que se enfrentó la elaboración y la ratificación de dicho tratado internacional, así como la experiencia de los países del Convenio de Europa que ha sido condensada en su articulado, llevan a la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades”. (F.J. 7).

Como elemento adicional, y que puede tener influencia, es que unos meses antes de dictarse la sentencia 254/93, el legislador español promulgó la Ley Orgánica reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD 5/1992) -la cual no afectó el amparo intentando ni la sentencia dictada-. De acuerdo a lo comentado el avance fue importante, pero no completo ni decisivo en la proclamación del derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE.

Con posterioridad, en el año 1994, mediante la sentencia 143/1994, del 9 de mayo el TC se pronuncia -ahora atendiendo a la constitucionalidad del número de identificación fiscal (NIF)-, sobre el peligro nuevamente de la informática y su incidencia en la vida privada de los ciudadanos, pero atendiendo a sus “datos económicos”.

Claro está que, mantiene dicha sentencia los grados de indeterminación que inicialmente planteaba la 254/1993. Establece así la sentencia 143/1994 que:

“... es un hecho también admitido en la jurisprudencia de este Tribunal que el incremento de medios técnicos de tratamiento de la información puede ocasionar este efecto y, correlativamente, se hace precisa la ampliación del ámbito de juego de la intimidad, que alcanza a restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento, aún indirecto, que produzca este efecto, y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se otorgue al ciudadano, para salvaguardar el núcleo esencial del derecho”.
(F.J. 7).

Tal vez, uno de los aspectos interesantes de la sentencia aludida, es el añadido o nuevo término de autodeterminación –aunque ello no supera el centro de estudio basado en la intimidad- al declarar el TC que:

“... dada la conexión necesaria que ha de existir entre el derecho en cuestión [nos referimos a la intimidad] y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona, resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entender vulnerada su intimidad por la existencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial”. (F.J. 6).

En todo caso, pareciera aludir la sentencia al peligro que se delata ante el uso incorrecto de los datos personales para fines diferentes a los que se habían autorizado, lo cual atenta contra el derecho a la privacidad, colocando así a los “datos económicos del contribuyente”, más allá de la capacidad económica del mismo, considerándose como una nueva forma de intromisión al establecer que: “...la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, no en cuanto a la existencia misma de un Número de Identificación Fiscal, sino por ser éste un instrumento a través del cual se recaba información que puede ser utilizada de forma desviada, incidiendo en la esfera de reserva personal...”. (F.J. 5).

Claro está, que no se logra un avance en la concepción o determinación del nuevo derecho, pero se agrega el término de la **autodeterminación**, porque en la sentencia no se establece –como en la anterior- la existencia de un derecho autónomo, sino que el sustento se vuelve a centrar en la garantía a la intimidad, vista nuevamente bajo una concepción positiva, cuando el TC establece que no es posible: “aceptar la tesis que el derecho fundamental a la intimidad se agote en facultades puramente negativas [...] la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente inverso a la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta...”. (F.J. 7).

Otra sentencia que emana del TC en los años 1998, es la referida al debate sobre la utilización de datos personales por parte de RENFE. Se trata de la sentencia 11/1998¹²¹. En dicha sentencia, se resuelve el caso de un trabajador y el descuento realizado por RENFE de su salario por haber participado en una huelga, partiendo de la utilización de sus datos personales acerca de su afiliación sindical. En este caso, el TC afirma que: “el artículo 18.4 de la CE no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona...”. (F.J. 4).

De esta manera, las sentencias aludidas¹²² parecen abandonar la existencia de un nuevo y verdadero derecho apuntado de manera inicial, optando así por el amparo de la intimidad, intimidad que se concibe bajo una visión amplia y que abarcará la técnica de protección de datos como unas de las formas de interferencia de la vida privada.

Otro aspecto que deriva de lo anterior es la concepción positiva de la intimidad, seguida por el TC desde 1993; además de establecerse el uso legal o buen uso que se haga sobre los datos, estableciendo parte del contenido del artículo 18.4 de la CE, y finalmente, que a ese contenido se agregan un conjunto de facultades y derechos a los fines de controlar el buen uso sobre sus datos.

¹²¹ Véase la Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 449 y 450.

¹²² Tal como plantea en la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado....* Págs. 170 y 171.

3.2. Hacia el pleno reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal.

Antes de comentar el alcance y contenido de la sentencia 292/2000, del 30 de noviembre, donde se configura el nuevo derecho a la protección de datos, resulta interesante hacer algunos comentarios sobre la sentencia 290/2000, también del 30 de noviembre.¹²³

De hecho, su importancia permanece aunque en el transcurso de su tramitación fue reformada la LORTAD, toda vez que el propio TC, estableció que: “La regla general en este supuesto es que cuando la controversia competencial se ha planteado ante este Tribunal por el cauce del recurso de inconstitucionalidad o el conflicto de competencias y tal controversia pervive tras la derogación de la ley que ha suscitado el conflicto, es procedente que nos pronunciemos sobre el mismo.” (F.J. 4).

En ese sentido, el TC comienza por hacer frente a su estudio sobre las bases que ya hemos aludido, esto es, frente a la doble vertiente –ya comentadas- del derecho, al indicar que:

“En lo que respecta al primer presupuesto, si el art. 1 L.O.R.T.A.D. establece que su objeto es el «desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del art. 18

¹²³ Con dicha sentencia se resuelve la inconstitucionalidad presentada por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y por don Federico Trillo-Figueroa Conde, Comisionado por 56 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra diversos artículos de la Ley Orgánica 5/1992 (LORTAD), de 29 de octubre, esto es, la regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la competencia sobre derechos fundamentales y la Agencia de Protección de Datos. En el caso, se acumularon los recursos 201/93, 219/93, 226/93 y 236/93, y fue conocido por El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde. Dicho recurso se presente sobre la inconstitucionalidad de los arts. 6.2, 19.1, 20.3, 22.1 y 2.1, 24, 31, 39.1 y 2, 40.1 y 2, y Disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

C.E.», es procedente recordar que este precepto, como ya ha declarado este Tribunal, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además, en sí mismo, “un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”.¹²⁴

Ahora, si bien la descrita sentencia 290/2000 pareciera crear confusiones y la vinculación con el derecho a la intimidad, su orientación principal no será la intimidad, sino que incorpora un nuevo término: el “derecho fundamental a la protección de datos personales”, así como, comienza por darle mayor contenido al atribuido hasta la fecha, al indicar el TC las diversas facultades que derivan del mismo, estableciendo que:

“En efecto, ha de tenerse presente, como ya se anticipaba en la decisión de este Tribunal que se acaba de mencionar (se refiere a la sentencia del TC 254/1993), que el derecho fundamental al que estamos haciendo referencia garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos.

¹²⁴ FJ7. Reiterado en la sentencia del TC 254/1993, de 20 de julio, F.J. 6, doctrina que se reitera en las SSTC 143/1994, de 9 de mayo, F.J. 7; 11/1998, de 13 de enero, F.J. 4; 94/1998, de 4 de mayo, F.J. 6, y 202/1999, de 8 de noviembre, F.J. 2).

En suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental aquí considerado por parte de las Administraciones Públicas competentes.” (F.J. 7).

Así mismo, destaca el voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia, al que presta su adhesión el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, porque perfila de modo interesante el fundamento jurídico de los que él mismo llama el “derecho fundamental”, argumentos en los cuales no sólo se conjuga la sentencia 254/1993, sino el artículo 18.4, los tratados internacionales, hacia el establecimiento de las bases en el ordenamiento español de la libertad informática, al indicar que:

La STC 254/1993, F.J. 6, mencionó, por vez primera nuestra jurisprudencia, la libertad informática, entendida como un derecho fundamental «en sí mismo». Lo subraya bien la Sentencia a la que estoy formulando este Voto concurrente. Es un punto de apoyo para la pertinente construcción del derecho fundamental. Otra base firme la proporciona el art. 18.4 C.E. Pero la Sentencia convierte en base principal lo que en la Constitución es un simple mandato al legislador para que éste limite el uso de la informática.

A mi entender, la libertad informática, en cuanto derecho fundamental no recogido expresamente en el texto de 1978, debe tener como eje vertebrador el art. 10.1 C.E., ya que es un derecho inherente a la dignidad de la persona. Tal vinculación a la dignidad de la persona proporciona a la libertad informática la debida consistencia constitucional. También son preceptos que facilitan la configuración de la libertad informática los contenidos en los arts. 18.1 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

propia imagen) y 20.1 (libertad de expresión y de información), entre otros, así como los Tratados y Acuerdos internacionales, en cuanto son guías de interpretación constitucional (art. 10.2 C.E.): fundamentalmente, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), art. 8; el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), arts. 5, 6, 8 y 9; Directiva 95/46/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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, art. 13.

No ha de sorprendernos que en la Constitución Española de 1978 no se tutelase expresamente la libertad informática. Veintidós años atrás la revolución de la técnica en este campo apenas comenzaba y apenas se percibía.

No hemos de extrañarnos tampoco por la omisión de esta materia en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades españolas. El entorno es ahora distinto del que fue nuestro mundo en 1978. La informática no ofrecía las actuales posibilidades para el quehacer vital, tanto positivas como negativas, con la adecuada protección de la dignidad de la persona. Muy significativo al respecto es que en la recentísima Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se haya incluido como una de las primeras libertades (art. 8) la resultante de la protección de datos de carácter personal.

En suma, los cimientos constitucionales para levantar sobre ellos el derecho de libertad informática son más amplios que los que proporciona el art. 18.4 C.E.”.

Lo interesante del voto concurrente, es que a través del mismo se puede concluir lo siguiente:

- La existencia de un nuevo derecho fundamental, llamado Libertad Informática, ya referido -desde la sentencia 254/1993-.

- Este nuevo derecho nace ante la evolución de la informática, cuyo carácter hoy se presenta de manera positiva y negativa, esto es, no es la intimidad la que se presenta así y bajo una nueva configuración, sino la tecnología.
- Ante el desarrollo de la informática, el sólo artículo 18.4 de la CE no puede por sí solo servir de fundamento del nuevo derecho fundamental, él solo no dará respuesta ante los cambios y la evolución.
- La sentencia 254/1993 representó un punto de inicio al establecerlo como derecho fundamental, aunado al artículo 18.4 de la CE, sin embargo, la columna vertebral, que sostiene el nuevo derecho es la dignidad de la persona (prevista en el artículo 10.1 de la CE), por ser un derecho inherente a ésta, y es este artículo quien otorga la debida existencia y consistencia constitucional.
- Además, han facilitado dicha configuración otros derechos (los previstos en el artículo 18.1, como el honor, la intimidad y propia imagen, o los previstos en el artículo 20.1, libertad de expresión e información, entre otros).
- Pero el fundamento jurídico del nuevo derecho fundamental, también se ha nutrido de los diversos tratados y convenios internacionales suscritos por España, al servir como guías de interpretación constitucional, con base al artículo 10.2 de la CE. Se trata entre otros del: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), art. 8; el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), arts. 5, 6, 8 y 9; Directiva 95/46/C.E. del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 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, art. 13.

De esta manera, resultan interesantes los señalamientos antes indicados, en los cuales pareciera el autor avanzar en cuanto a la desvinculación de la libertad informática y su dependencia del derecho a la intimidad, concebida originalmente como garantía de la misma, asumiendo la visión positiva y negativa en el contexto de la informática y no de la intimidad, colocando a la intimidad como parte de ese grupo de derechos que ha facilitado su nacimiento y configuración, lo cual ratifica lo expresado por Lucas Murillo, al indicar que se trata de un derecho cuya configuración ha sido producto de la jurisprudencia, doctrina y la legislación.¹²⁵

De manera que, la sentencia 290/2000, abre el camino a lo que luego plantea de manera absoluta el TC, al configurar definitivamente el derecho fundamental de protección de datos y separarlo de manera tajante del derecho a la intimidad. En el proceso de transición de la sentencia 290/2000 y 292/2000, en España se reforma la LORTAD y se promulga la Ley Orgánica 15/1999, de fecha 13 de diciembre, sobre la Protección de Datos de Carácter Personal (en lo adelante LOPD). Es a partir de allí, que se hace presente el nuevo recurso y nuevo asunto que traerá consigo la nueva sentencia y el nuevo derecho.¹²⁶

En ese orden y dirección, la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, promovido por el Defensor

¹²⁵ Con la ayuda que otorga la perspectiva abierta de artículo 10.2 de la CE. Ver obra cit. Murillo, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa...* 2009. Pág. 71.

¹²⁶ Que en opinión de Davara Rodríguez, M. *La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*. Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Madrid, 2003. Pág. 16. Como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, en contra de los artículos 21. 1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, si bien la sentencia referida resulta interesante y rica, configura una fundamentación que afectan el contenido conceptual que sobre protección de datos se había planteado la doctrina

del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, esto es, ante la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales, por lo que se solicita la nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica.¹²⁷

En primer término, se recogen algunos de los argumentos que plasma el Defensor del Pueblo, en cuanto a los artículos 21.1¹²⁸ y 24.1¹²⁹ y 2¹³⁰ de la LOPD, y la lesión que ellos producen en el contenido esencial de los artículos 18.1 y 4 y a la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE. Así lo describe al argumentar en el recurso que:

¹²⁷ Arts. 21.1 (Comunicación de datos entre Administraciones Públicas) y 24.1 y 2 (otras excepciones a los derechos de los afectados) de la Ley Orgánica 15/1999, por vulneración de los arts. 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

¹²⁸ Ante la expresión "...por disposición de superior rango que regule su uso". El texto del artículo Art. 21.1 era: «Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos».

¹²⁹ al referirse a: "...funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas..." y «persecución de infracciones ... administrativas»; El texto del Art. 24.1 era: "1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas".

¹³⁰ Cuando expresa en su primer párrafo que "Lo dispuesto en el artículo 15 [derecho de acceso a sus datos por los afectados] y en el apartado 1 del artículo 16 [derecho de rectificación y cancelación] no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección". El texto del Art. 24.2 era: 2. Lo dispuesto en el art. 15 y en el apartado 1 del art. 16 no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección. Si el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas".

“los dos preceptos legales recurridos produce el resultado de que la L.O.P.D. posibilita, en primer lugar, que puedan hacerse cesiones de datos entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron su recogida. En segundo lugar, que el titular de esos datos no sea informado, cuando se recaban, de la posibilidad de dicha cesión, al no estar prevista en la norma que crea y regula el fichero. En tercer lugar, que la propia cesión se efectúa sin el consentimiento del afectado. Y, en cuarto y último lugar, que la autorización para efectuar esas cesiones puede contenerse en una norma de rango inferior a la Ley.”

“Sostiene el Defensor del Pueblo que la garantía constitucional introducida por el art. 18.4 C.E, instrumental de la de los derechos al honor y a la intimidad del párrafo 1 del art. 18 C.E, que en sí misma es un derecho fundamental (STC 254/1993) no permite límites mayores o más intensos que los previstos en los acuerdos internacionales ratificados en España, porque en ellos se determina el contenido mínimo del que dispone el derecho para garantizar su eficacia (art. 10.2 C.E. y STC 64/1991), ni hay precepto en nuestra Constitución que autorice imponer esos mayores límites. En consecuencia, los incisos impugnados del art. 24 L.O.P.D. no respetan el contenido esencial del derecho proclamado en el art. 18.4 C.E. y no permiten garantizar adecuadamente el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos al establecer límites al mismo sin cobertura constitucional.”

Lógicamente, el Defensor del Pueblo, se sitúa en la doble vertiente aludida por el TC en las sentencias comentadas, pero reconociendo la existencia del derecho y además su contenido esencial de cara al artículo 18.4 de la CE, esto es, el consentimiento del titular en la recogida de sus datos, la cesión de los mismos o utilización para fines distintos a los previstos en su recogida y sin su consentimiento, el derecho a informar al titular, entre otros.

Para resolver dicho recurso y las implicaciones, que lleva consigo la constitucionalidad de expresiones de dichos artículos, el TC reconoce el nuevo derecho previsto en el artículo 18.4 de la CE, procede a diferenciarlo del derecho a

la intimidad, y establece su contenido esencial. Asume así, el concepto de protección de datos personales como derecho autónomo y fundamental. De modo que, se apartará de la argumentación sostenida desde los años 1993 en cuanto la doble vertiente y la visión positiva de la intimidad.

A continuación se analiza, la estructura que nace con la sentencia: su diferencia entre éste derecho –la intimidad- y el derecho a la protección de datos, el objeto de la protección que posee el derecho a la protección de datos, el contenido esencial presente en el nuevo derecho, su fundamento en el orden internacional y los límites del derecho.

3.2.1. En cuanto al derecho a la protección de datos y su diferencia con el derecho a la intimidad.

A diferencia de las sentencias anteriores, con la sentencia 292/2000, el TC además de prevenir el uso y abuso que plantea la informática y toda la trama que ella produce en el tratamiento de los datos (su recogida, traslado, uso y finalidad), el asunto es que el punto de partida no se encuentra en la intimidad, porque afirma que: “el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.) no aporta por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico.” (F.J. 4). Así el asunto, no es que la intimidad plantea un aspecto o espectro positivo o posición amplia, sino que ella no será suficiente para hacer frente a una realidad informática, sino que por el contrario existe “un instituto de garantía «como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona», pero que es también, «en sí mismo, un derecho o libertad fundamental» (STC 254/1993, de 20 de julio, F.J. 6).” De esta manera, define al derecho a la protección de datos como el:

“... derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así

derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F.J. 5, 94/1998, F.J. 4.)” (F.J. 5).

Con lo dicho, diferencia claramente el TC el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos, aludiendo que poseen distintas funciones y distintos contenidos, aunque comparten el objetivo de proteger la vida privada de las personas, al expresar que:

“Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 C.E. debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 C.E.), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 C.E.). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.” (F.J. 5).

Por lo dicho, mientras el derecho a la intimidad plantea –con base al artículo 18.1 de la CE- el poder “...excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno...”[...] es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida...”; por otro lado el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de

disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.” (F.J. 6).

Por eso, el contenido y el objeto de la intimidad y el derecho a la protección de datos serán distintos. Por una parte, el TC asume la intimidad bajo una visión restringida, concebida como aquella no injerencia o exclusión frente a la vida privada, a través de la cual se impone a otros que se abstengan de interferir en el ámbito de lo íntimo o hacer uso de lo conocido. En cambio, el derecho a la protección de datos otorga a los ciudadanos un conjunto de facultades que impondrán a otros, permitiéndole ese poder de disponer sobre los datos personales.

3.2.2. El objeto de la protección que posee el nuevo derecho a la protección de datos.

Otro aspecto tomado en la sentencia 292/2000, es el objeto que persigue el derecho a la protección de datos, y cómo éste contiene un espectro mucho más amplio que el derecho a la intimidad, siendo incluso parte de las garantías de la propia intimidad, al indicar que:

“De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 C.E., sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida

privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, F.J. 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 C.E., e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 C.E., al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.” (F.J. 5).

Sin embargo, dicho derecho no se agota con la intimidad o en la intimidad, sino que se difunde o refiere a cualquier tipo de datos, estén en el ámbito de lo íntimo o no, y se encuentren en el seno constitucional o no, incluso en el contexto de lo privado y de lo público, porque se trata de un poder de disposición sobre los mencionados datos de las personas. Ello se expresa así:

“De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en

determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.” (F.J. 5).

De acuerdo a lo dicho por el TC, el objeto del derecho a la protección de datos no se limita a los datos íntimos de las personas, sino que atiende a cualquier tipo de dato, sea íntimo o no, e incluso independientemente del ámbito donde se plantee (a nivel público o a nivel privado). Porque, lo que tiene protección es el dato en sí, con el cual se identifique o permita identificar a una persona.

3.2.3. El contenido esencial presente en el nuevo derecho de protección de datos.

Como consecuencia de lo antes comentado, la sentencia 292/2000, también incorpora en el nuevo derecho a la protección de datos un contenido esencial ante el poder de disposición y control sobre los datos de las personas.

Aquí establece la sentencia las facultades de: “...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.” De manera que, los ciudadanos ante tal poder de disposición y control van a poseer un conjunto de facultades que se expresan en: “consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.” Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: “saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se “informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos

registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.” (F.J. 7).

Es lo que el propio TC ha denominado el poder o control, esto es, el poder de disposición que poseen los ciudadanos sobre sus datos, cuyas facultades que derivan de dicho poder permiten una plena actuación para que los intereses jurídicos que se tutelan tengan una vigencia o existencia real, efectiva y concreta.¹³¹

Integra así el derecho un conjunto de facultades que atiende a la defensa frente al conocimiento de los datos, sean éstos del ámbito íntimo o no, pero a la vez comprenden facultades que permitirán un conjunto de acciones sobre el manejo, seguimiento y destino de los datos de las personas, estén en manos del Estado o de los particulares, conjugando y manteniendo en su titular ese poder de consentimiento –expresado en las diversas facultades- de amalgamamiento sobre los datos que lo acompañará a donde quiera que vaya.

3.2.4. El fundamento del derecho a la protección de datos en el orden internacional.

Como bien lo refería el propio voto concurrente en la sentencia 290/2000, y como ha dicho la doctrina destacada, el derecho a la protección de datos plantea una construcción que ha derivado del desarrollo de los tratados internacionales, la doctrina, la consagración constitucional y lógicamente ante la configuración legislación. En el caso concreto, con la sentencia 292/2000 el TC, no se aparta de dicha previsión, sin embargo, es importante destacar que no asume un número

¹³¹ Ello se sustenta en la sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril (F.J. 8), donde le TC afirmó que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

abierto bajo el contexto constitucional de los derechos fundamentales, sino cerrado, como bien lo afirma cuando expone que:

“pues tanto los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite este precepto constitucional (se refiere al artículo 10.2 de la CE) como el Derecho comunitario derivado no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, como hemos declarado con tanta reiteración en nuestra jurisprudencia que excusa su cita. Aunque también hemos declarado reiteradamente que sus disposiciones, a tenor del citado art. 10.2 C.E., sí constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce.” (F.J. 3).

Ante lo expresado, la CE permite bajo el amparo del artículo 10.2 no incorporar de manera automática los derechos fundamentales, ni le otorga carácter constitucional a los tratados internacionales suscritos por España, sino que ellos serán los que permitirán interpretar y darle sentido a las disposiciones constitucionales, como es el caso del artículo 18.4 de la CE.¹³²

¹³² Nótese que en ámbito del derecho venezolano, la Constitución si permite tal incorporación, bajo la previsión de los artículos 22 y 23, llegando incluso al punto de colocar al mismo tenor los Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Venezuela con las normas constitucionales, cuando aquellos benefician a los ciudadanos y otorguen mayores garantías que las propias normas constituciones, ante ese debate, ellos pueden prevalecer. Así lo disponen los artículos:

“Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la

Ahora bien, como normas internacionales que permiten la construcción y que forman parte del ordenamiento jurídico internacional, en cuya interpretación se basa el TC -bajo la premisa comentada y con base al artículo 10.2 de la CE-, establece el TC en la mencionada sentencia 292/2000, cuáles son aquellas que van a permitir su construcción:

“Estas conclusiones sobre el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corroboran, atendiendo al mandato del art. 10.2 C.E., por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la STC 254/1993, F.J. 4, que no se limita «a establecer los principios básicos para la protección de los datos tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11», sino que los completa «con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8», al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa.

Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el

República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”¹³²

establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental.” (F.J. 8).

De acuerdo a lo expresado por la propia sentencia 292/2000, todos los instrumentos o tratado internacionales nombrados –de los cuales forma parte España- van a permitir establecer un régimen jurídico que regulan el ejercicio del derecho y sus facultades: la regulación sobre su recogida, la información a las personas sobre su origen y su destino, la rectificación y cancelación de los mismos, además del consentimiento en cuanto a su cesión y uso.

En este mismo contexto, y como bien se asume en la sentencia 292/2000 del TC, la Unión Europea también avanzó en el proceso de reconocimiento y garantía del nuevo derecho, a partir del año 2000 al aprobar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹³³ como una fórmula de integración jurídico-política, más allá de la económica, orientando la política europea hacia los derechos fundamentales.¹³⁴

¹³³ Proclamada en la Cumbre de Niza del 7 de diciembre del año 2000. Instrumento que en palabras de Piñar Mañas, J. L. en la obra publicada junto a Canales Gil, A. *Legislación de protección de datos. “Estudio introductorio”*. Iustel. Madrid. 2008. Pág. 22, se “...abre una nueva etapa, en la que nos encontramos, que se basa en la consideración de la protección de datos de carácter personal como un verdadero Derecho fundamental autónomo e independiente del Derecho a la intimidad...”.

¹³⁴ Véase la obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección...* Pág. 202.

Sin embargo –como se revisa en el capítulo tres-, no es sino mediante el Tratado de Lisboa,¹³⁵ que la Carta adquiere verdadera eficacia, porque de acuerdo al artículo 6.1 “...La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”, consolidando así una verdadera “Carta Constitucional”¹³⁶ a nivel europeo y la existencia de un derecho comunitario, en el que se reconoce expresamente el derecho a la protección de datos de carácter personal como derecho fundamental y autónomo.¹³⁷

3.2.5. Los límites al derecho fundamental a la protección de datos.

La sentencia 292/2000, plantea que no se puede pretender y entender la concepción ilimitada de los derechos fundamentales, sino que ellos como tal, presenta límites. Ese también es el caso del derecho a la protección de datos, claro está que esa limitación se plantea de manera directa o indirecta por la propia constitución. Ello lo afirma el TC al establecer que: “este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución...” (F.J. 11).

¹³⁵ Del 17 de diciembre de 2007, mediante el cual se modifican el tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

¹³⁶ Véase la obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección...* Pág. 218.

¹³⁷ Artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Según lo afirmado, el derecho a la protección de datos, encontrará sus límites en el propio derecho como tal, así como en los otros derechos, todos como parte de una misma constitución, pero además cuidando siempre la legitimidad en el fin y el contenido esencial del derecho a la protección de datos, debido a que en palabras del TC: “Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido”. (F.J. 11).

En ese sentido, dicha limitación debe guardar consigo lo previsto en el artículo 53.1 de la CE¹³⁸, o la reserva legal, esto es, como afirma el TC “la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental”, (F.J. 11), limitación que será inconstitucional si se hace “prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 C.E.)”. (F.J. 10).

De hecho, las mismas normas e instrumentos internacionales suscritos por España y el propio Tribunal Español de Derechos Humanos ha sostenido –de acuerdo a lo citado por el mismo TC que “...la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito.” (F.J. 9).

¹³⁸ En el entendido que ella plantea unas garantías mínimas cuando indica que (artículo 53.1): “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. **Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial**, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a. Además de la previsión del artículo 81.1 de la CE, como afirma el TC en su FJ 11. Dicho artículo expresa que: “1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.”

De forma tal, que todo límite que se quiera o pretenda imponer al derecho a la protección de datos, implicaría que estos tienen que ser constitucionalmente legítimos, atender al contenido del derecho fundamental a la protección de datos o a las facultades en él establecidas (referente al propio derecho), pero también puede darse cuando la ley establezca límites “que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales,...”. (F.J. 11).

De ser este el caso y como afirma el TC, la ley estaría violando el derecho fundamental a la protección de datos, porque era al legislador el que le correspondía imponer los límites y no renunciar a esto (con base a los artículos 53.1 y 81.1 de la CE). Bajo sus manos y por la reserva de ley es el legislador el llamado a construir los límites con las bases constitucionales y no dejarlo en manos de normas infralegales. Ello lo expresa así:

“La fijación de los límites de un derecho fundamental, así lo hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (SSTC 83/1984, de 24 de julio, F.J. 4, 137/1986, de 6 de noviembre, F.J. 3, 254/1994, de 15 de septiembre, F.J. 5).”. (F.J. 11).

Además plantea la sentencia 292/2000, algunos casos en los que se pueden apreciar aquellas situaciones previstas constitucionalmente, en las cuales encuentran límites los derechos a la protección de datos. Es el caso del artículo 105.

b) en relación con el acceso a los archivos y registros administrativos, donde se establece que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. En igual orden y dirección se encuentran los casos de persecución y castigo de delitos, los que en consideración del propio TC es “digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, o los casos de “la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (art. 31 C.E.) como bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del art. 18.1 y 4 C.E.

En definitiva, el hecho de que el derecho a la protección de datos, pueda ser objeto de límites, ello no quiere decir que estará desprovisto de las garantías y facultades que plantea el propio derecho, tomando en cuenta que la finalidad sea legítima y además adecuadamente proporcional.

De manera que el TC, construye y acepta una nueva concepción “el derecho a la protección de datos”, lo concibe como un poder de control y disposición, le atribuye un contenido esencial (consentimiento, finalidad, uso, seguimiento en la recogida y en su utilización: corrección, cancelación, actualización), además de brindarle las garantías necesarias (habeas data). Cuyo derecho se diferencia del derecho a la intimidad e incluso lo rebasa, además de concebirlo como un derecho no absoluto, sino objeto de límites bajo la previsión de su contenido esencial y mediante la reserva legal.

Ahora bien, antes de continuar con el desarrollo e incorporación del nuevo derecho en Latinoamérica, conviene hacer algunas precisiones. En primer lugar, para poder asumir una tesis en cuanto a los conceptos de libertad informática, autodeterminación informativa y protección de datos. En segundo lugar, la nueva referencia de la cual parte el TC, es decir, en cuanto al derecho a la intimidad y la

privacidad. Todo ello, nos permitirá mantener una visión clara y un recorrido bajo una concepción unitaria del nuevo espectro jurídico.

4. ¿Libertad Informática, Autodeterminación Informativa o Protección de Datos?

Partiendo de lo ya comentado, el asunto es, ¿Se está hablando de un derecho fundamental que debe denominarse libertad informática, autodeterminación informativa o por el contrario protección de datos personales?¹³⁹

Ciertamente, y tal como se ha visto Lucas Murillo asume la tesis de autodeterminación informativa, Pérez Luño la libertad informática, y el TC la tesis indistinta entre Libertad Informática y el derecho a la protección de datos. Algunos incluso han criticado éste último concepto.¹⁴⁰

El asunto es que la autodeterminación informativa alude fundamentalmente al derecho subjetivo, es decir, a aquella facultad de decidir sobre la información relacionada con la persona, que forma parte del contenido esencial del derecho a la

¹³⁹ Es importante recordar que también Ruiz, C., ha utilizado la terminología intimidad informática, como ya antes se señaló, término que ciertamente genera confusión y se aleja incluso de la diferenciación que realiza el propio TC en la citada sentencia 292/2000, donde no solo diferencia la protección de datos (o libertad informática) de la intimidad, sino que además otorga el carácter positivo a la informática y no a la intimidad.

¹⁴⁰ Véase obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Págs. 137-183. Para Pérez Luño no puede hablarse de protección de datos, porque lo que se protege es la persona y no los datos.

Ver también Davara Rodríguez, M. *Normativa para la protección de la intimidad: Planteamiento General*. Vol. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Fundación CI-TEMA. Madrid. 1992. Pág. 11 y ss. Sin embargo, la protección se ha entendido por el mismo autor como "el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

También, se puede consultar Davara Rodríguez, M. A. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993. Pág. 47.

protección de datos personales, lo cual se traduce en el consentimiento.¹⁴¹ Sin embargo, cuando se hace referencia a la libertad informática, se plantea algo más, que incluso abarca la propia autodeterminación informativa, esto es, atiende tanto a la libertad, como a la informática, de modo que permite la protección de nuestra libertad frente al uso de la tecnología (dicho concepto se asimila al derecho de protección de datos personales).¹⁴² En el caso del derecho a la protección de datos de carácter personal, éste se concibe como un verdadero poder de disposición y control sobre los datos personales, a través del cual se faculta a las personas a decidir cuáles datos proporciona o proporcionará, o cuáles puedes recabar el tercero, cuya facultad no se agota allí sino que se extiende al destino y uso que se le dará a los datos personales y ante ello solicitar su cancelación, rectificación o modificación.¹⁴³ De modo que, se protege realmente a los sujetos como portadores físicos y por ende al dato como elemento objetivo, pues el interés es que éste último se pueda mantener al día, bajo resguardo, seguridad y protección -que no se modifique-, entendiendo con ello que el fin real es la protección de las personas a través de la protección de datos.

La idea es la protección de ese almacenamiento, su acceso, uso y finalidad. El asunto ha sido criticado, pues se discute ¿Qué se protege? ¿El dato o a la persona? Frente a ello y aunque "...en realidad, se protege a un sujeto que es la persona titular de los datos y no los datos; sin embargo, la deducción lógica de la identificación del sujeto que se pretende proteger, es consecuencia de la naturaleza de esta protección y no es necesaria mayor aclaración, que podría ser propia de un estudio del lenguaje o de la semántica –como componente de la gramática que

¹⁴¹Véase obra cit. Lucas Murillo, P. Informática... Pág. 56.

¹⁴² Véase Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 175-178.

¹⁴³ Véase la sentencia del TC 292/2000.

indica el significado de las formaciones sintácticas- y que, en este caso concreto, no tendría demasiada utilidad”.¹⁴⁴

De modo que, utilizar el término protección de datos no parece reclamar mayores consideraciones, ni genera mayor confusión y menos aun el término libertad informática.

Por otro lado, se ha indicado que el término libertad informática no plantea dudas sobre su significado, se trata de libertad e informática, que no es el caso de la autodeterminación informativa que plantea una visión restringida o limitada de la informática, sin conexión; pero además la autodeterminación informativa comprende un derecho subjetivo, o aquella parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos –de acuerdo a la sentencia 292/2000-, antes comentada. Favorece por tanto el concepto de libertad informática la visión de libertades de los ciudadanos ante la influencia de la informática, pero adicionalmente, con la ya comentada sentencia 292/2000, es la libertad informática o protección de datos los conceptos que se asumen desde el TC en España.¹⁴⁵

En todo caso, se asume el derecho a la protección de datos de carácter personal, como término digno de seguir, entendiéndolo como:

“el derecho a controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del

¹⁴⁴ Obra. Cit. Davara Rodríguez, M. *Manual de derecho informático*. Págs. 45, 46, 48, y 49. Además, como agrega dicho autor, así lo recoge el Convenio 1981 del Consejo de Europa en el primer apartado de su introducción: “El presente Convenio tiene por objeto reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que les conciernen”. o el caso de la Directiva 95/46 de la Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual se concibe como Directiva sobre protección de datos. Así mismo, establece Davara que “No cabe duda que se protege a la persona titular de los datos; no obstante, el término protección de datos es adecuado, universalmente reconocido”. Pág 50.

¹⁴⁵ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Págs. 175-177.

individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal”.¹⁴⁶

De esta manera el derecho a la protección de datos se entiende como un derecho fundamental, autónomo, que se concibe como un poder de control y disposición sobre los datos personales, y que se traduce en la facultad para los ciudadanos de decidir a quién o quiénes les proporcionará dicha información -independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares-, estableciéndoles cuáles puede recoger y manteniendo, siempre, el seguimiento de su uso y finalidad. Dicha capacidad de control permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, teniendo el derecho a oponerse a su posesión y su uso. Por lo que, el derecho a la protección de datos comprende desde el consentimiento en la recogida que hagan los terceros, pasando por el conocimiento y acceso a los mismos -su almacenamiento, tratamiento, uso y destino-, hasta poder ejercer la oposición, cancelación, rectificación o actualización, si lo afectan.

Otro aspecto, tiene que ver con los conceptos de intimidad y privacidad, toda vez que como bien se indicó, en la sentencia 292/2000, se plantea que aunque los datos de los cuales se trate sean de carácter personal, ello “...no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.”. (F.J. 6).

En ese orden y dirección, el TC resuelve de manera clara la original vinculación del derecho a la intimidad y la protección de datos, diferenciando ambas figuras (en su contenido y función), otorgando la autonomía al derecho a la protección de datos,

¹⁴⁶ *Ibidem*. Págs. 176-177.

aunque conectando a ambos derechos en cuanto comparten el objetivo de proteger la vida privada de las personas. Es aquí donde el asunto se complica, porque el TC incorpora un nuevo derecho “vida privada”, que no pertenece o no se encuentra en la propia CE.¹⁴⁷

Sin embargo, en palabras de Serrano Pérez “El sentido de privacidad, tal y como es utilizado por algunas personas en la lengua hablada, no es distinto del de intimidad. Simplemente en estos casos se ha producido la sustitución de una palabra por otra. Desde nuestro punto de vista la utilización de la palabra privacidad nos parece un esnobismo”.¹⁴⁸

En todo caso, eso genera algunos escollos porque se ha hablado de la intimidad, confidencialidad, secreto, vida privada, esfera privada, entre otros, utilizándose como conceptos idénticos, ello sin dejar de lado el anglicismo que deriva de la traslación de la *privacy*, que es el término privacidad –comentado-. En el ordenamiento Español, “...no existe distinción legislativa ni jurisprudencial entre los conceptos de vida privada e intimidad. Ambos se identifican, acogen el significado de una esfera en la que sólo cada persona tiene potestad para decidir lo que le afecta, evitar las intromisiones no deseadas, y en definitiva, tener control al respecto de lo que se quiere que otros conozcan, o de lo que se quiere dar a conocer. Ambos conceptos se identifican con soberanía interna.” A nivel Europeo se distinguen –bajo la teoría de las esferas-, y no cabe duda que aunque pueden verse como dos niveles de la personalidad, el asunto es lo difícil de establecer los límites entre uno y otro. El problema es que “los contenidos son idénticos, las posibilidades

¹⁴⁷ Y mucho menos establecido en el propio artículo 18.4 de la CE. En todo caso, debemos aclarar que la idea es asumir una postura y no plantear una nueva investigación que nos llevaría a una nueva investigación.

¹⁴⁸ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Págs. 174-175.

de lesión son las mismas, y el bien jurídico protegido también, al igual que los sistemas de garantía”.¹⁴⁹

Ahora, no es igual el derecho a la intimidad y vida privada con respecto al derecho fundamental a la protección de datos. El derecho a protección de datos como el derecho a la intimidad actúan en función de tener el mismo objetivo “proteger la vida privada de las personas”, pero comprendiendo a su vez que la vida privada comprende una ampliación del concepto de intimidad.

5. El TC y las sentencias 159/2009 y 173/2011. Una vuelta al tronco común de la intimidad.

Finalmente, y a pesar de lo comentado, no se puede decir que exista un criterio constante y uniforme del TC, porque con posterioridad y mediante dos sentencias, el TC pareciera haber dado un giro en la autonomía y reconocimiento dado al derecho a la protección de datos de carácter personal, volviendo al tronco común de la intimidad, se trata de las sentencias 159/2009 del 29 de junio¹⁵⁰ y la 173/2011 del 07 de noviembre.¹⁵¹

¹⁴⁹ Obra cit. Rebollo Delgado, L. *Vida privada...* Págs. 37 y ss.

¹⁵⁰ Aquí se resuelve el Recurso de amparo 9914-2006, promovido por don Jon Osa Larrarte ante la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sobre exclusión del procedimiento de selección de agentes de la Guardia municipal; alegando que se había vulnerado el derecho a la intimidad personal: por parte de la resolución administrativa que cesa a un policía municipal en prácticas, tras haber superado el concurso de selección, con apoyo en un intercambio de datos sobre su estado de salud entre Administraciones sin cobertura legal y al margen de todo procedimiento.

¹⁵¹ Con ella se resuelve el Recurso de amparo 5928-2009, promovido por don Carlos Trabajo Rueda frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito de corrupción de menores. Se alega la supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la intimidad: acceso constitucionalmente justificado a los archivos informáticos sin contar con el consentimiento de su titular.

En la primera sentencia –la 159/2009-, al resolver el caso planteado el TC establece que:

a) “Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento...

[...]

c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho...”. (FJ 3).

El asunto es que conoce el TC sobre la utilización de datos personales relativos a la salud física y psíquica de la persona, sin embargo, a diferencia de lo ya plasmado con anterioridad y a través de la sentencia de 292/2000, en vez de abordar su revisión sobre el nuevo derecho reconocido, “el derecho a la protección de datos

personales” encausa su revisión y estudio sobre la estructura del derecho a la intimidad, sin ninguna distinción o separación, por lo que vincula nuevamente el nuevo derecho a la protección de datos con el derecho a la intimidad.

En la segunda sentencia –la nro. 173/2011-, el TC mantiene ese mismo criterio, porque al resolver la supuesta utilización de archivos informáticos sin el consentimiento del titular, olvida nuevamente lo establecido en la sentencia 292/2000 y ampara al titular bajo el derecho a la intimidad desconociendo la existencia de un nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, esto es, ese poder de disposición y control de las personas sobre sus datos, utilización y finalidad. Ello se aprecia cuando se expresa que:

“Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) –por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica–, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. [...] Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento

supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o *email*, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información.”. (FJ3).

De modo que, olvida el TC lo que ya había expresado en la sentencia 292/2000, cuando afirmó que el derecho a la protección de datos de carácter personal comprende los datos relativos a la vida privada o íntimos de las personas, pero también que los datos “... amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.”. (F.J. 6). Es decir, con esos mismos argumentos se diferenció el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos de carácter personal y se estableció su autonomía.

Atendiendo a lo indicado, si bien es notable el avance y reconocimiento dado por el TC –principalmente a partir del año 2000-, al darle nacimiento al derecho a la protección de datos de carácter personal, no es menos cierto que aun no puede verse una posición sostenida y constante de éste en cuanto a la autonomía del derecho a la protección de datos y su separación del derecho a la intimidad, porque las descritas sentencias (159/2009 y 173/2011), evidencian la vuelta del TC al tronco común de la intimidad y la confusión nuevamente de ella con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

CAPÍTULO II

LATINOAMÉRICA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. UNA VISIÓN CRÍTICA.

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, DESDE LA ÓPTICA LATINOAMERICANA. LA NUEVA FIGURA: EL HABEAS DATA.

1. Preliminares.

La regulación del derecho a la protección de datos de carácter personal, no es un asunto único o exclusivo de los países europeos, sino que también corresponde a una preocupación de los países latinoamericanos, principalmente ante los problemas que derivan del tratamiento automatizado de datos. Por esa razón, en los años ochenta, Argentina, Colombia y Chile, desarrollaron los primeros proyectos, para atender dicha situación, tomando como base las regulaciones que desde Europa se habían gestado.¹⁵²

Sin embargo, esas iniciativas aunque no derivaron en disposiciones concretas y efectivas, dieron inicio a la discusión regional, a la creación de una conciencia de protección necesaria y a la búsqueda de soluciones jurídicas, toda vez, que la realidad tecnológica y su utilización habían "...facilitado las persecuciones adelantadas por las recientes dictaduras en el subcontinente".¹⁵³

¹⁵² Correa, C. *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho (Aportes de doctrina internacional, vol. 2)*. Depalma. Buenos Aires. 1996. Pág. 17.

¹⁵³ Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999. Pág. 193. De acuerdo al autor, la frase *Indoiberoamérica*, corresponde a la expresión tomada de Pablo Lucas

De modo que –como ya fue señalado- el punto de partida es la década de los ochenta, y con ellos la llamada “redemocratización”, esto es, la reforma de gran parte de las constituciones de los países latinoamericanos, las cuales procuraron una mayor tutela de los derechos fundamentales, la buena marcha de las instituciones y la fortaleza de sistema democrático.¹⁵⁴

En ese proceso de incorporaciones, y nuevos derechos y garantías -en el caso que ocupa-, se toman como referencias centrales a Portugal y España, pues son los primeros en regular la materia a nivel Europeo. Luego, los países latinoamericanos colocarán su rasgo autóctono, al tratar de establecer mecanismos de protección del derecho a la protección de datos de carácter personal y configurar el hoy conocido *habeas data*.¹⁵⁵

En todo caso, el centro en Latinoamérica no será el derecho a la libertad informática, autodeterminación informativa, ni mucho menos el derecho a la protección de datos en sí, sino que como señala Puccinelli, el proceso de reformas o adaptaciones constitucionales van a definir dos versiones principales en función del “...*habeas data*: aquella que se ocupará de otorgar una garantía procesal al derecho a la autodeterminación informativa (*habeas data* propio o tradicional) y aquella que pretenderá garantizar el acceso a la información pública (*habeas data* impropio)”.¹⁵⁶

Verdú, en reemplazo del término Iberoamérica, como una expresión más justa y acabada de la realidad. Pág. 22.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Puccinelli, O. “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de *habeas data* en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos).” *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, Nro. 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México. 2004. Pág. 97.

Es importante acotar que el término *habeas* en la doctrina se utiliza de manera indistinta tanto con acento, como sin acento, aunque se prefiere la última opción.

¹⁵⁶ Obra cit. Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 193.

De esta manera, las referencias o constantes estarán enfocadas especialmente sobre dicha garantía, que luego se confundirá con el propio derecho a la protección de datos personales. En todo caso, conviene conocer qué significa y apreciar algunas experiencias (caso de Brasil y el caso de la Argentina), como una muestra de su génesis y desarrollo.

1.1. El término: “habeas data o hábeas data”.

La mayoría de los autores aceptan que fue la Constitución de Brasil la primera en establecer el término *habeas data*, sin embargo, no se puede dejar de lado las Constituciones de Guatemala de 1985, o el caso de la Constitución de Nicaragua de 1987 (que aunque no utilizan el nombre, se refieren al derecho a conocer información que conste en archivos y su finalidad).¹⁵⁷

Por su parte Ekmekdjian y Pizzolo indican que “El *hábeas data* no tiene añeja o rancia prosapia. Es una de las garantías constitucionales más modernas, aunque se le denomine mitad latín y mitad inglés. En efecto, su nombre se ha tomado parcialmente del antiguo instituto del *hábeas corpus* [...] En síntesis, en una traducción literal sería “conserva o guarda tus datos”.”¹⁵⁸

En igual sentido, Othon Sidou plantea que se trata de una locución tomada en “préstamo” y en forma “poco ceremoniosa” (refiriéndose al *habeas corpus*), cuyo término “es feliz como expresión latina para calificar un derecho del fin de siglo de la informática”. Se trata por tanto de “...segunda persona del subjuntivo de *habeo*...

¹⁵⁷ Obra cit. Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 193.

También, véase Fix Zamudio, H. *Liber Amicorum* (artículo escrito por José Carlos Barbosa Moreira, denominado “O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora”. (Volumen II). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. 1998. Pág. 1099. Aquí se afirma que nace en Brasil con tal terminología y con nuevas particularidades.

También puede verse el artículo de Bazán, V., en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Número 94, Enero-Abril). UNAM. México. 1999. Pág. 34 y ss.

¹⁵⁸ Ekmekdjian, M. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*. Depalma. Buenos Aires. 1998. Pág. 1.

habere, que significa en este supuesto, “conservar tu posesión” [...] Data es el acusativo plural de *datum*, que los más modernos diccionarios brasileños definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones, de manera apropiada para su comunicación y procesamiento por medios automatizados; es decir, conservar los registros o datos.”¹⁵⁹

Así mismo, y conforme lo menciona Pérez Luño:

“El *habeas data* constituye, en suma, un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática. [...] Al cotejar el *habeas corpus* y el *habeas data* se comprueba una inicial coincidencia en lo referente a su naturaleza jurídica. En ambos casos no se trata de derechos fundamentales stricto sensu, sino de instrumentos o garantías procesales de defensa de la libertad personal, en el caso de *habeas corpus*, y de la libertad informática en lo concerniente al *habeas data*. [...] En la actualidad la consagración de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa [...] ha determinado que se postule el *status* de *habeas data*, concretado, como ya se ha indicado, en las garantías de acceso y control a las informaciones procesales en bancos de datos por parte de las personas concernidas.”¹⁶⁰

Adicionalmente, se puede indicar que en Latinoamérica existe acuerdo en atribuir dicho término a Morales Prats, y su rotulación así, a Afonso Da Silva.¹⁶¹ Por ello, y

¹⁵⁹ Othon Sidou, J.M. “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandato de injucao y habeas data.” En una traducción de Fix Zamudio, H. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nro 70. UNAM. México. 1991. Págs. 180 y 181.

¹⁶⁰ Véase Pérez Luño, A. “Intimidad y protección de datos personales: Del *habeas corpus* al *habeas data*.” Edición a cargo de Luis García San Miguel Rodríguez-Arango... Págs. 40 y 41.

¹⁶¹ Da Silva, J. *Curso de direito constitucional positivo* (Edicao: 31. Ed., ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20-12-2007). Sao Paulo. 2007. Pág. 453 y ss. También, Morales Prats, F. *La tutela penal de la intimidad: “Privacy” e informática*. Destino. Barcelona. Pág. 43. Véase también Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 295.

siendo Brasil el primer país en utilizar el término y describirlo en su Constitución, conviene tomar algunas líneas para apreciar sus antecedentes.

1.2. El habeas data en Brasil.

Tal como afirma Puccinelli, el habeas data nace en Brasil en la Constitución de 1988, sin embargo, su existencia ya se había plasmado en diversas versiones locales, aunque sin esa denominación.¹⁶²

Con toda razón, como indica Othon Sidou su objetivo no es nuevo, ni es una invención de la Constitución de 1988, sino que posee antecedentes legislativos. Tanto la Ley número 824 del 28 de diciembre de 1984 del Estado de Río de Janeiro, o la “Propuesta de Constitución Democrática para Brasil”, elaborada por el Congreso Académico Ponte de Miranda, organizado por la Orden de Abogados y el Instituto de Abogados de Río Grande del Sur (específicamente el artículo 2do.), plantean el aseguramiento de la información y su rectificación. Así mismo, cabe señalar que en dicho Anteproyecto de Constitución -que fue elaborado en 1986-, aunque finalmente se procedió a su archivo, ya “aparece la denominación de *“habeas data”*.”¹⁶³

Ahora bien, no cabe duda que su influencia e incorporación en Brasil deviene de la Constitución de Portugal de 1976, Constitución con clara influencia de diversos pactos de derechos humanos. Ello sucede luego que Brasil, cierra esos más de veinte años de dictaduras militares y literalmente fue a buscar en Portugal y en su Constitución su modelo. De hecho, es importante la influencia que se puede apreciar

¹⁶² Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 295.

¹⁶³ Othon Sidou, J.M. “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandato de injucao y habeas data.”... Págs. 180 y 181.

en toda la Constitución de 1988, aunque evidentemente luego se hicieron las incorporaciones típicas.¹⁶⁴

Es así como, el habeas data se plantea en Brasil –tal como lo comenta De Abreu-, como la vía para obtener el acceso a la información con la cual contaba la policía política, tradicional y violenta, en los registros de todos aquellos ciudadanos que se consideraban enemigos del gobierno. Este órgano era el Servicio Nacional de Informaciones, conocido como la S.N.I., lugar dónde los brasileños querían saber acerca de los registros que existían y que llevaba la policía política, por lo que será dicha razón la génesis y el antecedente por el cual se establece en la Constitución de 1988 y además explicará el por qué se presentarán una serie de dificultades y restricciones que se oponen a la efectividad del habeas data en el futuro.¹⁶⁵

Es así como se dispone en el artículo 5º, de la Constitución que:

“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza. Se garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país a la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:

[...].

LXXII. Se concederá hábeas data:

a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

¹⁶⁴ De Abreu Dallari, D. *Ius ET Praxis (Año 3, número 1)*. “El Hábeas Data en Brasil”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Talca). Chile. 1997. Págs. 71-80.

¹⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 72.

Incluso indica De Abreu, que el habeas data se planteó por la preocupación ante el sistema militar, pero que finalizó o perdió interés al iniciar y desarrollarse el sistema constitucional. Además, porque desde el punto de vista práctico los registros existentes eran “ridículos”, mal hechos, repletos de información sin interés, por lo que luego planteará desinterés doctrinal y resistencia judicial. Ver también pág. 76.

b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.

LXXVII: Son gratuitas las acciones de hábeas corpus y hábeas data en la medida que la ley disponga los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía.

1. Serán de aplicación inmediata las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales.

2. Los derechos y garantías indicados en esta Constitución no excluyen otras que deriven del régimen y principios adoptados por ella o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

Si se aprecia, tal inscripción ciertamente se trata de una disposición bastante escueta, en donde parte el constituyente de la existencia y reconocimiento del derecho a la vida, libertad, igualdad, seguridad y propiedad, y luego estableciendo un conjunto de garantías que cristalizarán su existencia, de hecho se declara al inicio del artículo que “Se garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes se establece [...] en los términos siguientes”.

Dentro de esas garantías se incorpora al habeas data, y nótese como dicha “acción”¹⁶⁶ sólo pretende “asegurar el conocimiento de informaciones”, entendiéndose por éstas las personales y que conste en banco de datos gubernamentales o que sean de carácter público, y en segundo lugar, para rectificar dichos datos –de ser el caso-. De acuerdo a ello, no se plantea la existencia de un nuevo derecho, distinto a la vida, igualdad, propiedad y libertad, aunque se asumen nuevos conceptos como datos o banco de datos.

¹⁶⁶ Definida así por la propia Constitución.

Otro aspecto importante, es que no sólo es el artículo 5to de la Constitución el que regula dicha figura, sino que además existe un sistema de competencias que describe la Constitución,¹⁶⁷ tales como:

“Artículo 102:

Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la guarda de la Constitución, cabiéndole:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

[...]

d) el hábeas corpus, siendo paciente cualquiera de las personas referidas en los párrafos anteriores; el mandato de seguridad y el hábeas data contra actos del Presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal.

[...]

II. Juzgar, en recurso ordinario:

a) el hábeas corpus, el mandato de seguridad, el hábeas data y el mandato de injuncao decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la decisión fuere denegatoria.

Artículo 105:

Compete al Tribunal Superior de Justicia:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

[...]

b) los mandatos de seguridad, los hábeas data contra acto de Ministro de Estado o del propio Tribunal;

Artículo 108:

Compete a los Tribunales Regionales Federales:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

[...]

¹⁶⁷ Ellos pueden ser revisados en texto completo y en Portugués, en De Oliveira, J. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas Constitucionais 1, de 31-3-1992, 2, 25-8-1992, 3, de 17-3-1993, 4, de 14-9-1993, e das Emendas Constitucionais de Revisão 1, de 1°.-3-1994, 2, 3, 4, 5, e 6, de 1994. Saraiva. Brasil. Págs. 56, 57, 58, 59, y 60.

- c) los mandatos de seguridad y los hábeas data contra acto del propio Tribunal o de juez federal.

Artículo 109:

A los jueces federales compete procesar y juzgar:

[...]

VIII. Los mandatos de seguridad y los hábeas data contra acto de autoridad federal, exceptuados los casos de competencia de los tribunales federales;

De esta manera, no sólo se eleva al nivel constitucional esta nueva garantía, sino que además se desarrolla ampliamente su espectro procesal, por lo que se asume como un instituido que se plantea “como recurso o solución constitucional en el Brasil”.¹⁶⁸

Sin embargo, Da Silva, indica que el habeas data es:

“...un recurso constitucional que tiene por objeto proteger la esfera íntima de los individuos contra: (a) los usos abusivos de los registros de datos personales adquiridos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos; (b) La introducción en esos registros de datos sensibles (así llamados los que se refieren o tienen un contenido de tipo racial, opinión política, filosófica o religiosa, filiación con partidos políticos o sindicatos y la orientación sexual entre otros). (C) La conservación de datos falsos o con un fin distinto de los autorizados en la ley.”¹⁶⁹

Así mismo, apunta Da Silva, que a diferencia de la Constitución de Portugal de 1976, como la de España de 1978, la de Brasil si bien no concibe un dispositivo autónomo que contenga el derecho a conocer y rectificar datos personales, se permitió usar en

¹⁶⁸ Véase Da Silva, J. *Curso de direito constitucional...* Pág. 456.

¹⁶⁹ *Ibidem.* Pág. 453.

la misma disposición del habeas data el mecanismo de tutela, aspecto que no fue establecido por las otras constituciones.¹⁷⁰

Por su parte, Gonçalves establece que el habeas data es una acción constitucional, pero además de naturaleza civil y “con un procedimiento especial, que tiene por objeto permitir el conocimiento, rectificación o anotación (o explicación en datos exacto) de informaciones de la persona del accionante, constantes en banco de datos públicos o bancos de datos privados de carácter público”.¹⁷¹

De modo que, se trata de un derecho personalísimo, tanto para brasileños como para extranjeros, extensibles (por vía del Tribunal Federal de Recursos, ahora STJ, en Sala Plena), a los herederos legítimos del de cujus o su cónyuge.¹⁷² De manera que, parte el constituyente de varios derechos y la asociación principal se enfoca en la libertad, y dentro de dicho contexto se dirige al aseguramiento del conocimiento y la rectificación de datos personales.

Después de ser sancionada la norma constitucional, y la incorporación del habeas data en el artículo 5, inc. LXXII y contar así con las demás previsiones, no fue sino reglamentado muy escuetamente en 1997 (Ley 9.507 del 12 de noviembre), esto es, diez años más tarde, limitándose su regulación a los aspectos procesales del habeas data, obviando todo lo correspondiente al tratamiento de los datos personales.¹⁷³

¹⁷⁰ Ibídem. Pág. 454.

¹⁷¹ Gonçalves Fernandes, B. *Remédios Constitucionais*. 2ª edição (Revista, ampliada e atualizada). JusPodivm. Salvador- Bahia. 2011. Pág. 113 y 114.

¹⁷² Ibídem. Pág. 454.

¹⁷³ Puccinelli, O. “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano. (Un intento clasificador con fines didácticos).”... Pág. 100.

Lo cierto es que su incorporación en el Brasil, se inicia y finaliza con el fin del sistema militar y con el inicio del sistema democrático, tan es así, que como opina De abreu “El Hábeas data aparece referido, ocupando una pequeña parte, en obras que tratan otros temas constitucionales, pero no está ocupado de manera muy extensiva a los doctrinadores. Hay una pequeña producción teórica sobre el hábeas data, y, además de eso, la jurisprudencia tampoco es muy rica...”¹⁷⁴

De lo comentado, si bien Brasil participa en la configuración de la nueva figura, no se puede obviar que se trata de una norma y una construcción bastante limitada, porque además de no prever la tutela para acceder a banco de datos privados (teniendo que el afectado atender al remedio constitucional ordinario), por otra parte, al tener el titular la posibilidad de poder establecer otras vías –como la acción ordinaria o administrativa- eso plantea que el habeas data no le asegura la plenitud de los efectos requeridos a los ciudadanos.¹⁷⁵

A lo anterior se puede agregar, que a diferencia de Argentina –como a continuación se analiza-, la doctrina no parece establecer mayor desarrollo sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal, mucho menos se plantea la disyuntiva si se trata de una nueva visión de la intimidad o de la vida privada ni su sustento constitucional. Luego, los autores reiteran el aspecto procesal del habeas data y lo que ello conlleva (legitimación activa y pasiva, el proceso a nivel administrativo y judicial, entre otros). De esta manera, pareciera que ha sido poco el avance de Brasil en la protección de datos de carácter personal e incluso en el desarrollo del propio habeas data, muy a pesar de haber sido su cuna.

¹⁷⁴ De Abreu Dallari, D. *Ius ET Praxis* (Año 3, número 1). “El Hábeas Data en Brasil”. Págs. 75-76.

¹⁷⁵ Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas Data*. Zavalia. Buenos Aires. 2001. Pág. 10 y 11.

1.3. El habeas data en Argentina.

El caso Argentino y su proceso constitucional, no escapa de la situación de inestabilidad latinoamericana –de la cual forma parte-. Sin embargo, aunque su puesta al día –mediante la reforma fue en 1994-, se trata de un texto de mayor vigencia, toda vez que data de 1853, que según Sagüés, representa una de las más antiguas del mundo, dentro de las que se encuentran en vigencia. En todo caso, su camino de reforma no fue nada fácil, debido a que se remonta desde las reformas de 1860, 1866 y 1898 y la Constituyente frustrada de 1957, pasando por el llamado “Estatuto Fundamental” de 1972, el cual fue dictado por un Gobierno de facto, para luego ser retomado el camino de “reinstitutionalización” a partir de 1983, mediante el llamado proceso reformista. Proceso que se extiende hasta el 1989 y prosigue hasta 1994, en el cual se incluyen: El Pacto de los Olivos –celebrado entre Carlos Menen y Raúl Alfonsín-, representando el acuerdo político entre el partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, en la búsqueda de un “Núcleo de Coincidencias Básicas”, el libre debate de una convención constituyente y la instrumentalización del acuerdo (que luego ratifican con el acuerdo “de la Rosada”); también incluye la Ley 24.309 (Sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993), contentiva de las áreas de la reforma constitucional; y el proceso de elección, instalación y funcionamiento de la Convención Constituyente, con la cual finalmente se aprobó el nuevo texto el 22 de agosto de 1994. Sin embargo, dicho camino no terminó allí, sino que a él se debe agregar la Ley 24.430 que incluye el texto oficial de la Constitución de la Nación, sancionado el 15 de diciembre de 1994 y promulgada el 2 de enero de 1995.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Para revisar dicho proceso constitucional en detalle puede verse Sagüés, N. *Constitución de la Nación Argentina (Texto oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por la ley 24.430)*. 10 ed. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2004. Págs. 17-27. Aquí el autor plantea los asuntos derivados del proceso Constituyente, el llamado “artículo extraviado” que desapareció en el texto final y la aparición de la Ley 24.430 como una salida para su posterior incorporación. Algo parecido a lo ocurrido en Venezuela y la reimpresión de la Constitución de 1999, en el año 2000, como se comenta en el cuarto capítulo.

Además, en Fernández Segado, F (Coordinador). *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. (artículo “Influencia de la Constitución Española en la reforma constitucional Argentina de 1994. Escrito por Sagüés, N.). Ministerio de la Presidencia (Secretaría General Técnica)

Se trató por ende de una reforma –afirma Sagüés- llevándola de 110 artículos a 129 y más de 17 reglas complementarias. En la reforma se incorporó un Capítulo denominado “Nuevos derechos y garantías” (el Capítulo Segundo), y en él, el hoy artículo 43, donde se establecieron tres garantías: la Acción de Amparo para reprimir actos lesivos de la Constitución, el Hábeas Corpus, dándole un trato constitucional (ante la desaparición forzada de personas, además de incorporar las variantes de: reparador, preventivo, correctivo y restringido), y finalmente, el Hábeas Data, concibiéndolo como una variable del amparo, donde el destinatario puede acceder a la información que se encuentre en registros o banco de datos públicos o privados y poder ejercer su control (rectificación, reserva, actualización, exclusión).¹⁷⁷

Se establece una nueva garantía constitucional prevista en el tercer párrafo del artículo 43, disponiéndose que “[...] Toda persona podrá interponer esta acción –refiriéndose al amparo- para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.¹⁷⁸

y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Pág. 91 y ss. El autor, indica la influencia que presentó la Constitución española de 1978, en la reforma constitucional argentina de 1994 y especialmente –en sus palabras- “Como balance general, podrá advertirse que la influencia de la Constitución española de 1978 en la reforma constitucional argentina fue más acentuada en lo que a derechos se refiere que en cuanto al estatuto del poder...”. Así mismo, al referirse al artículo 43 de la Constitución Argentina de 1994, expone el autor que “A título meramente ejemplificativo, el texto constitucional español, al dar rango constitucional expreso al hábeas corpus (art. 17 numeral 4) y al amparo (art. 53 numeral 2), coadyuvó al tratamiento también constitucional de ambos institutos en el texto argentino (art. 43).”.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Págs. 28-44.

¹⁷⁸ El artículo incluso a priori, plantea al habeas data como un amparo, todo vez que en su encabezado dispone que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...,” y luego en el tercer párrafo establece que esta acción –refiriéndose al amparo- también se puede proponer para conocer los datos a ella referido...

Como bien apunta Bidart Campos, el habeas data ya había sido acogido antes de la reforma mediante el constitucionalismo provincial, sin embargo, aunque se incorpora dentro del mismo artículo del amparo "...se debe desligar al párrafo tercero de todo lo que no resulta razonablemente trasladable a él...". En todo caso, el término hábeas data no se expresa en la propia Constitución, sino el de amparo y hábeas corpus, por lo que el Constituyente le dio el cauce al habeas data a través de la acción de amparo. Ahora, para dicho autor, su objeto de tutela coincide globalmente con la intimidad o privacidad, porque los datos a ella referidos no tienen el destino de la publicidad, o la información a otras personas, por lo que son necesarios preservarlos.¹⁷⁹

De hecho, con mayor precisión distingue el mismo Bidart que en el derecho argentino, se ha elaborado la llamada "protección de datos", con el objeto de resguardar los "...bienes e intereses personales que pueden quedar afectados por la elaboración y acumulación de informaciones en bancos de datos, relativa a personas identificadas o identificables [...] De ahí que se hable de "libertad informática...". Por tanto, el habeas data previsto en el artículo 43 de la Constitución Argentina protege "aspectos fundamentales de la intimidad, la privacidad y la identidad personal en relación con esa llamada libertad informática y los registros o bancos de datos". Toda su posición se plantea bajo la ampliación del derecho a la intimidad, y que según su decir no sólo se presenta la intimidad bajo un ámbito negativo, sino también bajo una posición activa, planteándose una nueva faceta a tutelar, como es el caso de la "autodeterminación informativa".¹⁸⁰

¹⁷⁹ Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II. Ediar. 3ra. ed. Buenos Aires. 2006. Págs. 387 y 388.

¹⁸⁰ Bidart Campos, G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo I-B (Nueva edición ampliada y actualizada a 200-2001). Ediar. 3ra. ed. Buenos Aires. 2006. Págs. 68 y 69. Sin embargo, como afirma Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 233, se fue el término que fue utilizado en el debate de la Convención Nacional Constituyente, aunque al final de cuentas se prefirió no rotularlo así en su impresión.

En todo caso, y como se apreciará más adelante, la mayoría de los pocos autores latinoamericanos incorporan, esa vinculación de la protección de datos y la intimidad, tomando como punto de partida a Pérez Luño (Libertad Informática) y la visión de la doble dimensión de la intimidad. En todo caso, este aspecto no representa el mayor escollo, toda vez que el centro del debate no es la existencia de un nuevo derecho y mucho menos la existencia del derecho a la protección de datos, sino que se reduce en otra vertiente de la intimidad, siendo el habeas data el protagonista y especialmente su aspecto procesal.

Volviendo, se configura en Argentina, el artículo 43 Constitucional como aquel que contiene la figura del amparo, y al habeas data como variante o subtipo de éste, es decir, "...un amparo especializado que, por su inserción normativa, constituye un proceso constitucional".¹⁸¹

Pareciera pues que existe cierta aceptación de que se trata de un tipo de amparo "especial", el asunto es si ésta será una acción, un proceso, una pretensión? Pero además, también se discute su objeto, toda vez que como afirma Bidart será: a) conocer los datos a ella referidos y finalidad ante su almacenamiento; b) la exigencia de supresión, rectificación, confidencialidad o la actualización de los datos.¹⁸²

Por su parte Falcón sostiene que el habeas data presenta "dos pretensiones sucesivas y secuenciales", una que depende de otra, es decir, la primera concerniente a la información y la segunda referida al conocimiento y su ejecución; por ello afirma que en la primera se integra: a) datos de una persona, b) datos que consten en registros públicos y privados, c) que los registros estén destinados a dar información de datos a los requirentes, y d) en el caso se informe de la finalidad. En

¹⁸¹ Véase Puccinelli, Oscar. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 233.

¹⁸² Obra cit. Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución reformada...* Pág. 388.

la segunda, la subsidiaria o de conocimiento y ejecución, donde se puede suprimir, rectificar, actualizar.¹⁸³

El asunto es que no se ve claramente el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, sino la existencia de una figura procesal que en definitiva tiene un importante desarrollo y que atenderá al derecho a la intimidad, y privacidad (asumiendo la visión restringida o amplia), extendida luego al honor, la imagen, identidad, autodeterminación informativa, entre otros.¹⁸⁴

Bajo lo comentado, y tal como afirma Puccinelli el habeas data previsto en el artículo 43 Constitucional ha tenido un amplio desarrollo, incluyendo el jurisprudencial, especialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, otorgándole una especial amplitud, excediendo el contorno establecido en la misma. Es por ello que el Congreso Nacional después de varios años y de varios proyectos, luego de

¹⁸³ Falcón, E. *Habeas data. Concepto y procedimiento*. Abeledo-Terrot. Buenos Aires. 1995. Pág. 24.

¹⁸⁴ Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 245.

De acuerdo a lo dicho, la doctrina Argentina no plantea un análisis en la existencia de un nuevo derecho, o su explicación desde el artículo 43 de la Constitución de la Argentina, sino que el énfasis es el habeas data. De hecho, aunque los autores tratan en sus obras “la protección de datos” o incluso el “derecho a la protección de datos personales”, no sólo asumen la concepción desde la óptica de Pérez Luño, sino que luego no pasa de ser una mera referencia conceptual sin planteamientos de la existencia de un nuevo derecho, desde la teoría de la progresividad de los derechos fundamentales, sino que pareciera concluir con la intimidad. De modo que, el análisis es: el habeas data (concepto, derechos protegidos, objeto, legitimado activo o pasivos y aspectos procesales).

Ello se repite –entre otros- en:

Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 65-133 y 193 y ss.

Casal, M y Duque Corredor, R (Coodinadores). *Estudios de Derecho Público (Tomo II)*. Artículo de Peyrano, G. “El tratamiento de datos personales de informaciones periodísticas y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información”. Ucab. Caracas. 2004. Págs. 87 - 127.

Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución reformada...* Págs. 387 - 393.

Bidart Campos, G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino...* Págs. 68 y 69.

Ekmekdjian, M. A.I y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)...* Págs. 1 y ss.

¹⁸⁴ Como bien lo refieren la mayoría de los autores consultados, entre ellos, Quiroga Lavié, H. *El Habeas Data. Zavalía*. Buenos Aires. 2001. Pág. 8 y ss.

los seis años de la reforma constitucional, dicta la Ley de Protección de Datos Personales (N° 25.326), a través de la cual se regula el habeas data "...para las causas que se ventilan ante la justicia federal...". Un año más tarde, se dicta el Decreto Presidencial nro. 1558/01, mediante el cual se reglamenta dicha institución.¹⁸⁵

Tal desarrollo y nivel de voluntad política llevó a que la Comisión de las Comunidades Europeas, en fecha 30 de junio de 2003, emitiera la decisión con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina, es decir, con base al del artículo 25 de la Directiva 95/46/CE, se considera que Argentina garantiza un nivel adecuado de protección por lo que respecta a los datos personales transferidos desde la Comunidad. Sin embargo, vale la pena mencionar algunos de los considerandos y especialmente el énfasis que los mismos hacen sobre el habeas data, tal como se distingue a continuación:

"(5) En el caso de Argentina, las normas de Derecho relativas a la protección de datos personales están reguladas mediante leyes generales y sectoriales, todas ellas de efecto jurídico obligatorio.

(6) Las normas generales están contempladas en la Constitución, la Ley 25 326 sobre protección de datos personales y el Decreto Reglamentario n° 1558/2001 (en lo sucesivo, «la legislación argentina»).

(7) La Constitución argentina prevé un recurso judicial especial, denominado «habeas data», para proteger los datos personales. Se trata de una subcategoría del procedimiento contemplado en la Constitución para proteger los derechos constitucionales y, por tanto, eleva la protección de datos personales a la categoría

¹⁸⁵ Véase Puccinelli, O. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*. "Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano. (Un intento clasificador con fines didácticos)." ... Pág. 102.

de derecho fundamental. De conformidad con el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución, toda persona podrá interponer esta acción (es decir, el habeas data) para tomar conocimiento de los datos que se refieren a ella y de su finalidad que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá vulnerarse el secreto de las fuentes de información periodística. La jurisprudencia argentina ha reconocido el habeas data como un derecho fundamental y directamente aplicable.

(8) La Ley 25 326 sobre protección de datos personales, de 4 de octubre de 2000 (en lo sucesivo denominada «la Ley») desarrolla y amplía lo dispuesto en la Constitución. Contiene normas sobre los principios generales de protección de datos, los derechos de los titulares de datos, las obligaciones de responsables y usuarios de datos, el órgano de control, las sanciones y el procedimiento del recurso judicial habeas data.

(9) El Decreto Reglamentario nº 1558/2001, de 3 de diciembre de 2001 (en lo sucesivo denominado «el Reglamento») introduce las normas de aplicación de la Ley, completa lo dispuesto en ella y clarifica aspectos de la Ley que podrían interpretarse de manera divergente.

[...]

(14) La legislación argentina comprende todos los principios fundamentales necesarios para que las personas físicas reciban una protección adecuada, pese a que también estén previstas excepciones y limitaciones para proteger intereses públicos importantes. La aplicación de estas normas está garantizada mediante un recurso judicial especial, simplificado y rápido, para proteger los datos personales, conocido como «habeas data», junto con los recursos judiciales generales. La Ley prevé la creación de un órgano de control de protección de datos encargado de realizar todas las acciones necesarias para cumplir los objetivos y normas de la

Ley y goza de atribuciones de investigación e intervención. En virtud del Reglamento, se creó la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales como órgano de control. La legislación argentina prevé sanciones efectivas y disuasorias, tanto de naturaleza administrativa como penal. Además, en caso de que el tratamiento ilícito haya causado perjuicios, se aplican las normas de la legislación argentina relativas a la responsabilidad civil (tanto contractual como extracontractual).¹⁸⁶

De la descrita decisión es interesante apreciar que a diferencia de Brasil, Argentina no sólo posee una norma Constitucional que se refiere a la materia, sino que además posee a nivel Federal una Ley y una reglamentación. Sin embargo llama la atención que el derecho a la protección de datos no parece ser una construcción Constitucional, sino que deriva de la Ley General, la Ley 25.326, y en la Constitución sólo se plantea la garantía (de hecho en la doctrina no existe un desarrollo sobre el derecho, ni respuesta si puede verse desde la intimidad o desde cualquier otro derecho), y luego, es evidente el énfasis que existe en la garantía “el habeas data”, tanto a nivel constitucional, de la Ley, como a nivel del reglamento.

Ahora con ello, no se pretende en modo alguno desestimar la confianza otorgada por Europa, ni mucho menos el nivel de protección alcanzado desde Argentina, pero sí mostrar la carencia que se puede ver tanto en aquellos países que no plantean mayor desarrollo en materia de protección de datos de carácter personal (caso Brasil), como aquellos que han venido caminando y dejando algunas huellas (como el caso argentino), porque ambos mantienen un tronco común: una visión del derecho a la protección desde el habeas data y una posición restringida del derecho a la protección de datos de carácter personal (negando incluso la progresividad de

¹⁸⁶ Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas del 30/06/2003, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la Protección de los Datos Personales en Argentina. Bruselas.

los derechos fundamentales) que en definitiva corresponde al punto de partida de todo este amplio mundo de la informática. Con lo cual se muestra lo mucho que se requiere avanzar y la necesaria unificación que se debe hacer presente, para que además de la Argentina otros países también entren en el camino de la protección de datos de carácter personal.

Con esta pequeña revisión, algunas conceptualizaciones y apreciado el camino andado (principalmente en Brasil y Argentina), podemos ahora avanzar y visualizar -en acción- la diversidad Latinoamericana del habeas data y su diseño desde las posiciones referidas. Por ello, se hace necesario ver la riqueza que se ha plasmado a partir de la visión individual de cada país.

2. Los tipos y los subtipos de habeas data: su expresión práctica.

Existe así, lo que Puccinelli ha denominado los tipos y subtipos de hábeas data como aquella forma de darle “la mejor comprensión de las reales potencialidades del hábeas data como instrumento procesal constitucional en especial en su radio de acción –esto es, de las diversas pretensiones que pueden articularse por su intermedio-”. De hecho, será su clasificación la que se seguirá a continuación, la cual resulta interesante y esclarecedora de la diversidad de su naturaleza.¹⁸⁷

Se distingue como tipos principales de hábeas data: el *propio*, que se dirige a prevenir o reparar lesiones que se producen o se puedan producir en el tratamiento de datos de carácter personal, cuando se realiza en base de datos, mientras que, el habeas data *impropio*, se dedica a la obtención de información pública que ha sido

¹⁸⁷ Esa clasificación, la asume troncalmente desde la propuesta de Sagüés. Véase Sagüés, N. *Subtipos de hábeas data*. J.A. 20/12/95. Págs. 31 y ss. Véase también Puccinelli, O. *El habeas data en Iberoamérica...* Pág. 220 y ss. Además se puede seguir la cit. Puccinelli, O. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*. “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano. (Un intento clasificador con fines didácticos).” ... Pág. 106 y ss.

negada a aquel legitimado activo, o el replicar información de carácter personal que ha sido difundida por los medios de difusión tradicional. A su vez cada uno de los tipos van a contener diversos subtipos, asociados además a los países y sus constituciones.

2.1. Hábeas data propio.

Aquí se distinguen: el hábeas data informativo y el hábeas data reparador.

En el primero de los casos (*informativo*), se concibe como aquel destinado a la obtención de información. Es preventivo y es el paso inicial al pedido de operaciones para el registro. Dentro de él están tres subtipos:

- El *localizador*: Permite indagar sobre la existencia y ubicación de bancos y bases de datos. Es la manera de localizar la fuente presuntamente lesiva. Son ejemplos la Ley Orgánica sobre el Régimen del Tratamiento Automatizado de Datos de 1999 de España, y la Ley 25.326 de Argentina, cuando se obliga a la inscripción de las bases y bancos de datos ante el órgano de aplicación de la Ley, de modo que su fuente es legal.
- El *finalista*: Su objetivo es determinar para qué se creó el registro. Atendiendo a la finalidad del dato.
- El *exhibitorio*: Con él se puede determinar los datos que se han almacenado en determinados sistemas de información, así como, establecer si se ha dado cumplimiento con los requisitos exigidos por la Ley respectiva. (Por ejemplo el caso del consentimiento).
- El *autoral*: Se dirige a identificar, inquirir, a aquél que proporcionó los datos que posee la base o banco de datos

Los casos del *finalista*, *exhibitorio* y *autoral*, son de fuente Constitucional: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela (además de Portugal, y las leyes generales de Argentina y Chile).

En el segundo caso, el reparador: es aquél que se dirige a producir modificaciones sobre los datos, a los fines de prevenir el tratamiento defectuoso. En él se distinguen:

- El *aditivo*: Con él se agregan datos personales que no estaban en el sistema de información. En él a su vez se encuentran:
 - El *habeas data aditivo actualizador*: con el cual se puede actualizar datos vetustos pero ciertos. Lo incluyen las Constituciones de: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, y Venezuela (además de Portugal, y las leyes generales de Argentina y Chile).
 - El *habeas data aditivo aclaratorio*: Aquí el objeto es aclarar situaciones que son ciertas pero que pueden ser interpretadas de forma incorrecta (un ejemplo es a nivel financiero o bancario ante créditos, deudas y la existencia de garantes que pueden ser asentados como deudores).
 - El *habeas data aditivo inclusorio*: se produce ante la omisión en el banco o base de datos y dicha omisión perjudica.
- El *rectificador o correctivo*: Con él se corrigen datos falsos, inexactos e imprecisos. Lo incluyen las Constituciones de: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, y Venezuela (además de Portugal, y las leyes generales de Argentina y Chile).
- El *exclutorio o cancelatorio*: Con él se eliminan total o parcialmente los datos almacenados, cuando existen razones para no mantenerse en sistemas de información. Puede operar por múltiples razones e incluye el caso de los datos sensibles. Este se encuentra en las Constituciones de: Argentina,

Ecuador, Paraguay y Venezuela (además de Portugal, y las leyes generales de Argentina y Chile).

- El *reservador*: Se dirige a garantizar la confidencialidad del dato lícitamente almacenado (el cual podrá conocerse por aquellos que la ley habilite y sobre la información permitida), vinculándose –algunas veces- con los llamados datos sensibles. Nos indica Puccinelli que su incorporación nace con la Constitución de Argentina de 1994 –con algunas discusiones en torno a su inclusión-. También la posee Perú, Portugal, y las leyes generales de Argentina y Chile).
- El *disociador*: permite mediante la técnica de la disociación, que los datos cumplan las técnicas correctas y sea asegurada la finalidad prevista en la Ley, en donde la identidad de quien proporciona el dato no sean conocida por aquel quien los opera. Este se encuentra en las leyes generales de Argentina y Chile) y tiene parecido con el *reservador* y *exclutorio*.
- El *encriptador*: Con él se brinda seguridad a aquellos datos que se encuentran en mayor grado de seguridad u ocultos y para ser descifrados deben tenerse las claves respectivas.
- El *bloqueador*: Su misión es el de bloquear o “trabar” el tratamiento del dato asentado en el registro, de manera temporal o limitado, de acuerdo a las situaciones presentes o de manera definitiva y conllevar a la eliminación del dato. Las leyes generales de Argentina y Chile disponen el primero (a través de la vía cautelar).
- El *asegurador*: Por medio de él se puede lograr la constatación judicial de las condiciones de cómo opera el sistema de información contentivo de los datos.

Se parece al *reservador*, pero no sólo opera para datos confidenciales. Lo proveen las leyes generales de Argentina y Chile.

- El *impugnativo*: Con éste se busca la eliminación total de la valoración que plantea el registrador o sus decisiones. Se encuentra en la Ley Argentina.
- El *resarcitorio*: también llamado reparador (por Puccinelli), tiende a dar satisfacción a las indemnizaciones que prevén los ordenamientos. En algunos países se utiliza conjuntamente con otras pretensiones (rectificación o exclusión). Aquí se incluye la Constitución de Ecuador, Colombia y las Leyes 15/99 Española, la Argentina y Chilena.

2.2. Hábeas data impropio.

Como ya se señaló, Puccinelli lo coloca como aquél que no trata los datos de carácter personal, sino el acceso a la información pública que se le niega ilegítimamente o ante la réplica sobre la información de carácter personal que sea difundida a través de medios masivos tradicionales. Se distinguen:

- Hábeas data público: dirigido a garantizar el acceso a la información pública. Aquí se asoman como acciones procesales constitucionales (Perú) o como garantías específicas (España) y algunas provincias en Argentina.
- Hábeas data replicador: Éste se encuentra en la Constitución Peruana de 1993, el cual fue modificado y no existe en la actualidad.

De lo descrito, no cabe duda que aunque es interesante el desarrollo de la institución en Latinoamérica, lo que ratifica es la puesta en acción de un haz de facultades – como ya se afirmó- que parten de un mismo derecho, el derecho a la protección de datos de carácter personal, pero que ante las claras confusiones y previsiones

constitucionales han marcado el camino del habeas data o de la garantía, olvidándose de la existencia del derecho que ha permitido su anulación y desplazamiento práctico y real.

Con la idea de justificar dicha posición, es pertinente establecer por qué se afirma que en Latinoamérica existe un nuevo derecho fundamental ante el impacto informático, ese derecho recibe el nombre de habeas data y no el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

II. JUSTIFICACIÓN -EN LATINOAMÉRICA- DE LA CREACIÓN DE UN NUEVO DERECHO. EL HABEAS DATA DESDE LA VISIÓN CRÍTICA.

1. Preliminares.

Tal como ya se afirmó, Latinoamérica también comparte como Europa la preocupación del derecho a la protección de datos, sin embargo, en el ámbito europeo el desarrollo y construcción del nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales ha sido producto de un análisis y conjugación articulada del contexto jurisprudencial, doctrinal, legislativo e internacional (mediante tratados e instrumentos internacionales), independientemente de las posiciones doctrinales, las terminológicas, y las vertientes ante la intimidad; Latinoamérica no ha corrido sobre el mismo cauce de construcción, análisis y comprensión del nuevo derecho a la protección de datos. De hecho, a pesar de que se entienden y usan los nuevos avances tecnológicos, es en su utilización o ante los diversos asuntos que se plantean, que se ha visualizado y asumido la problemática, principalmente ante las afectaciones en las diversas escalas de la vida.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Como bien lo refieren la mayoría de los autores consultados, entre ellos, Quiroga Lavié, H. *El Habeas Data*. Zavalia... Pág. 8. Concibe al "hábeas data como el remedio que permite que cada ciudadano se defienda de dichos excesos, a fin de que pueda realizar su réplica jurisdiccional o política". También, obra cit. Ekmekdjian, M. A. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... Págs. 1 y ss.

Es así, que tanto en el contexto constitucional, doctrinal y legislativo, su incorporación es reciente, permitiendo que se mantenga bajo confusión y oscuridad dicha figura y se estudie desde el llamado habeas data.¹⁸⁹

Con ello, se quiere afirmar que en Latinoamérica se ha incorporado desde una de las garantías propias (el habeas data), y sobre esa base se inician las nuevas previsiones constitucionales –que son el punto de partida-, con escasa legislación e incluso muy poca doctrina sobre el derecho como tal.

Se sostiene por tanto, que Latinoamérica presenta un conjunto de matices y características particulares –en virtud de la tropicalización del derecho a la protección de datos-, por lo que su estudio resulta difícil, ante la posición pragmática de cómo se quiere abordar el estudio de los derechos fundamentales y muy especialmente ante la clara convicción de pretender que por la vía constitucional o legislativa se puede resolver la realidad jurídica, política y social.

Bien tiene razón Pérez Luño cuando se refiere a la seguridad jurídica, al hablar del Estado de Derecho y dentro de ello al utilizar el término de “inflación normativa”, donde sostiene que “El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Principalmente a partir de los años 1988, con la Constitución de Brasil. Así mismo, el Estado Colombiano, ha asumido la figura del habeas data como un derecho autónomo, como lo ha expresado la Corte Constitucional en las sentencias: T-414/92, T-480/92, T-486/92, T-008/93, T-022/93, T-110/93, C-114/93, T-160/93, T-220/93, T-296/93, T-303/93, T-354/93, T-359/93, T-389/93, T-459/93, T-460/93, SU.528/93, S.V. SU.528/93, T-127/94, T-157/94, T-164/94, T-094/95, T-096A/95, T-097/95, T-199/95, entre otras.

¹⁹⁰ Pérez Luño, A. *La seguridad jurídica*. (2da edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona. 1994. Pág 64.

De esa posición no se han deslastrado nuestros países y más que verlo como una crítica, es simplemente asumir -sin eufemismos- nuestra génesis y tratar de entenderla para avanzar en el camino de construcción de los derechos fundamentales. Para ello, se harán algunas apreciaciones que marcan –a criterio muy particular- el estudio del nuevo derecho a la protección de datos personales y sobre los cuales se ha sentado Latinoamérica.¹⁹¹

Se pretende por ello mostrar una concepción y justificación de por qué desde el continente el nuevo derecho a la protección de datos personales posee una connotación peculiar, una confusión con el habeas data, lienzo que aun no hemos terminado de pintar y que se encuentra en desarrollo y ejecución.

Las siguientes consideraciones, constituyen un acercamiento a lo que se ha denominado la justificación de Latinoamérica para tomar el camino del habeas data bajo una visión distinta del derecho a la protección de datos personales. Se trata de un acercamiento a comprender el amplio y complejo mundo de la informática, de nuestra realidad y reacción y principalmente ante la diversidad de nuestros países.

Bajo lo dicho, se puede apreciar dos circunstancias bien marcadas. Una que atiende a la percepción Latinoamericana, bajo una influencia: política, jurídica e individualista, donde se aprecia nuestra inestabilidad política y constitucional, marcada por recientes sistemas democráticos, la inexistencia de instrumentos internacionales que sirvan de modelos o referencias y unificación de criterios en las Américas y la salidas desarticuladas –desde cada país- a nivel constitucional y legislativo. Todas ellas han creado una visión distinta del nuevo derecho fundamental a la protección de datos y una diferencia meridional con Europa.

¹⁹¹ En importante aclarar que no se pretende hacer un tratado sobre la materia, sino que son comentarios de cómo vemos el dilema Latinoamericano y cómo ello ha influido en el estudio ante el nuevo derecho de protección de datos de carácter personal. Sin que ello represente una investigación exhaustiva.

Una segunda razón, atiende a la posición pragmática de Latinoamérica, es decir, el aceptar y asumir una nueva visión del derecho constitucional (el llamado Derecho Procesal Constitucional), no sólo ha llevado a incorporar en su seno figuras procesales (amparo, habeas corpus y actualmente el habeas data), y configurarlas como nuevos derechos constitucionales, sino que además, se ha tratado -con ellas- de crear un muro de contención frente al autoritarismo e inestabilidad constitucional, lo que al final ha generado –al colocar incluso el caso particular de la informática- la suplantación del derecho a la protección de datos, esto es, se le ha quitado su puesto, su autonomía (incluso es una negación de la visión progresiva de los derechos fundamentales), siendo la garantía (el habeas data) la figura con mayor desarrollo en las Américas o aquella en la cual se reduce el nuevo derecho.

Por tanto, es factible que esas premisas y enfoques muy particulares, puedan servir de punto de partida, así como, de ayuda didáctica para entenderla desde su visión.

2. La visión de Latinoamérica ante el derecho de protección de datos personales.

2.1. Primera razón: La inestabilidad política y jurídica de la región.

Latinoamérica no puede verse bajo la tradición “arraigada” en materia de protección de datos a diferencia de Europa, y ello –no cabe duda- tiene visos y antecedentes en la marcada inestabilidad que se plantea en la mayoría de sus países, ante las muchas y actuales dictaduras que han atentado y atentan contra la eficaz protección de los derechos y libertades fundamentales, que además requieren y claman los regímenes democráticos.¹⁹²

¹⁹² Véase Argüello Téllez, F. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*, en el artículo: “Protección de datos personales: La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”. Editorial Tirant Lo Blanch. Agencia de Protección de Datos. Valencia-España. 2006. Pág. 80.

De manera que, al revisar el pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, que además nace con nuestra emancipación, podemos encontrar algunas pistas que ratifican la enorme turbulencia que ha vivido Latinoamérica en la consolidación de las hoy llamadas democracias, y que tienen origen en la construcción de su pensamiento político, donde es ineludible escapar de nuestros ideales, un rotundo pragmatismo y un desbordado autoritarismo (que se mantienen incluso hasta el siglo XXI). Ello se puede expresar así:

“El contenido lo fijó la realidad misma, la nueva realidad que se empezó a constituir al día siguiente del colapso de la autoridad colonial. Entonces empezó la contradicción, cuya expresión fueron las guerras civiles, los vagos movimientos sociales, las controversias constitucionales, las luchas de poder, siempre movidas por el juego indisoluble entre las ambiciones de grupos o personas y las encontradas concepciones sobre las finalidades de la acción y las formas alcanzadas...” porque además “...frente al constitucionalismo, se fue delineando poco a poco una mentalidad política pragmática que debía terminar justificando la dictadura de quien tuviera fuerza y autoridad para asegurar el orden y la paz resolviendo autoritariamente los conflictos concretos surgidos de los intereses y las expectativas de pugna..”.¹⁹³

Esa experiencia y pensamiento político ha marcado a Latinoamérica, convirtiéndola en una región que llegó tarde a la democracia y que se ha construido bajo constituciones relativamente recientes, configurándose en una suerte de sistemas jurídicos de avance y de retrocesos, que son obstáculos permanentes en la plena vigencia de los derechos fundamentales -incluso para el siglo XXI-.

¹⁹³ El pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, lo podemos revisar en el prólogo elaborado por Romero, J. L., en la obra *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas. 1977. Págs. x y ss.

Así lo expone Brewer Carias, al aludir al contexto actual de la Venezuela de hoy, expresando con vehemencia las violaciones actuales al orden constitucional, luego del proceso electoral y político de 1999.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Véase el discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario, Paraninfo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002, en la obra de Brewer Carias, A. *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2004. Págs. 19 y 20. Aquí el autor expuso que:

“El pueblo en Venezuela, en mi criterio, sin duda se equivocó con la elección del Presidente de la República; y éste lo engañó, violando abierta y recurrentemente la propia Constitución, la cual ha sido secuestrada y burlada por los mismos actores que se entronizaron en la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, y luego, en los diversos órganos del Estado. El Estado, por otra parte, ha sido objeto de apoderamiento por funcionarios que han resultado lo más parecido a aquellos “concejales hambrientos” de los cuales nos hablan los viejos textos castellanos, de Castilla, que llegaban a los cargos concejiles para robar impunemente, saciarse personalmente y así, asegurarse un patrimonio mal habido para cuando fueran desalojados del poder.

No olvidemos que a comienzos de 2000, en este país, una Comisión Legislativa Nacional, el célebre “Congresillo” que no tenía existencia constitucional, se dedicó a legislar usurpando la función legislativa. Lo mismo hicieron en los Estados, sendas Comisiones Legislativas estatales.

El régimen electoral que se estableció especialmente para las elecciones de la llamada “relegitimación” de los poderes públicos, en la fracasada mega elección de 2000, fue burdamente distinto al que regulaba la propia Constitución.

La libertad sindical, constitucionalmente garantizada, fue menoscabada al intervenir las elecciones sindicales, lo que terminó con el penoso fracaso del referendo sindical, que ha sido la votación a la cual han concurrido menos venezolanos en toda la historia del país, con un 77% de abstención.

El derecho a la participación política de la sociedad civil en la designación de los titulares de los órganos del Poder Público que regula escrupulosamente la Constitución, fue secuestrado por la Asamblea Nacional con una inconstitucional Ley que ignoró los Comités de Postulaciones que exigía el Texto Fundamental, y que debían estar exclusivamente integrados por representantes de la sociedad civil. La designación que se hizo, a final de cuentas, fue a dedo, y los órganos del Estado terminaron sometidos al poder presidencial. Y ahora se nos amenaza impunemente con hacer similares nombramientos por una Comisión Parlamentaria creada por otra Ley Especial, también inconstitucional, en relación con los miembros del próximo Consejo Nacional Electoral.

La obligación constitucional de la consulta popular de los proyectos de ley antes de su sanción, como garantía de participación ciudadana, también ha sido burlada, particularmente por el Presidente de la República al haber dictado las 48 leyes habilitadas de 2001, sin la consulta pública obligatoria, habiendo quedado todas viciadas de inconstitucionalidad.

La deformación de la democracia representativa por el control del poder en manos de un solo partido cuyo jefe es el Presidente de la República, lo ha convertido además y a la vez, en jefe de su fracción parlamentaria la cual se mueve conforme a sus designios...”

También puede verse el artículo “Reflexión crítica de la Constitución de 1999” de Brewer Carias, A. *Revista de derecho público*. Nro 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000. Págs. 7 y ss. Aquí se afirma el llamado populismo, autoritarismo y estatismo insolente.

Además la *Revista Derecho y sociedad de los estudiantes de derecho de la Universidad Monteávila*. En el artículo: “Venezuela: historia y crisis política” de Brewer Carias, A. Caracas. 2001. Págs. 217 y ss. Aquí el autor hace una revisión desde la gesta independentista hasta llegar a nuestros días, afirmando que: “El militarismo, así, marcó a nuestro país desde la independencia durante todo el siglo XIX y ha estado presente hasta nuestros días...”

Véase la obra: *Temas Constitucionales* (véase el artículo de Brewer Carias, A. “El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela

Ello, sin lugar a dudas ha permitido que la historia de progresividad de los derechos fundamentales –aunque plasmada en la Constitución- sea tardía; bajo la influencia de las reformas, enmiendas y constituciones tras constituciones, caudillos tras caudillos, todo lo que ha conllevado a la poca profundización a nivel constitucional, legislativo, doctrinal y jurisprudencial.¹⁹⁵

Sin embargo, no se trata del contexto venezolano solamente, ni del siglo pasado, sino que se trata incluso de este siglo y de los países del hemisferio americano que han visto toda esa lucha entre el poder y el esquema constitucional, lo que ha marcado su realidad actual. Esa lucha es reciente, así como, sus constituciones, por lo que ese tiempo de puja nos ha dejado con ciertas deficiencias visuales.¹⁹⁶

mediante la reforma constitucional”. Fundación de Estudios Administrativos. Caracas. 2001. Págs. 13 y ss.

¹⁹⁵ De hecho, en el caso venezolano, aun con la existencia del artículo 50 (o cláusula abierta de derechos humanos) en la Constitución de 1961, no es sino hasta el año 1999, cuando en la nueva Constitución se plantea el abuso ante la informática (en el artículo 60) y se plantea el “llamado habeas data” en el artículo 28. Sin embargo, hasta la fecha no existe ni legislación general en materia de protección de datos, no se puede hablar de una llamada doctrina y mucho menos decisiones judiciales que cristalicen la existencia del nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales.

¹⁹⁶ Valadés, D. *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, nro. 41). UNAM. México. 2002. Págs. 28 y 29. Afirma el autor que:

“De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, doce han adoptado Constituciones enteramente nuevas entre 1980 y 1999. En esta situación Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Otras Constituciones, como es el caso de la boliviana, la costarricense, la ecuatoriana, la mexicana y la uruguaya, por ejemplo, han sido objeto de importantes reformas, e incluso algunas de las adoptadas en ese periodo de quince años han experimentado ya algunas modificaciones, como ocurrió en 1993 con la de Guatemala, y entre 1984 y 1991 con la hondureña.

Como se puede apreciar, el ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido dinámico. Una de las razones para que haya ocurrido así ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas democráticos estables. Eso explica que entre los cinco países que no han modificado su Constitución figuren Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. En este país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida temporalmente por un gobierno militar, pero quedó restablecida a partir de 1985. En el caso de Venezuela, su Constitución de 1961 coincide con la conclusión de los regímenes de facto y el restablecimiento de la democracia y la de 1999 con una crisis política de gran escala, que es característico entre otras cosas por la derrota electoral de los partidos tradicionales.”

De modo que, la realidad política, el pensamiento político gestado, la visión autoritaria y sumado a ello los cambios “dinámicos” vividos en el seno constitucional, no han permitido reflexionar sobre el verdadero papel, desarrollo y alcance de los derechos fundamentales, y mucho menos de los nuevos derechos fundamentales (en los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales), por la ruptura constitucional, las reformas constantes a las constituciones, además de pretender que a través de las leyes se resuelvan los problemas en los países.¹⁹⁷

Así mismo, a todo este esquema de ilusiones y desilusiones que vive Latinoamérica, en la búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales, se debe sumar las palabras de Vanossi, quien agrega consecuencias ante la crisis política, constitucional y que generan mayor atención ante el enfoque de la crisis que se tiene que afrontar, especialmente al referirse a:

“La diferencia que hay cuando uno estudia los repertorios o los anuales en materia de protección de derechos humanos, entre los casos que registran en Europa o en algunas partes del continente americano como en EE.UU. o Canadá, y el equivalente a los casos que se registran en nuestra castigada América Latina es una diferencia palmaria. Los europeos están en una protección muy sofisticada porque los casos que se registran allí son de lesiones milimétricas y están originados en verdaderas exquisiteces que han ido elaborando en torno a la doctrina y la protección de la persona humana [...] En América Latina tenemos situaciones macro, en las cuales las lesiones a los derechos humanos suelen aparecer en una dimensión cualitativa y cuantitativamente poderosa...”¹⁹⁸

¹⁹⁷ Es el caso que hoy autores como Brewer Carías, hablan de términos “Derecho a la Constitución”, o el “Derecho a la Democracia”, desde los países Latinoamericanos, como fórmulas de vigencia y supremacía de la Constitución. Véase *Nuevas tendencias: Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. (Directores Cuarezma Terán, S. y Luciano Pichardo, R.). En el artículo de Brewer Carías, A: “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.” INEJ. Bogotá. 2011. Págs. 73-94

¹⁹⁸ Vanossi, J. “El habeas data: no puede ni debe contraerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho* del 13/9/94 159-940.

Además de la variabilidad constitucional lo consecuente es el pragmatismo, propio de los países Latinoamericanos (el llamado “remedio”), donde el abuso del autoritarismo ha llevado a que se trate de establecer un nuevo constitucionalismo¹⁹⁹ o como menciona Puccinelli se trata de la “redemocratización” de la mayoría de los países indoiberoamericanos,²⁰⁰ y en ellas, la incorporación de nuevas formas, con el fin de hacer frente ante la posible ruptura del hilo constitucional.

Lo que se pretende decir, es que existe en Latinoamérica una visión distinta sobre el derecho a la protección de datos y una cultura que lamentablemente por la poca vigencia de nuestras democracias y constituciones, así como, por la atención que nuestros países han tenido que mantener ante los constantes choques y pugnas políticas, y falta de continuidad constitucionalidad ante la lucha por el poder (unos con mayor y otros con menor grado), todo ha permitido nuestra llegada tardía a la progresividad de los derechos fundamentales

En ese orden, ante la inestabilidad política y jurídica, no puede caber en Latinoamérica –ni frente a los derechos fundamentales y mucho menos ante el derecho a la protección de datos- una revisión sobre antecedente jurisprudenciales, doctrinales, sino constitucionales y legislativos que han marcado su existencia y apreciación, y que nacen a partir de las incorporaciones espasmódicas, apresuradas o incompletas y que se van nutriendo por el lento desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos en la región, cuya génesis no es la nueva visión de la

¹⁹⁹ Incluso siguiente el planteamiento de Argüello Téllez, F. En la citada obra. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica...* Pág. 69. “...se hace necesario adoptar medidas que permitan alcanzar el máximo nivel de aprovechamiento para la región, garantizando el respeto a los derechos humanos fundamentales”. También en la páginas 80 y 81, el mismo autor expresa que el habeas data: “...fue concebida como un remedio constitucional contra los abusos de poder e ilegalidades cometidas por servidores o agentes públicos, relacionadas en especial a las informaciones y datos relativos a los administrados.

[...]

“Una de las razones fundamentales para que América Latina se hubiere decidido por adoptar este mecanismo de protección y no seguir el modelo Europeo, son los costos económicos implícitos que conlleva la adopción de una Ley General de Protección de datos al estilo de la Directiva Comunitaria.”.

²⁰⁰ Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 193.

libertad, sino la búsqueda y salida (que se describe en acceso) ante el poder y el uso y abuso de la informática. A ello, se debe agregar la falta de acuerdos internacionales, de unificación de criterios en el continente, que –como se verá a continuación- limita aun más nuestra visión ante el nuevo derecho.

2.2. Segunda razón: La inexistencia de tratados internacionales regionales, que regulen y unifique la visión del derecho a la protección de datos personales de carácter personal.

Además, del contexto político y constitucional, que han retrasado la incorporación del derecho o su evolución y comprensión, lo segundo tiene que ver con la inexistencia en Latinoamérica de tratados internacionales de protección de datos,²⁰¹ mediante el cual se pueda establecer el contenido esencial, los principios que puedan plantearse para el tratamiento de los mismos y los mecanismos de protección y además pueda servir de marco referencial o modelos para los países con incidencia en las legislaciones nacionales.²⁰²

Sin embargo, desde la óptica política se ha tratado de avanzar y hacer un reconocimiento internacional del nuevo derecho a la protección de datos personales. Un ejemplo reciente es la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (derivada de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y Gobiernos, donde participaron 21 países Iberoamericanos,) en la cual se expresó que:

“45.... la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los

²⁰¹ Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae 2* (Artículo: “Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet”). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2012. Págs. 179 y ss.

²⁰² Como son los casos del Consejo de Europa (Convenio 108), o el caso de la Unión Europea y las Directivas del Parlamento y el Consejo.

ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad.”²⁰³

Dicha Red Iberoamericana de Protección de Datos, puede apreciarse como una respuesta a la “...necesidad de fomentar, mantener y fortalecer un estrecho y constante intercambio de información, experiencia y conocimiento entre los Países Iberoamericanos, a través del diálogo y colaboración en materia de protección de datos de carácter personal.”. De manera que constituye una oportunidad para que los países iberoamericanos postulen proyectos relativos a la materia. Así mismo, sus objetivos y la organización de la Red, se encuentran descritos en el Reglamento, aprobado en Cartagena de Indias, Colombia, los días 27 al 30 de mayo de 2008, en el marco del VI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos.²⁰⁴

De manera que, a pesar de los altibajos latinoamericanos, y el escaso fundamento regional, se ha venido avanzando desde el contexto de países Iberoamericanos –integrando la experiencia de España y Portugal- a los fines de unificar y comprender la existencia del derecho, pero sobre todo entender cómo la informática cruza fronteras, impacta nuestras vidas e influye y vulnera nuestros derechos fundamentales, principalmente al ser palpable en la mayoría de los países, la

²⁰³ Celebrada en fecha 15 de noviembre de 2003, la cual se encuentra publicada en la Pág. Oficial de la Red Iberoamericana (www.redipd.org/reuniones/xxii-cumbre-iberoamericana-ides-idphp.php). Revisada el 19 de abril de 2012.

Véase también, la obra Piñar Mañas, J. L. *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2006. Págs. 17 y 18. Véase además la obra cita. Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae* 2.... Pág. 204.

²⁰⁴ Puede verse su historia en la Pág. Oficial de la Red, a través de la siguiente dirección: http://www.redipd.org/la_red/Historia/index-ides-idphp.php Revisada el 18 de febrero de 2013.

Además se encuentra constituida por 22 países, en ellos están: Principado de Andorra, República Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa del Brasil, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, República de Guatemala, República de Haití, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, República Dominicana, República Oriental del Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela

construcción -de manera aislada- del derecho o de su garantía, especialmente ante la aprobación de distintos dispositivos internos. Por eso, no es descabellada la tarea de afinar criterios y esfuerzos que permitan tratar de regular la informática y todo el espectro que comprende (internet, firmas electrónicas, o las telecomunicaciones).²⁰⁵

Así mismo, en el contexto de la Organización de Estado Americanos (OEA), también se están desarrollando tareas que pretenden expresar la necesidad de legislar sobre el tema, unificar los criterios y emprender acciones mancomunadas, en la vía de asegurar –en la diferencia- un mismo fin, “la protección”.

Ello lo expresó la Asamblea General de la OEA, donde además de considerar “[...] ... la creciente importancia de la privacidad y la protección de datos personales, así como la necesidad de fomentar y proteger el flujo transfronterizo de información en las Américas”; se permitió encomendar “... al Comité Jurídico Interamericano que, antes del cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General...”, presentara “...un documento de principios de privacidad y protección de datos personales en las Américas...”.²⁰⁶

Frente a ese panorama: “La Unión Europea ha asumido el Liderazgo en cuanto a protección de datos se refiere, esto le implica jugar un papel proactivo en su desarrollo. Terceros países alrededor del mundo están siguiendo su modelo; pero su adopción no implica sólo un corta y pega de la normativa, sino compartir experiencias, evaluar su aplicación y adecuarla a las realidades de cada país o región.”²⁰⁷

²⁰⁵ En el caso de Venezuela, incluso sin ley de Protección de Datos o habeas Data, se ha legislado en Telecomunicaciones, firmas electrónicas, entre otras. Lo cual es recurrente en la legislación Latinoamericana.

²⁰⁶ Cuadragésimo Primer Período Ordinario de Sesiones, 5 al 7 de junio de 2011, en San Salvador, El Salvador. OEA/Ser. P. AG/doc. 5176/11, 26 de mayo de 2011.

²⁰⁷ Véase Argüello Téllez, F. Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica... pág. 80

En todo caso, no existe –hasta la fecha- ningún tratado Latinoamericano sobre la protección de datos de carácter personal, sino posiciones políticas o intenciones, que no han podido concretarse y que marquen un camino a la uniformidad regional. Europa -como se verá en el capítulo tercero-, tanto en el seno del Consejo de Europa, como en el de la Unión Europea ha marcado un cauce desde el contexto internacional que claramente ha permitido la uniformidad y han planteado el reto interno en cada país para asumir, modificar o ampliar la visión sobre la materia (Convenio 108 y la Directivas del Parlamento y el Consejo). Anclas importantes y ejemplos necesarios que tiene que apreciar Latinoamérica y que han marcado sus diferencias con Europa, pero que además tiene aún la posibilidad de desarrollar.²⁰⁸

2.3. Tercera razón: La incorporación aislada de disposiciones constitucionales y legales que tratan de hacer frente a la informática.

Si se observa el panorama Latinoamericano, encontraremos que existen algunas diferencias, entre aquellos que han previsto constitucionalmente el peligro que configura la informática -en la misma idea de los países Europeos-, tal vez incluso sin prever lo que ello representaría hoy en día.

En este grupo se encuentra Venezuela, cuando dispone en la Constitución de 1999, que: “La ley limitará el uso de la informática...”²⁰⁹ El otro país en la misma tendencia es Perú. Su Constitución en el artículo 2.6 expresa que “Toda persona tiene derecho: [...] 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.”²¹⁰.

²⁰⁸ Aunque como se ha afirmado, ello significa voluntad política puesta en acción y un costo económico que deben estar los países dispuestos a afrontar.

²⁰⁹ Se trata del artículo 60, que como hemos afirmado comprende una redacción idéntica al artículo 18.4 de la CE.

²¹⁰ Es el caso de la Constitución de 1993.

Otros países, han configurado el derecho a conocer sobre sus datos, banco de datos y las facultades derivadas, son los casos de:

Argentina en su Constitución de 1994, se dispuso en el Artículo 43 que: " (...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística." También el caso de Brasil que en la Constitución de 1988, establece en el Artículo 5 que: "LXXII se concederá "habeas data": a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo (...)." Se agrega el caso de Nicaragua que en la Constitución de 1987, en su Artículo 26, establece que: "Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo;(...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información". Ecuador por su parte, dispone en la Constitución de 1998, en su Artículo 94 que: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito." Guatemala por su parte en la Constitución de 1985, expresa en su artículo 31, que: "Acceso a archivos y registros estatales, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos." Y Colombia, en su artículo 15, de la Constitución de 1991, establece que: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en

archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.” En todas ellas, se establecen la figura -de manera directa o indirecta- del habeas data.

En todo caso, las previsiones se encuentran regadas dentro de las propias constituciones Latinoamericanas, además de establecer normativas dispersas dentro de los ordenamientos internos, donde es reconocido el derecho o la garantía.²¹¹

De manera que, si se hace una revisión por décadas, los primeros antecedentes en la constitucionalización del derecho fundamental a la protección de datos –o por lo menos las primeras referencias relacionadas con el derecho- se presentan en la década de los años 80. Los primeros países en asumir dichas disposiciones fueron Guatemala, en 1985, luego Nicaragua en 1987 y luego le siguió Brasil en 1988. Una segunda etapa se plantea con seis países que hacen dicha incorporación en la década de los años 90. Es el caso de Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Ecuador y Venezuela. Posteriormente, en una tercera etapa o a partir del 2000 cuatro países hacen lo propio: Bolivia, Honduras, México y República Dominicana. Las nuevas adaptaciones son la de República Dominicana con una reforma en el 2010 y México en 2008 y 2009.²¹²

En ese orden y dirección, si bien existen algunas tendencias hacia el derecho a la protección de datos, como tal, la asociación frente a su garantía es y representa el mayor énfasis o eje central del desarrollo legislativo en el ya nombrado “habeas data”, llegando a confundirlo o colocarlo al mismo nivel del derecho a la libertad

²¹¹ García González, A. En el artículo: “La protección de datos. Derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado.” Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XL, nro. 120, septiembre–diciembre 2007. México. Pág. 759.

Se puede agregar, que tampoco han sido los Tribunales Constitucionales, las Salas o Cortes Constitucionales de los Tribunales o Cortes Supremas de Justicias los que han establecido el nuevo derecho fundamental, abocándose principalmente a tramitar los recursos de habeas data.

²¹² Obra Cit. Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae*.... Págs. 205 y 206.

informática o derecho fundamental a la protección de datos, lo cual dificulta el estudio.²¹³

Sin embargo, el asunto no se agota allí –en el ámbito constitucional-, para complicar el panorama se han venido dictando -bajo esa visión individual- un conjunto de normas generales, que nacen a partir de la previsión constitucional, y donde el énfasis legislativo emprendido por algunos de los diversos países Latinoamericanos es el habeas data y además vinculado con la intimidad y la privacidad.

A continuación se presenta una tabla comparativa de países latinoamericanos, en relación a la protección de datos y el habeas data.²¹⁴

| País | Disposición Constitucional | Legislación General |
|------------------|---|---|
| Argentina | <u>Constitución de la Nación Argentina del 22 de agosto de 1994:</u> Artículo 43. -" (...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en | Ley 25.326 de Protección de Datos (Habeas Data) del 2 noviembre de 2000. <u>Decreto 1558/2001, Reglamentación de la ley de Protección de Datos</u> |

²¹³ Aunque, como afirma Frosini, T. E. en la obra cit. *Nuevas tecnologías y constitucionalismo...* Pág. 135. "se ha confirmado el Habeas data costituzionale, como garantía jurisdiccional del derecho público latinoamericano...". Sin embargo, al referirse al caso de Brasil, nos habla del derecho constitucional de habeas data, de acuerdo al artículo 135 de la Constitución de 1988, y en el caso venezolano lo asume desde la óptica del término "derecho informático", al referirse al artículo 28 de la Constitución de 1999.

²¹⁴ La información puede encontrarse en la Página Oficial de la Red Iberoamericana (www.redipd.org/reuniones/xxii-cumbre-iberoamericana-ides-idphp.php). Revisada el 19 de abril de 2012.

| | | |
|----------------|---|--|
| | registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". ²¹⁵ | <u>(Boletín Oficial del 3 de diciembre de 2001).</u> |
| Bolivia | <p><u>Constitución Política del Estado de 1967 (Modificada por Ley N° 2650 de 13 de Abril de 2004).</u></p> <p>Artículo 130: I. Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de</p> | No existe normativa general. |

²¹⁵ El artículo incluso a priori, plantea al habeas data como un amparo, todo vez que en su encabezado dispone que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...", y luego en el segundo aparte establece que esta acción –refiriéndose al amparo- también se puede proponer para conocer los datos a ella referido...

²¹⁶ En el caso de la Constitución boliviana, no se habla del habeas data, sino de la Acción de Protección de Privacidad, y ella deriva ante el acceso de los datos, o ante la afeción del derecho a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación-.

| | | |
|---------------|--|---|
| | <p>Privacidad.</p> <p>II. La acción de Protección de Privacidad no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.²¹⁶</p> | |
| Brasil | <p><u>Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988:</u></p> <p>Artículo 5: LXXII se concederá "habeas data": a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo (...) ²¹⁷</p> <p>LXXVII son gratuitas las acciones de "habeas corpus" y "habeas data" y, en la forma de la ley, los actos necesarios al ejercicio de la ciudadanía.</p> | <p>Ley Nº 9.507, del 12 de noviembre de 1997 (Norma reglamentaria).</p> <p>No existe normativa general.²¹⁸</p> |

²¹⁷ Nótese que se refiere sólo a banco de datos públicos. Como se verá más adelante eso permite luego hacer algunas clasificaciones del habeas data.

²¹⁸ Ley dictada por el Presidente Fernando Henrique Cardoso, donde se regula el Derecho de Acceso a la Información y se Reglamenta el "habeas data".

| | | |
|------------------------|---|--|
| <p>Chile</p> | <p><u>Constitución Política de la República de Chile 1980. Modificada en el plebiscito de 30 de julio de 1989:</u></p> <p><u>Artículo 19. -"La constitución asegura a todas las personas: [...] 4º El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. ²¹⁹</u></p> | <p><u>Ley 19.628 Sobre Protección a la Vida Privada del 28 de Agosto de 1999. Modificada por la Ley 19.812 de 13 de Junio de 2002.</u></p> |
| <p>Colombia</p> | <p>Constitución Política Colombiana. (Modificado por Acto Legislativo Número 2 de 2003):</p> <p>Artículo 15. -"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en</p> | <p><u>Ley 1266 que contiene disposiciones generales del Habeas Data y el manejo de datos personales 31/12/2008.</u></p> |

²¹⁹ Nótese que no se plantea el concepto de intimidad, sino de vida privada, y la Ley se basa en la Protección de la vida privada o protección de datos personales de carácter personal.

²²⁰ De hecho, la Corte Constitucional en varias sentencias (una de ellas la Sentencia No. T-008-93, de fecha Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron, en el caso Guillermo Martínez García, de fecha 18 de enero de 1993), se ha establecido que el habeas data es un derecho fundamental "El Habeas data no es otra cosa que el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas."

| | | |
|-------------------|---|--|
| | <p>los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.</p> <p>En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.²²⁰</p> | |
| Costa Rica | <p><u>Constitución de 1949</u></p> <p>Artículo 23. - “El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley”.</p> | <p><u>Ley nº 8968, Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, publicada el 5 de septiembre de 2011.</u></p> |
| Ecuador | <p><u>Constitución Política de la República del Ecuador (Aprobada el 5 de junio de 1998).</u></p> <p><u>Artículo 23 [...] el Estado reconocerá y garantizará a las personas [...]:</u> 8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.</p> | <p>No existe normativa general.</p> |

| | | |
|--------------------|--|------------------------------|
| | <p>Capítulo 6: De las garantías de los Derechos.</p> <p>Sección segunda: Del Hábeas data</p> <p><u>Artículo 94.- Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.</u></p> | |
| El Salvador | <p><u>Constitución de la República de El Salvador, 1983</u></p> <p>Artículo 2. -"Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen."</p> | No existe normativa general. |
| Guatemala | <p><u>Constitución Política de 1985</u></p> <p>Artículo 24. -"Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología</p> | No existe normativa general. |

| | | |
|------------------|---|------------------------------|
| | <p>moderna".</p> <p>Artículo 30.- "Publicidad de los actos administrativos."</p> <p>Artículo 31. Acceso a archivos y registros estatales, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos."</p> | |
| Nicaragua | <p>Constitución Política de Nicaragua de 1987</p> <p>Artículo 26. -"Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo;(...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información".</p> | No existe normativa general. |
| Panamá | <p><u>Constitución Política de 1972 (Ref. en 1978,1983 y 1994).</u></p> <p>Artículo 29. -"La correspondencia y demás documentos privados son</p> | No existe normativa general. |

| | | |
|--------------------|---|--|
| | <p>inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales. (...) se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen.</p> <p>Igualmente, las comunicaciones telefónicas privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas (...).</p> <p>Artículo 42 a 44.- "Derecho Acceso de Información y Habeas Data."</p> | |
| <p>Perú</p> | <p><u>Constitución Política de Perú de 1993. (Ref. Octubre de 2005). Art. 2, 200</u></p> <p>Artículo 2. -"Toda persona tiene derecho a:</p> <p>5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal (...). Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.</p> <p>6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no</p> | <p><u>Ley nº 29733, Ley de Protección de Datos Personales, publicada el 3 de julio de 2011</u></p> |

| | | |
|------------------------------------|--|-------------------------------------|
| | <p>suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.</p> <p>Artículo 161 y 162.- "Defensa de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad".</p> <p>Artículo 200: Garantías constitucionales:</p> <p>3.- La Acción de Hábeas Data, que la Procede contra el hecho u omisión, Parte de cualquier autoridad funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2, inciso 5) y 6) de la Constitución.</p> | |
| <p>República Dominicana</p> | <p><u>Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de Enero de 2010.</u></p> <p>Artículo 44. 2) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad</p> | <p>No existe normativa general.</p> |

| | | |
|-----------------------|--|--|
| | <p>judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;</p> <p>Artículo 70.- Hábeas data. Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.</p> | |
| <p>Uruguay</p> | <p><u>Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1967.</u></p> <p>No realiza mención expresa, solo hace referencias en base a los siguientes artículos:</p> <p>Artículo 7. -"Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. (...)."</p> <p>Artículo 11.- " El hogar es un sagrado inviolable (...)."</p> <p>Artículo 28.- "Los papeles de los</p> | <p><u>Ley 18.331 (11 de noviembre de 2008). Protección de Datos Personales y Acción Habeas Data (deroga Ley 17.838).</u></p> <p><u>Ley 18.381 (07 de noviembre de 2008). Ley de Acceso a la Información Pública.</u></p> |

| | | |
|-------------------------|--|-------------------------------------|
| | <p>particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables.</p> <p>Artículo 72.-La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.</p> <p>Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.</p> | |
| <p>Venezuela</p> | <p><u>Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.</u></p> <p>Artículo 28. - 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 (...) conocer el uso que se haga de los</p> | <p>No existe normativa general.</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>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 (...).</p> <p>Artículo 60.- "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 (...)"</p> <p>Artículo 281.- Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:</p> <p>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</p> | |
|--|--|--|

En el cuadro anterior se puede apreciar: a) un interés de hacer frente al asunto de la informática y su impacto, b) una actuación aislada por países, y c) la inexistencia de

criterios uniformes. Así mismo, es evidente que la culminación de la tarea –de algunos- terminó con la previsión constitucional (que es el caso de la mayoría). Por lo que, pudiera presumirse el modismo, y el avance lento -que en definitiva no era el esperado-. En igual sentido, del panorama regional, la mayoría de los países, después de disponer constitucionalmente el habeas data, no han legislado ni en relación a éste ni en relación al derecho a la protección de datos.

Otro aspecto que merece comentario, tiene que ver con la vinculación que podemos vislumbrar desde las constituciones y las leyes generales o reglamentarias, con el derecho a la intimidad o vida privada (o esa llamada concepción preinformática de Lucas Murillo²²¹). Es decir, notamos en las disposiciones Latinoamérica -constitucionales o legales- un acercamiento al habeas data, entendiéndolo como aquel que se configura para hacer frente a toda agresión o afcción del bien jurídico tutelado que se asume que es la intimidad.

De hecho, la mayoría de la doctrina Latinoamericana, toma como punto de referencia principal la concepción dada por Pérez Luño y así se evidencia en sus constituciones.²²² Se puede, por tanto ver algunas de esas concepciones así:

Ekmekdjian y Pizzolo por ejemplo, afirman que “...la “protección de datos” (4) no ha sido imaginada para proteger a los datos per se, sino a su fundamento, que es la protección de una parte sustancial del derecho a la intimidad: la que se refiere a la información individual”.²²³

²²¹ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos personales*. Pág. 27 y ss.

²²² Visión que inicialmente asumió éste autor y que como se indicó en el pasado capítulo, posteriormente abandonó.

Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*. Pág. 80 y 81

También Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Frónesis. 2001. Caracas. Pág. 110 y 111.

Además de Colautti, C. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 1999. Págs. 232 y ss.

Pierini, Lorences y Tornabene por su parte sostienen que “Se encuentran íntimamente conectados la legitimación activa, los derechos personalísimos y la intimidad de una persona, siendo ésta generalmente la afectada por el contenido de los datos [...] El habeas data tiene una finalidad muy específica: otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad...”.²²⁴

Gozaíni también se pronuncia y establece que al hablar de la intimidad plantea que se trata de “...dos caras del derecho: una positiva, que se refiere a la garantía de contar con un instrumento procesal de resguardo contra la intromisión indiscriminada, y otra de tipo negativa, que impide capturar datos sin la autorización de quien resulta afectado. [...] Bajo esa concepción, expresa que “...el habeas data protege dicho derecho a la ocultación, que es una de las ramificaciones importantes en el derecho a la intimidad...”.²²⁵

Quiroga Lavié sostiene que el habeas data es una garantía “que tutela el derecho a la intimidad, variable fundamental de la dignidad humana”.²²⁶

Ortíz Ortíz al manejar una doble concepción del habeas data (derecho y garantía), plantea que al referirse al habeas data como recurso judicial, éste es el encargado de lograr la “protección y tutela de los derechos fundamentales al control de la información, y la defensa de la intimidad, honor y reputación tanto de las personas

²²³ Obra cit. Ekmekdjian, M. A. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... Págs. 5 y 6.

²²⁴ Pierini, A., Lorences, V., y Tornabene, M. *Hábeas data, derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1999. Pág. 283.

²²⁵ Gozaíni, O. *El derecho de amparo*. 2da edición. De palma. Buenos Aires. 1998. Págs. 235 -237.

²²⁶ Obra cit. Quiroga Lavié, H. *Habeas data*... 2001. Pág. 7.

naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de información o datos sobre ellas.”²²⁷

En todo caso, aunque en el contexto europeo y especialmente en el Español, es Lucas Murillo, quien diferencia el derecho a la libertad informática y la intimidad (criterio adecuado, con la salvedad que establece Mercedes Serrano, ya mencionada), y de manera determinante ello se establece por el Tribunal Constitucional Español con posterioridad; en Latinoamérica son pocos los avances y la discusión doctrinal sobre el asunto, siendo escaso la revisión hacia la diferenciación (lo cual denota poca importancia), toda vez que la tendencia ha sido establecer una autonomía del *habeas data* como nuevo derecho, diferenciarlo o sustituir el derecho a la protección de datos (asumiendo al primero incluso como derecho y como garantía), bajo un modismo o renacimiento del llamado derecho procesal constitucional y que desde los años 80 invade a Latinoamérica como respuesta a los abusos de poder y la garantía de la constitución.

Es así como autores como Ortíz Ortíz, ante la posición establecida por Pellegrino (“quien indica que el “*habeas data* es un mecanismo de defensa contra los excesos del “*poder informativo*” y para tutelar *el derecho a la autodeterminación informativa*, no para tutelar otros derechos como los antes señalados por el fallo” –refiriéndose al honor, reputación y vida privada-²²⁸), establece que:

Sin embargo la autora desconoce que éste
-refiriéndose al *habeas data*- ha sido el movimiento

²²⁷ Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... Pág. 121.

²²⁸ Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.” Tribunal Supremo de Justicia (Separata al libro *Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Colección Libros Homenaje Número 3*). Caracas. 2001. Págs. 191. En todo caso, como veremos en la segunda justificación y en el capítulo IV, nos separaremos de las diversas posiciones, incluyendo la de Ortíz Ortíz, y la de Pellegrino.

iberoamericano, como se señaló, pues en Brasil, lugar de origen ibérico de la institución, como en Argentina [...] conciben, efectivamente, el habeas data como un medio de protección de la intimidad o privacidad con motivo del abuso del poder informático...²²⁹

Es decir, claramente plantea Ortíz Ortíz una vertiente real Latinoamericana, y especialmente la evidencia que el camino fue atender la “procesalidad” del habeas data, su instrumentación y su posición de cara y ante el nuevo esquema concebido en el seno constitucional, denominado “Derecho Procesal Constitucional”, sin entrar en la diatriba si se trata de la extensión de la intimidad y la vida privada.

Se cree además, sin llegar a denigrar de Latinoamérica, pero sí lamentar nuestra realidad, que como lo resume Pérez Luño, cuando describe la realidad entre países avanzados que pueden y tienen condiciones para recoger información, almacenarla y distribuirla, mientras que los que no lo son “sólo pueden recibir y consumir informaciones [...] –y además agrega que- Esta circunstancia ha determinado que los países desarrollados mantengan una posición decidida a favor de una libertad ilimitada de intercambios de informaciones entre todos los países, mientras que los países subdesarrollados que carecen de una tecnología informática propia exigen que se reconozca la facultad de ejercer un control sobre los datos que puedan recogerse en su territorio”.²³⁰

Ello afirma, el por qué Latinoamérica tomó el camino del habeas data, en la vía de tratar de llevar al contexto constitucional ese reconocimiento y pretender con él contener los abusos ante el poder informático, que es la justificación y su visión única y principal (acceder ante sus datos y la búsqueda de su control), donde nota absoluta importancia las vías judiciales, como es el caso del habeas data. Se trata

²²⁹ Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... Pág. 111.

²³⁰ Pérez Luño, A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid. 1984. Pág. 355.

de una visión restringida que atendiendo a la progresividad de los derechos fundamentales, es posible que se pueda avanzar.

En la segunda justificación en la construcción del nuevo derecho de habeas data se puede apreciar cómo los procesalistas se han incorporado a la discusión, generando nuevas figuras y elevándolas a las constituciones, produciendo mayores confusiones entre constitucionalistas y procesalistas, apartándose así de la discusión principal.

3. Latinoamérica posee una visión pragmática ante el auge e impacto de la informática y su respuesta ha sido el habeas data.

3.1. Primera razón: La incorporación de figuras procesales en el ámbito del Derecho Constitucional (Derecho Procesal Constitucional).

Latinoamérica inicia a partir de 1988, todo un proceso de cambios constitucionales, en el cual la mayoría de las Constituciones, se enfilan en la llamada visión de la justicia constitucional²³¹, o la incorporación de garantías en el ámbito constitucional, lo cual ha permitido el híbrido entre las normas procesales y las normas constitucionales, procesalisándose –si se permite utilizar el término- el derecho constitucional, en la búsqueda de dar respuesta a la realidad social y en la vía de pretender hacer más eficaz las constituciones.

En ese orden, Alcalá Zamora, atribuye como fundador de dicha rama procesal, denominada “jurisdicción constitucional” a Kelsen,²³² posición que va incluso a

²³¹ Ya señalada desde 1928 en Europa y luego rescatada en 1947 en América.

²³² Refiriéndose al trabajo titulado “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).” En *Revue de Droit Public*. 1928. Págs. 197-257.

trascender al constitucionalismo de otros países (un ejemplo es el caso de España en 1931).²³³

Así lo ratifica Fix Zamudio en su artículo de la defensa de la constitución, con énfasis en las Américas, en 1968, donde se plantea, la existencia de dos categorías bien diferenciadas en el marco de la defensa de la Constitución, es decir, los medios de protección de la propia constitución y las garantías, asumiéndolas –las últimas– bajo un concepto técnico y jurídico. En el caso de la primera (protección de la constitución), indican que “tienen el objeto de lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder” (aquí están los medios de protección políticos, económicos, sociales y jurídicos); mientras que el segundo caso, “las garantías constitucionales”,²³⁴ la asume como los medios o instrumentos, o aquel sistema de carácter procesal que funciona subsidiariamente ante la protección constitucional, cuando la primera es insuficiente o con el objeto de evitar las extralimitaciones de los órganos del poder. A partir de allí utiliza –siguiendo a Kelsen– el término “Derecho Procesal Constitucional”, como el encargado del estudio de las garantías de la Constitución, con un carácter procesal, adjetivo y no sustantivas, que integran la llamada justicia constitucional²³⁵

De manera que, como indica Sagüés, “Es frecuente que ciertas instituciones procesales sean elevadas a reglas de derecho constitucional, cuando el constituyente formal o el derecho consuetudinario constitucional juzgan que son vitales para el desenvolvimiento de la vida social, [...] se trata de instituciones “procesales” que terminan “constitucionalizadas”.” El mismo autor se refiere al

²³³ Alcalá Zamora, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión. México. 2000. Págs. 215 y 216.

²³⁴ Después de partir de varias definiciones: como derechos constitucionales de las personas, las concebidas como institucionales, en sentido estricto y finalmente en sentido técnico, que sobre es que se basa la definición referida.

²³⁵ Fix-Zamudio, H. *Boletín mexicano de derecho comparado* (“Introducción al estudio de la defensa de la Constitución.” Nro. 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición. UNAM. México. 1969. Págs. 108 y ss.

derecho constitucional procesal como un “sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal e informal)”, pero además alude al término derecho procesal constitucional como una rama del derecho procesal que es principalmente “el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.” En todo caso, y a los fines de complicar el asunto, distingue el autor que existen mutaciones y zonas comunes, en el entendido que puede ocurrir, que materias procesales sean incluidas al derecho constitucional, por lo que serán normas constitucionales, pero con naturaleza procesal. Pero existen otras, que poseen una realidad mixta, esto es, pertenecen un tramo al derecho procesal y otro al derecho constitucional (caso del habeas corpus).²³⁶

A criterio muy personal,²³⁷ lo expuesto anteriormente representa el punto de partida hacia el camino de incorporar en el marco de la mayoría de las constituciones latinoamericana las figuras como el amparo, luego el habeas corpus y finalmente el habeas data, enmarcado en la conceptualización procesal en el ámbito constitucional y desarrollar a partir de allí una llamada justicia constitucional o mecanismos de vigencia y protección.

Como señala Gozaíni “El hábeas data es un proceso constitucional que se instala en la órbita del derecho de acceso a la justicia sin restricciones, salvando cuestiones de legitimación que en la especie son ineludibles por tratarse de afecciones de carácter personalísimo”.²³⁸

²³⁶ Sagüés, Néstor P. *Derecho procesal constitucional (Recurso extraordinario)*. 4ta ed. Astrea. Buenos Aires. 2002. Págs. 1-5.

²³⁷ Y sin tratar de hacer un estudio detallado de autores, del término y de los avances.

²³⁸ Obra cit. Gozaíni, O. *El derecho de amparo...*Pág. 250.

De modo, que el camino tomado fue el procesal, se incluye y eleva al ámbito constitucional y representa el remedio procesal constitucional aceptable y necesario para hacer frente a los ataques, abuso de la informática o principalmente los detentores del poder, así como, la oportunidad de poder tener acceso a la información y –en lo posible- logra un control sobre la misma. Eso permite que Latinoamérica se sitúe en el camino del habeas data y no en el del derecho a la protección de datos personales. Sin embargo, es fundamental revisar el nuevo derecho, garantía o derecho garantía, aunque ya se ha apreciado -desde el continente- el desarrollo que se plantea, su diversidad y tipología.

3.2. Segunda razón: Se asume el habeas data como un nuevo derecho o garantía, parte del Derecho Procesal Constitucional.

Como consecuencia del nuevo rumbo, se incorporan figuras procesales o garantías constitucionales como el habeas data, diferenciándose del habeas corpus, confundiendo con el amparo, y colocándose como derecho (incluso como derecho a la libertad informática o derecho de protección de datos de carácter personal, en Latinoamérica).

Sin embargo, no se trata de un camino fácil y mucho menos pacífico dentro de aquellos que se han esforzado por dar su posición y consideración. En ese orden, existe una gama de posturas y diversidad entre ellas. Algunos autores –primordialmente argentinos- indican que:

Ekmekdjian y Pizzolo establecen que “El hábeas data no tiene añeja o rancia prosapia. Es una de las garantías constitucionales más modernas [...] La acción de hábeas data se define como el derecho que asiste a toda persona –identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros –públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo

familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación...”.²³⁹

Pierini, Lorences y Tornabene por su parte, indican que “La acción de hábeas data es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación”.²⁴⁰

Como fue referido, Gozaíni también se pronuncia e indica que “El hábeas data es un proceso constitucional...”.²⁴¹

Quiroga Lavié sostiene que el habeas data “...no es una pureza aislada dentro del sistema de garantías. Es una herramienta más en el marco protector que vale, precisamente, en función de la mejora que puede producir en el marco del garantismo...”.²⁴²

En un nuevo sentido, Sagüés lo ha planteado como una sub-especie del amparo denominándolo “amparo informativo”. Considera que es el habeas data una nueva forma o posibilidad de ejercer el amparo, cuando lo que se persigue es “el acceso y modificación de ciertas fuentes de documentación, o al ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta...”.²⁴³

²³⁹ Obra cit. Ekmekdjian, M. A., y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... Pág.1.

²⁴⁰ Obra cit. Pierini, A., Lorences, V., y Tornabene, M. I. *Hábeas data, derecho a la intimidad...* Pág. 17.

²⁴¹ Obra cit. Gozaíni, O. *El derecho de amparo...* Pág. 250.

²⁴² Obra cit. Quiroga Lavié, H. *Habeas data...* 2001. Pág. 7.

²⁴³ Sagües, Néstor. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Buenos Aires. Astrea. 1995. Pág. 652.

En el caso de Venezuela, autores como Rondón, también asume esa postura, cuando afirma que “...El artículo 28 es constitutivo de una forma de amparo muy particular, el habeas data, que existe en el derecho brasileño, de donde lo copió nuestro constituyente...”.²⁴⁴

En este orden de ideas, se puede citar a Zambrano, quien coloca al habeas data en varias facetas. Establece que se trata de una “garantía constitucional” y especialmente una “garantía de protección mediante recursos efectivos” y además, dentro de esa categoría, indica que corresponde a una especie de amparo constitucional –y así lo clasifica-, de acuerdo a la “naturaleza del derecho protegido”, por lo que concluye que se trata de una “acción de habeas data”.²⁴⁵

Pellegrino por su parte, sostiene que “Uno de los aspectos más importantes de la adaptación del derecho a estas nuevas situaciones es el incipiente reconocimiento en los textos constitucionales de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la autodeterminación informativa y el hábeas data como medio de tutela. El derecho a la autodeterminación informativa se configura como un derecho fundamental de la persona humana, que reconoce a la persona la facultad de control sobre su propia información, y el hábeas data que constituye una acción para salvaguardar la autodeterminación informativa.”²⁴⁶

²⁴⁴ Rondón, H. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Caracas: Ex Libris. 2001. Pág. 334.

²⁴⁵ Zambrano, F. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, N° 2). Caracas: Atenea. 2001. Págs. 49 y 97.

²⁴⁶ Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el habeas data a la luz de la Constitución venezolana de 1999.”... Págs. 210 y 211.

Por su parte, Brewer Carias utiliza el término de acción, al indicar que “El artículo 28 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación de las Constituciones latinoamericanas recientes, estableció expresamente en Venezuela la acción de habeas data...” además de que para él forma parte del “derecho procesal constitucional”.²⁴⁷

En todo caso, no se trata de una concepción determinada, porque como se observa se habla indistintamente de derecho, de garantía, de proceso o de acción. Por ello, como bien señala Puccinelli, “...en ocasiones se le otorga una naturaleza mixta (acción y derecho) y no se coincide, cuando se lo entiende como acción o proceso, respecto de si se trata de un tipo de amparo o de habeas corpus”.²⁴⁸

El mismo autor también expresa que:

“Ahora bien, considerando que el habeas data, en todos los casos en que se fue regulado: a) encierra ciertos derechos de fondo que son expresados de manera exclusiva –esto es, no son reiteración de otras disposiciones- y no taxativas; b) que tales facultades integran el derecho a la protección de datos –o el derecho a la autodeterminación informativa, según el punto de vista que escojamos-, y que c) las regulaciones que lo consagran están reconociendo un derecho para el cual prevén conjuntamente disposiciones procesales constitucionales ya sean específicas (como ocurren en la mayoría de las Constituciones) o genéricas, aplicables a todos los otros derechos (v.gr., Colombia), consecuentemente se debe colegir que el habeas data sería un derecho o un derecho-garantía. Sin embargo, bien podría entenderse de la siguiente manera: dado su carácter instrumental, el habeas data constituye en realidad una

²⁴⁷ Brewer Carias, A. *Revista de Derecho Público*. Nro. 120 (octubre –diciembre 2009). (Artículo: “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del derecho procesal constitucional”). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2009. Págs. 185-191.

²⁴⁸ Véase Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 218.

garantía de los derechos que pretende proteger, estén o no insertos en la norma que lo consagra”²⁴⁹

Al apreciar tal consideración, existe oscuridad entre establecerlo como una acción o un proceso, pero además, genera grandes diferencias si se trata del binomio derecho y garantía.²⁵⁰

Ahora bien, Puccinelli puede ser visto como uno de los expositores que desarrolla con mayor amplitud el estudio en Latinoamérica, desde el término protección de datos (y aunque se diferir de su posición), trata de comprender desde él, el habeas data, para al final llegar a una posición instrumental (desde el punto de vista del derecho procesal constitucional). Es así como, afirma que “En esa labor de contención (refiriéndose a la informática), en el plano jurídico se generaron nuevas herramientas [...] a partir de dos fenómenos principales: la creación de un nuevo derecho con contenidos diferenciales respecto de otros de los que puede aparecer como una mera escisión (el derecho a la protección de datos) y la formación de reglas específicas orientadas a la protección de las personas frente a los abusos de este nuevo poder. Ambos aspectos, en definitiva, provocaron acaso el nacimiento de una nueva rama del derecho, el derecho de la protección de datos.”²⁵¹

De acuerdo, a lo indicado de “la antigua matriz del derecho a la intimidad se desprendieron otros conceptos, como el de “autodeterminación informativa” o “autodeterminación informática”, “libertad informática”, *information control*, “hábeas data” –entendiendo éste como “derecho de” y no como acción procesal

²⁴⁹ Ibidem. Pág. 219.

²⁵⁰ Además, se puede apreciar una influencia importante del autor, por la posición que plantea Pérez Luño y el trinomio (Libertad informática, autodeterminación informativa y habeas data), que además le llevará a plantear su concepción.

Véase Puccinelli, O. El habeas data en Indoiberoamérica...Pág. 66 y ss.

También se puede seguir dicha posición en la cit. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*... 2004... Pág. 93 y ss.

²⁵¹ Véase la cit. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*... 2004... Pág. 94.

constitucional-, etc ,(2) los que a nuestro criterio no son más que aspectos integrantes de un derecho aún más amplio, el “derecho a la protección de datos”, que como dijimos, conjuntamente con otras reglas y ciertos elementos adicionales conforman el “derecho de la protección de datos”. También, afirma el autor que tanto “el derecho de la protección de datos” como “el derecho a la protección de datos”, son meramente derechos instrumentales, porque no tienden técnicamente a la protección de dato en sí, sino a los derechos que pueden ser lesionados a partir de su desprotección, el honor, la intimidad, la autodeterminación. Por lo que el derecho a la protección de datos es la “suma de principios, derechos y garantías establecidos a favor de las personas que pudieran verse perjudicadas por el tratamiento de los datos de carácter personal a ellas referidos,...”²⁵²

Dando continuidad con la temática, y para adaptar lo antes expuesto (tanto las diversas posiciones aludidas, como la Puccinelli), autores como Ortíz Ortíz, identifican dos posiciones o corrientes sobre la misma especie, es decir, afirma que en la definición del habeas data, en Latinoamérica, existen:

- 1) “Las doctrinas que conciben el habeas data como *libertad informática*, para quienes, no importan la calidad de la información pues lo importante es el “control” que realiza el titular de poder tener acceso, y en consecuencia modificación o destrucción de datos, *sin requerir la situación dañosa o potencialmente lesiva de derechos constitucionales*, pues la autodeterminación es un derecho en sí;
- 2) Frente a ellos, quienes consideran el habeas data como un derecho de carácter instrumental, el derecho a la protección de datos que no tutela datos en sí, sino un conjunto de bienes jurídicos que son específicamente atacados por las actividades de recolección, tratamiento y transmisión de los datos nominativos a partir de una serie de principios,

²⁵² Ídem. Pág. 95.

derechos y garantías que suelen establecerse en las normas específicas que lo regulan.²⁵³

Por esa razón, Ortíz Ortíz afirma que se trata de un derecho y también un recurso judicial al afirmar que “El habeas data es un derecho subjetivo individual consagrado por el texto constitucional, por medio del cual toda persona puede acceder a los datos relativos a su persona, así como también tener control sobre el uso y la finalidad de tales datos o información, u oponerse a tal uso, lograr su actualización o destrucción de esos datos cuando resultaren falsos, erróneos o desactualizados o que, de alguna manera, puedan afectar otros derechos...[...] A la par de concebir al habeas data como un verdadero derecho de control de información [...] sirve para tutelar derechos fundamentales [...] medio procesal jurisdiccional establecido en la Constitución mediante el cual se logra protección y tutela de los derechos fundamentales al control de la información, y la defensa de la intimidad, honor y reputación tanto de las personas naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de información o datos sobre ellas. [...] es una modalidad de amparo constitucional...”²⁵⁴

Conviene con todo lo comentado, y ante la diversidad y riqueza que sobre el habeas data se ha desplegado, traer algunas conclusiones que ha planteado García Belaunde,²⁵⁵ ante la procesalización de figuras en el ámbito constitucional, que nos permiten –a partir de ellos- fijar una posición. Ellas son:

- a) La visión protectora en Latinoamérica no es nada nueva y tiene su base a nivel legal y así se mantiene en algunos países:

²⁵³ Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... Pág. 107.

²⁵⁴ *Ibidem*. Págs. 120 y 121. También en el caso de Puccinelli, podemos apreciar una influencia importante del autor, por la posición que plantea Pérez Luño.

²⁵⁵ García Belaunde, D. “Encuentros y desencuentros en torno al derecho procesal constitucional.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Número conmemorativo)*. UNAM. México. 2008. Págs. 345-369.

“...en la América Latina se incorporan instrumentos protectores desde 1830 (*habeas corpus* en el Brasil) y 1841 (amparo en México) al que le siguen otros en las décadas siguientes. Pero todo esto se considera como parte de los ordenamientos procesales existentes, a tal extremo que hasta hace pocas décadas los procesos de amparo o de *habeas corpus*, por sólo poner dos ejemplos, se ventilaban en las legislaciones procesales civiles o penales sin ningún problema. Y todavía en varios países (Bolivia, Brasil, Paraguay, Panamá, República Dominicana, etcétera) se mantienen en situación similar.”

- b) Si han nacido nuevas figuras procesales, lo cual constituye un desarrollo del derecho procesal, por qué no hemos incorporado dichas áreas o ampliado las ramas del derecho procesal:

“Por otro lado, existiendo ya un derecho procesal hace más de cien años, la pregunta es ¿por qué no incorporarlo al derecho procesal, dando nacimiento así a una nueva disciplina que sería el derecho procesal constitucional como algo netamente procesal? Esto es lo que han hecho muchos, pero queda un número muy respetable de juristas que no han dado este paso audaz.

- c) No existen criterios claros en el derecho procesal constitucional y un error es el *habeas data*:

“De manera más o menos convencional, se acepta que los procesos constitucionales traten sobre la protección de los derechos humanos y la defensa de la Constitución frente a actos o normas que la desconocen.

Estos serían, pues, los temas que tocan y corresponden a los procesos constitucionales y sobre ellos existe un cierto consenso en la doctrina. Pero no son todos, pues en los últimos años se han creado diversos procesos que se han adosado a la magistratura constitucional, creándose nuevas figuras procesales constitucionales, como es el caso patente del *habeas data*.

Ahora bien, la inclusión de un determinado tópico como un proceso constitucional depende sin lugar a dudas de una política legislativa o de un legislador constituyente. En efecto, ¿por qué no se hizo un amparo más preciso, evitando la creación del *habeas data*, que es un proceso constitucional construido desde la experiencia latinoamericana, si bien alimentado por doctrina estadounidense y europea sobre la reserva de los datos personales? ¿Qué criterio podemos tener, entonces, para ubicar a un proceso como constitucional y darle esa tipificación?

Uno que puede considerarse como característico, pero que no es definitivo, es su incorporación a la Constitución. En efecto, nuestras Constituciones se refieren a ellos en forma clara y definida, y luego viene la legislación de desarrollo que precisa el ámbito y su forma de aplicación. Así lo vemos en el *habeas corpus* y el amparo, que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas tienen consagración expresa. Sin embargo, sucede que a veces el proceso constitucional no está en la Constitución y tampoco en la ley, como es el caso del amparo argentino que fue creación pretoriana (1957-1958) confirmado legislativamente (1966) pero que sólo llegó a ser normado constitucionalmente en la reforma de 1994."

- d) A pesar del empuje inicial, existe un desinterés de los procesalistas en la materia:

"Aspecto importante que explica el escaso y frágil desarrollo del derecho procesal constitucional radica en el desinterés que en términos generales han mostrado los procesalistas. Ninguno de los grandes procesalistas del siglo XX se ha preocupado de modo consistente y continuado en el tema."

Finalmente, es necesario hacer algunas consideraciones a lo expuesto por la mayoría de los autores referidos, tratando de incorporar algunos comentarios en el

marco de establecer la radiografía latinoamericana. En ese orden de ideas, se aprecia que:

- Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal.
- Las Constituciones latinoamericanas han preferido incorporar la figura del habeas data con énfasis en el control sobre el acceso a la información, el cual constituye el contenido esencial del llamado “derecho”.
- A pesar de lo anterior, no existe claridad si el habeas data es un derecho en sí, o una garantía, o si se trata de un proceso o una acción (tipo de amparo o si es parte del derecho procesal constitucional).
- De aquellos que entienden al habeas data como un derecho, unos lo definen como el derecho a la libertad informática (entendido como el acceso a la información) y otros, lo entienden como el acceso, uso y finalidad de la información; frente a éstos, se encuentran los que lo conciben como un derecho instrumental, a través del cual se protege a otros derechos.

En todo caso, en cuanto a nuestra visión sobre el habeas data, si bien asumimos dicha figura como una garantía del derecho a la protección de datos de carácter personal (y garantía judicial, pero no la única garantía), posteriormente la definiremos al abordar el derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela.²⁵⁶

²⁵⁶ Véase pág. 357 y ss.

Ahora bien, frente a las descritas consideraciones, no cabe duda que todas las vías tomadas por los diversos países y las conceptualizaciones mencionadas, permiten afirmar que todas niegan la existencia del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal,²⁵⁷ porque:

- a) Lo colocan bajo una visión restringida, al no tomar en cuenta el punto de partida o todo su contenido esencial que inicia con “el consentimiento”, que en palabras de Lucas Murillo, se trata de la “piedra angular” sobre la cual se va a cimentar el tratamiento de datos personales,²⁵⁸ contenido al cual se suman el conjunto de facultades que hacen posible el derecho.²⁵⁹

Existe, por tanto, una visión arraigada que solapa el derecho a la protección de datos por el habeas data y no aprecia que el derecho a la protección de datos representa más que el acceso a la información. Sin embargo, el habeas data es “una nueva situación jurídica [...] cualificada activamente por los derechos o facultades que aseguran tal dominio y, pasivamente, por los límites opuestos a quienes desde los poderes públicos o desde la sociedad utilizan información de carácter personal.”²⁶⁰

²⁵⁷ Bajo el seguimiento y las consideraciones basadas en la posición de Pérez Luño y ese trinomio de Libertad informativa, autodeterminación informativa y habeas data,—en Latinoamérica—, más que traer avances lo que ha generado es la desnaturalizado del derecho a la protección de datos personales, construyendo concepciones que anulan al propio derecho.

²⁵⁸ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. Informática y protección de datos personales. Pág. 61.

También en la obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P., y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa...*2009. Pág. 26. Lucas Murillo, indica que “...la disposición por terceros de datos personales solamente es lícita cuando han sido obtenidos con el consentimiento inequívoco de los afectados, debidamente informados, o con autorización legal explícitas.”

También Obra cit. Serrano Pérez. Ma. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 195-197. Es importante también aclarar, lo que establece la autora al referirse al consentimiento “...no se traduce en la posibilidad del interesado de decidir acerca del nivel de protección de sus datos o, al menos, no de igual manera en todos los supuestos. Para ser exactos, ese nivel está fijado a priori por las leyes”.

²⁵⁹ Obra cit. Serrano Pérez. Ma. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 196 y 197.

²⁶⁰ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa...*2009. Pág. 18.

De esta manera, el habeas data no puede confundirse con el derecho a la protección de datos de carácter personal y mucho menos con las facultades que derivan de él, sino que se constituye en una de las garantías del derecho a la protección de datos de carácter personal (judicial), pero no la única, porque pueden existir otras en el ámbito judicial o en el ámbito administrativo (V. gr. el amparo), y que nace como vía procesal para hacer posible el conjunto de facultades –que dentro del derecho a la protección de datos existen-, las cuales conjuntamente con el consentimiento, forman el contenido esencial del nuevo derecho y que además lo hacen practicable. Tal como lo ha señalado el TC español, en su referida sentencia (STC 292/2000 del 30 de noviembre), donde se ha afirmado que se trata de: “...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.” (F.J. 7). Se trata de un poder de disposición y control que van a poseer los ciudadanos que le otorgan un conjunto de facultades que se expresan en: “consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.” Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: “saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se “informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.”

- b) El segundo aspecto tiene que ver con la instrumentalidad, es decir, el entender al habeas data como el derecho de la protección de datos o a la

protección de datos, y otorgarle un carácter meramente instrumental, simplemente anula la existencia del nuevo derecho fundamental, colocándolo como una especie de derecho-garantía, sin vida propio e incorporado su existencia a la vigencia de otros derechos, lo cual es absolutamente erróneo, porque como bien lo ha dispuesto el TC en la referida sentencia 292/2000, se trata de un “poder de disposición y control”, un derecho autónomo, que se diferencia con el derecho a la intimidad, la cual consiste en ese poder de “...excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno...”[...] es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida...”; por otro lado el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos...” (F.J. 5).

- c) De modo que, como afirma Casal en Venezuela,²⁶¹ se deben aclarar algunos conceptos básicos para llegar a definir el habeas data, pero señala que la libertad informática es un “derecho fundamental” y que dentro de este se encuentran un grupo asociados de derechos, como son: el “derecho a la autodeterminación informativa”, ya que cada persona puede decidir cuándo, cómo y a quién dar información “personal o privada”; el “derecho de información y acceso”, es decir, conocer y acceder a los referidos datos, el “derecho de rectificar y cancelación” de los datos, el “derecho a la indemnización por daños” y finalmente el “derecho a garantías suficientes”, y una de esas garantías es el habeas data.

²⁶¹ Casal, J. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas: UCAB. 2001. Pág. 209.

De manera que, de todo lo que se ha mostrado se puede colegir que la existencia del “remedio constitucional (habeas data), ni siquiera garantiza los parámetros comunitarios porque el habeas data va a corregir irregularidades en el tratamiento de datos, pero no es la vía idónea para prevenir las acciones que atentan con los derechos y libertades fundamentales como la regulación del tratamiento, por lo que sólo es un mecanismo más.²⁶²

En ese sentido, este tránsito permite comprender el haz de facultades que plantea el derecho a la protección de datos de carácter personal que han sido opacadas desde Latinoamérica con el habeas data y que –como fue afirmado- junto al consentimiento, forman parte del contenido esencial del derecho. Por lo que estudiar la existencia del nuevo derecho desde su garantía es un error y será una confusión que de no atenderla será interminable.

²⁶² Véase Argüello Téllez, F. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*, en el artículo: *Protección de datos personales: “La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”*... Págs. 80-82.

CAPÍTULO III

UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

I. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA.

1. Preliminares.

De acuerdo a lo que ya se ha comentado, la tecnología por el gran impacto que produce en el ser humano de hoy y de antes, y frente a la extensión y avances agigantados en la que se desenvuelve, muta y se integra a todas y cada una de las partes de nuestra vida (desde ante de nuestro nacimiento, hasta que morimos e incluso después de nuestra muerte); todo ello ha venido permitiendo que se establezcan alertas, en las disposiciones de los diversos países y continentes en buscar alternativas y opciones hacia una verdadera limitación de dicho impacto, pero a la vez, permitir el ejercicio de las libertades y especialmente el ejercicio del nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales.²⁶³

Ello tiene cabida ante la transmisión de información que ya no solo se desarrolla dentro de un país, sino de un país a otro, entre los diversos continentes, que se expresa en flujo constante incontenible e increíble de información viajando a escala mundial, que incluso puede ser manipulada, alterada, suprimida, violentada.²⁶⁴

²⁶³ En todo caso es necesario aclarar, que aunque esa es siempre la intención y preocupación, no siempre la respuesta a la necesidad y exigencia social es inmediata o se construye a la par. De modo que, como afirma en la Obra Cit. De Herrán Ortiz, A. *El derecho a la intimidad en la nueva LOPD...* Pág. 87 “primero surge el fenómeno en la realidad social y después el ordenamiento jurídico facilita instrumentos o medios de respuesta, regulando aquellos aspectos que mayor incidencia revisten respecto a las relaciones humanas. En el caso del avance y desarrollo de las nuevas tecnologías, el proceso no difiere del descrito.”

²⁶⁴ Incluso como afirma Velázquez Bautista, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Colex. 1993. Pág. 28 y ss. Se trata de las llamadas “auténticas “venas del sistema”,

Por ello, interesa comentar -en el contexto europeo y en el ámbito de protección de la protección de datos personales-, los casos del Consejo de Europa, por un lado, y por el otro, el de la Unión Europea,²⁶⁵ y en ambos apreciar los instrumentos que han elaborado sobre la materia de estudio. Se trata de una doble dimensión en el desarrollo y la progresividad de los derechos fundamentales y una doble experiencia que ha permitido la inspiración de las diversas constituciones y legislaciones internas en los países partes, además de servir de complemento e interpretación, de fuente directa o indirecta del derecho a la protección de datos de carácter personal.

2. El Consejo de Europa.

En el primer caso, el Consejo de Europa surge como una consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, y lo que ella representó. La intención de las naciones era promover la unidad y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esa intención se plantea de manera concreta el 5 de mayo de 1949,²⁶⁶ con la

con flujo de datos en el país, fuera del país y con facilidad de acceso desde cualquier punto global, todo lo cual permite la “radiografía global” que puede brindar el conocimiento de nuestra vida. Todo ello, incrementa y eleva los riesgos, que han propician una enorme literatura y proyectos de ley en el contexto europeo.

Sin embargo, y tal como afirma Freixas Gutiérrez, G. en la Obra cit. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español...* Pág. 37, lo que produce el daño no es la informática, sino su uso es la que afecta los derechos fundamentales.

²⁶⁵ Véase Obra Cit. Frosini, V. “Banco de datos y tutela de la persona”... Pág. 25 y ss. Donde se destaca la marcada influencia de la legislación comparada y decisiva, además de las Constituciones de Portugal y España destacan como aquellas que regulan jurídicamente el nuevo derecho de “libertad”.

Obra cit. Delgado, L. y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 34. Aquí comentan los autores, como desde mediados de los años setenta -a través de la constatación de las telecomunicaciones- Europa apreció la necesidad de una legislación que unificara y ofreciera protección a los derechos y libertades fundamentales, con lo cual la Unión Europea jugó un papel principal en materia de protección de datos y su influencia en los países miembros “elevando progresivamente su nivel de protección, produciendo un efecto homogeneizador de los medios de protección y de los mecanismos para la eficacia del derecho.”

²⁶⁶ Tratado firmado en Londres. Véase Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 43 y ss.

fundación del Consejo de Europa, a través de diez Estados Europeos²⁶⁷ con el fin de revisar los asuntos de interés común y sobre la base de ello propiciar la "... adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales." (Artículo 1).

En ese sentido, y sin mucha espera, un año después,²⁶⁸ doce Estados²⁶⁹ cristalizaron, lo que hoy se conoce como el documento más importante del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁷⁰

En sus inicios, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se configuró dentro de sus órganos el Comité de Ministros (como ente político), y en el ámbito judicial, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esa configuración fue

En Latinoamérica, autores como Ekmekdjian y Pizzolo, de hecho lo conciben como el órgano paracomunicatario de la Unión Europea, toda vez que no se encuentra previsto por los tratados respectivos y el cual estará integrado por jefes de Gobiernos o de los Estado miembros de la unión Europea, como por aquellos que no lo son, por lo que se constituye en un foro de intercambio de opiniones sobre temas que corresponden a la Unión Europea, como al contexto Europeo sin mediaciones ni interferencia burocráticas. Ver obra cit. Ekmekdjian, M. A. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... Pág. 47 y 48.

También Ekmekdjian, M. A. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Depalma. Buenos Aires. 1994. Págs. 42 y ss.

²⁶⁷ Los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República francesa, de la República irlandesa, de la República italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo del Reino de los Países Bajos, del Reino de Noruega, del Reino de Suecia y del Reino de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte. Hoy el Consejo de Europa posee más de cuarenta Estado miembros

²⁶⁸ El 4 de noviembre de 1950.

²⁶⁹ En ellos estaban, los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República francesa, de la República irlandesa, de la República italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, del Reino de Noruega, La República Federal Alemana, Islandia, del Reino de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, y Turquía.

²⁷⁰ Dicho Convenio, fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979. Ese mismo día de la firma, hizo su adhesión al Consejo de Europa. De hecho, como lo afirma Arenas Ramiro, Mónica. en la Obra cit. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 43 y 44: a partir de la Declaración de Viena del 9 de octubre de 1993, se incorporó una condición política para aquellos países que pretendieran formar parte del Consejo de Europa, debiendo firmar y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos también. De hecho, así lo hicieron España y Portugal, aun sin existir dicha condición.

posteriormente modificada, a través del Protocolo N° 11,²⁷¹ con el cual se estableció como único ente judicial, para recibir demandas de Estados y de los ciudadanos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para aquellas violaciones al Convenio y conforme a los derechos allí establecidos, como en sus respectivos Protocolos.²⁷²

En el marco del derecho a la protección de datos de carácter personal, el Consejo de Europa, desde finales de los años setenta plantea un notable desarrollo normativo a través de su Consejo de Ministros, mediante un conjunto de Recomendaciones (generales y sectoriales) y Resoluciones, tratando de someter el tratamiento de datos a los principios de publicidad y control, procurando mediante reglas comunes dar efectividad a las garantías nacionales ante el flujo de información de un Estado a otro, tratando de establecer un equilibrio entre la protección de datos y el flujo de información, sin establecer limitaciones a la libre comunicación de datos a terceros, calidad del dato, su autenticidad, su almacenamiento seguro, y su empleo. Sin embargo, todo ello no fue suficiente, por lo que se hizo necesario impulsar lo que se conoce como una norma de referencia -que ya se ha mencionado-, y que es el caso del Convenio 108, para la Protección

²⁷¹ Firmado el 11 de mayo de 1994. Entró en vigencia el 1 de noviembre de 1998.

²⁷² Tal como lo estableció el propio Consejo de Europeo, en fecha 18 de septiembre de 1959, la sede del tribunal está en Estrasburgo. Véase Arenas Ramiro, M. en la Obra cit. El derecho fundamental a la protección de datos... Pág. 46.

En el caso de América, existe un paralelismo, que va desde la Organización de Estados Americanos (OEA), y el Consejo de Europa. Además, entre la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, que es un instrumento parecido a la Declaración Universal de Derechos Humanos –incluso aprobada antes que la Declaración Universal, el 30 de abril de 1948- y además en el sistema de protección que se plantean en ambos continentes. En todo caso, no son idénticos, porque en el seno de la OEA, existe la Comisión Interamericano de Derechos Humanos (órgano principal de la OEA y anterior a la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que actúa como figura política y a donde acuden particulares, organizaciones no gubernamentales y Estados, y una figura judicial o Corte Interamericana de Derechos Humanos (que nace con la puesta en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, del 21 de noviembre de 1969), a la cual sólo pueden acudir la Comisión o los Estados –aunque hoy se ha avanzado en la participación de las víctimas-, pero sin la debida apertura del sistema Europeo. Para ampliar lo comentado, véase Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (aspectos institucionales y procesales)*. 2da. Edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. 1999.

Véase también, Faúndez Ledesma, H. (Coord.) *XXV Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, en homenaje a la memoria del R.P. Dr. Fernando Pérez Llantada (S.J.), (Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio)*, en la ponencia del coordinador, denominada: “La vigencia del Derecho Internacional en el ámbito nacional.” Barquisimeto. 2000. Págs. 9 – 61.

de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.²⁷³

2.1. El Convenio 108 para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

El Convenio 108 para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en lo adelante El Convenio 108) se firmó en Estrasburgo, el 28 de enero de 1981 por los Estado miembros del Consejo de Europa, pero también abierto para la firma de y adhesión de países que no fueran Europeos.²⁷⁴

En cuanto a su estructura, el Convenio está constituido por 27 artículos, distribuidos a su vez en Siete Capítulos, basado en el principio de mínimos y no de derecho directamente aplicable y donde se encuentran los principios de territorialidad y homogenización legislativa.

Sin embargo, es necesario mencionar que antes del Convenio se habían creado en diversos países de forma general o sectorial un conjunto de disposiciones sobre la materia, pero sin ninguna homogenización sobre las normas nacionales.²⁷⁵

²⁷³ Véase Guichot, E. *Datos personales y Administración Pública*. Civitas. 2005. Navarra. Págs. 28 y 29.

²⁷⁴ En el caso de España, dicho instrumento se ratificó el 27 de enero de 1984 (BOE nº 274 de 15 de noviembre de 1985). Países como: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Países bajos, Noruega, Portugal, Suecia, Reino Unido, los han ratificado y está en vigencia. Otros países como: Chipre, Eslovenia, Hungría, Grecia, Italia y Turquía, sólo han procedido a su procedido a su firma.

²⁷⁵ Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 89.

Lo interesante de dicho Convenio, se puede plantear en dos vertientes; por un lado, la necesidad de regular -con criterios claro y entre los países miembros- el tratamiento de todo ese caudal de datos de carácter personal que se había incrementado, y en segundo lugar, propiciar el equilibrio entre éstos y su circulación, por una parte, y entre éstos y la vida privada por la otra. Bajo ese contexto, el Convenio se erige como una suerte de promotor del desarrollo de la legislación necesaria para cumplir con dicho fin, pero estableciendo los principios básicos para su formación.²⁷⁶

Así lo refiere Suñé al afirmar que:

“El Convenio, que da pautas de Derecho Uniforme, exige a las leyes dictadas en su desarrollo que se inspiren en el principio de territorialidad y no en el de personalidad, para poder dispensar a los extranjeros una protección análoga a la que corresponda a los nacionales de cada país; y, al mismo tiempo, la homogenización legislativa hace posible que los ciudadanos de una nación gocen de un estándar mínimo adecuado, en todos los Estados signatarios”.

²⁷⁷

En ese orden, el Convenio unifica los principios de la Resolución 22/1973 sobre la regulación jurídica de los ficheros electrónicos en el sector privado y la Resolución 29/1974 para establecer las pautas ordenadoras del sector público de la información, colocándolos en un solo texto.²⁷⁸

²⁷⁶ Véase Lucas Murillo de la Cueva, P. *El derecho a la autodeterminación informativa*, ed. Tecnos, col. Temas clave de la Constitución Española, Madrid, 1990. Pág. 141.

Véase también Almuzara Almaila, C., Marzo Portera, A., Navalpotro Y. (Ver el artículo de Navalpotro, Y., “Antecedentes a la Ley Orgánica 15/1999 LOPD”) Coudert, F. *Estudio Práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2005, pág. 34.

²⁷⁷ Suñé Llinás, E. *Marco Jurídico del Tratamiento de los Datos Personales en la Unión Europea y en España. En la armonización legislativa de la Unión Europea*. Dykinson. Madrid, 1999. Pág. 56.

²⁷⁸ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 92.

De hecho, el contenido y principios de ambas Resoluciones pueden resumirse así:

- La recolección de la información debe hacerse a través de medios lícitos y leales.
- La información a registrarse debe ser exacta y estar al día al asegurarse.
- Debe existir correspondencia entre la finalidad y precisión en la recolección de la información y el fin del registro, así como, entre la duración en la conservación y el tiempo necesario para alcanzar la finalidad perseguida.
- La prohibición de registrar información sensible, salvo aquellos casos donde existan garantías.
- La publicidad de las bases de datos creadas.
- La garantía de la seguridad material de los bancos de datos.
- El derecho a conocer y rectificar de toda persona acerca de la información sobre ella registrada.²⁷⁹

Nótese que esos mismos principios son repetidos en el propio Convenio 108, los cuales siguiendo a Louis Joinet,²⁸⁰ pueden resumir así:

-El principio finalista: eso es la justificación de la base de datos previa a su funcionamiento, a los fines de garantizar:

²⁷⁹ Ibídem. Pág 92 y Pérez Luño, A. E. "La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español". *ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas*, núm. 17, año 1989.

²⁸⁰ Véase Joinet, L. en su obra *Informatique et droits de l'homme, Recueil des Cours, Institut International des droits de l'homme*. Estrasburgo 2-27 julio de 1984. Págs. 6 y ss. Obra citada por Rebollo Delgado, L., y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 34. Véase también Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. *El derecho a la autodeterminación informativa (La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad)*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 26-28. Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *El derecho a la autodeterminación informativa*, 1990. Pág. 141-145. También Davara Rodríguez, M. A. *La protección de datos en Europa, principios, derechos y procedimientos*. Grupo Asnef Equifax. Madrid. Pág. 34-38.

-La pertinencia de los datos: si lo recogido y registrado se corresponde con el objetivo y creación del fichero.

-La utilización no abusiva: si la información se utiliza para el fin propio al banco de datos.

-El principio de derecho de olvido: si el tiempo de la conservación de los datos es el necesario para conseguir el fin por el cual fueron registrados.

-El principio de lealtad: atiende a la recopilación utilizando los medios lícitos.

-El principio de exactitud: corresponde a la comprobación de los datos registrados y su actualización.

-El principio publicidad: plantea la existencia del registro público con los ficheros automatizados.

-El principio de acceso individual: el derecho a las personas a conocer si sus datos son objeto de tratamiento automatizado y frente a ello copiar o rectificar los mismos.

-El principio de seguridad: protección completa de la data.

De acuerdo a lo indicado, el Convenio va a manejar tres funciones principales:

- 1) Reglas básicas para adoptar medidas de protección de los datos personales en los países miembros.
- 2) Reglas especiales de regulación del flujo internacional de datos.
- 3) Mecanismos de consulta.

En ese orden, se observa como en el artículo 4 se dispone que: “..cada parte adoptará en su derecho interno las medidas que estime pertinentes y necesarias para hacer efectivos los principios de base para la protección de datos personales enunciados en el Capítulo I”. Dichos principios básicos para la protección de los datos personales se recogen en el artículo 5 del Convenio al preverse: a) la legalidad en la recolección, esto es, de forma lícita, b) la finalidad legítima de su recolección, c) la adecuación, relevancia y no excesividad de los datos recogidos en relación al propósito, d) la necesaria actualización de los datos y e) la debida preservación en garantía de la identidad de los titulares.

Los principios aquí dispuestos no son del todo absolutos, debido a que en el artículo 6 del Convenio se prevé la prohibición de tratar informáticamente, salvo que el derecho interno establezca garantías apropiadas, los datos personales asociados a:

- 1) La calidad del dato, en términos generales: licitud, legitimidad y exactitud.
- 2) Datos con información sensible.
- 3) Régimen especial para estadísticas y la investigación científica o incluso condenas penales.²⁸¹

De manera que, con dicho instrumento para 1981 se establece un marco genérico de protección a las personas en el ámbito de su intimidad o derechos de la personalidad ante la influencia informática.²⁸²

²⁸¹ Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, 1990. Pág. 143.

²⁸² Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, 1990. Pág. 141, y Obra citada por Rebollo Delgado, L., y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 35.

Además, lo resaltante del Convenio 108, corresponde a la expresión inequívoca del Consejo de Europa en la defensa de los derechos humanos o fundamentales y su plena vigencia.²⁸³

3. La Unión Europea.

Otro caso es la Comunidad Europea, hoy Unión Europea, en cuyo seno se ha legislado y desarrollado la materia de protección de datos personales, permitiendo además la unificación de criterios con relevancia para los países integrantes.

Sin embargo, cuando se constituyó la Comunidad Europea, los tratados mediante los cuales se le dio vida, ninguno incluyó un catálogo de derechos, y mucho menos disposiciones sobre dicha materia, principalmente porque en sus inicios la base de unificación tenía sólo una correspondencia, “la económica”, y todavía no se había alcanzado “la importancia y el ascendiente que después ha tenido”.²⁸⁴

De hecho, tanto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma²⁸⁵, o los Tratados de: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero²⁸⁶ o el Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica²⁸⁷, ni el Acta Única Europea²⁸⁸ fueron pensados o concebidos como garantías en materia de

²⁸³ Losano, M. G., Pérez Luño, A. E. y Guerrero Mateus, M. F. *Libertad informática y leyes de protección de datos*, col. 21 Cuadernos y Debates, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Pág. 164.

²⁸⁴ Rubio Llorente, F. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Estatuto de la Carta*. En EuropaFutura.org, n° 4, Generalitat de Catalunya / Fundació Carles Pi i Sunyer. Barcelona, mayo 2004. Pág. 17.

²⁸⁵ Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

²⁸⁶ Firmado en París el 18 de abril de 1951, y entró en vigor el 23 de septiembre de 1952.

²⁸⁷ Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

²⁸⁸ Firmado en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 sólo por nueve Estados miembros y luego en la Haya, el 28 de febrero de 1986 por los Estados restantes (3 en total), entrando en vigor el 1 de julio de 1987.

derechos fundamentales, debido a que se entendía que era suficiente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁸⁹

En ese proceso de integración y a los fines de emprender lo que se había encomendado en los Tratados suscritos -en el ámbito de la comunidad-, fue necesario que se creara “un sistema institucional” conformado por el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.²⁹⁰

Dichas instituciones y especialmente la labor del Tribunal de Justicia, van a permitir que se pueda evidenciar dos etapas. Aquella en el cual se crea la Unión Europea, pero sin la existencia de un catálogo de derechos fundamentales propio; y otra caracterizada por el reconocimiento de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario,²⁹¹ idea que ya se había aplicado desde principio de 1789 y tiene su origen en la jurisprudencia del Conseil d'État francés.²⁹²

Ello se consolida, mediante el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, el cual entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, a través del artículo 6.2,²⁹³ donde la Institución asume la obligación de respetar como principios generales del Derecho Comunitario, los derechos humanos y las libertades

²⁸⁹ Carrillo, M. “La Unión Europea ante los derechos fundamentales”, en *VVAA, la democracia constitucional*. Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Vol. II. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. Pág. 1407.

²⁹⁰ Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Pág. 192.

²⁹¹ *Ibidem*. Pág. 194-195.

²⁹² Obra cit. Rubio Llorente, F. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Estatuto de la Carta*. Pág. 19-20.

²⁹³ Véase Salinas de Frías, A. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Editorial Comares. Granada, 2000. Pág. 196. Aquí se indica que dicho artículo 6, corresponde al anterior artículo F.2, o con la redacción original y que con la inclusión de dicho artículo se quiso solucionar el problema de la cobertura formal de la protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario.

fundamentales, pero además, el descrito tratado permite la conexión de los tres sistemas jurídicos existentes: el de la Unión Europea, el del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹⁴.

Ese proceso lleva consigo la creación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el Consejo Europeo de Niza el 7 de octubre diciembre de 2000. Con ella la Unión Europea fracturaba el carácter económico de sus Tratado y asumía la orientación de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

El mencionado instrumento internacional adquiere verdadera eficacia, con el Tratado de Lisboa,²⁹⁵ toda vez que conforme a su artículo 6.1 “...La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”, consolidando así una verdadera “Carta Constitucional”²⁹⁶ a nivel europeo y la existencia de un derecho comunitario, con capacidad de imponerse a los estado mismos

De modo que, si bien se puede hacer críticas al sistema y su legislación, y aunque se parta de la base que la “legislación genérica de la Unión Europea suele ser de mínimo, en la protección de datos”, su creación y desarrollo ha permitido que los Estados miembros “hayan ido elevando progresivamente su nivel de protección,

²⁹⁴ Freixes Sanjuán, T y Remotti, J. *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*. Minim Ediciones. Valencia, 2002. Pág. 92-94.

Ver también García, T, Hernández, B. *Informática y libertades (La Protección de Datos Personales y su Regulación en Francia y España)*. Colección Estudios de Derecho. Universidad de Murcia. Primera Edición. España. 2003. Pág. 65. Quien plantea que dicho instrumento constituyó una de las formas de hacer frente al impacto de la tecnología.

²⁹⁵ Del 17 de diciembre de 2007, mediante el cual se modifican el tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

²⁹⁶ Véase la obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección....* Pág. 218.

produciendo un efecto homogenizador de los medios de protección y de los mecanismos para la eficacia de los derechos.”²⁹⁷

Dada la importancia y las consideraciones que se plantean en el ámbito europeo y su influencia en los países miembros de la Unión, se indicarán y comentarán seguidamente los aspectos resaltantes e innovadores de las Directivas con especial énfasis en la 95/46/CE.

3.1. La Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales.

Luego del Convenio 108, otro instrumento de gran importancia en el contexto Europeo, que incluso servirá de base para la legislación Española,²⁹⁸ es la Directiva 95/46/CE²⁹⁹ sobre Protección de Datos Personales (en lo adelante la Directiva 95/46), dictada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea después de un proceso emprendido, que duraría cinco años de trabajo (1990 – 1995).

²⁹⁷ Rebollo Delgado, L. y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 17.

²⁹⁸ Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. *El derecho a la autodeterminación informativa* (“La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad y Protección de datos: origen, situación actual y retos del futuro”). *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*. Madrid, 2009. Pág. 23 y 24 / 120.

Véase también Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos*. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993.

También Lucas Murillo de la Cueva, P. Artículo: “Las vicisitudes del Derecho y de la protección de datos personales”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 58-II/2000, Págs.211 y sigs. Igualmente, Lucas Murillo de la Cueva, P., “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, en *Cuadernos de Derecho público*, nº 19-20/2003, Págs. 27 y sigs.

Véase Obra cit. Serrano Pérez, Ma. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 94 y 95. En esta última cita, se describe como la Directiva 95/46, permite el contraste necesario para que en España se derogue la LORTAD y se elabore la actual Ley 15/1999 o LOPD.

²⁹⁹ Aprobada el 24 de octubre de 1995 y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 23 de noviembre 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.

De hecho, se ha entendido que dicha normativa permite y establece las bases fundamentales para que los Estados miembros de la Unión adecuaran su normativa interna a los principios comunes relativos a la protección de datos, bajo un “ámbito jurídico unificador”,³⁰⁰ considerándola como el instrumento europeo más importante para la protección de datos.³⁰¹

Sin embargo, algunos autores han considerado que a pesar de su doble papel, esto es, garantizador del derecho a la vida privada y garantizador de un mayor nivel de protección dentro de la Comunidad, sin disminución del ya existente. Definitivamente se trata de una disposición que más que protectora de los derechos de los ciudadanos se comporta como una legislación “habilitante para que los operadores - fundamentalmente económicos-, desarrollen sus actividades”.³⁰²

Sin embargo, en ella destacan elementos que pueden resumirse así:³⁰³

- Se establecen medidas aplicables tanto para ficheros automatizados como para ficheros manuales.
- Se amplía el concepto de dato de carácter personal incluyendo dentro del mismo la imagen y el sonido.
- Se contempla la posibilidad de solicitar el ejercicio de un nuevo derecho como es el derecho de oposición.

³⁰⁰ Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 95.

³⁰¹ Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Pág. 275.

³⁰² *Ibidem.* Pág. 277 y 278.

³⁰³ Obra cit. Almuzara Almailda, C., Marzo Portera, A., Navalpotro Y. (Ver el artículo de Navalpotro, Y. “Antecedentes a la Ley Orgánica 15/1999 LOPD”)... Pág. 37.

- La posibilidad de que los países establezcan las excepciones necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con la libertad de expresión.³⁰⁴
- Se incluyen los datos sindicales dentro del grupo de datos especialmente protegidos.
- Se crea una nueva figura, el encargado del tratamiento.

En esa dirección se fijan con claridad dos plazos, uno de 3 años para transponer las medidas que afectan todos los ficheros automatizados y de carácter personal y otro de doce años con los ficheros manuales, con la idea de propiciar la protección de la intimidad en la utilización de los datos de carácter personal.³⁰⁵

Otro aspecto interesante es que la Directiva establece un conjunto de derechos a las personas entre los cuales se distinguen:³⁰⁶

- El derecho a ser informado, tanto si los datos se obtienen del titular como si no (artículos 10 y 11),
- Los derechos de acceso, rectificación y cancelación (artículo 12),

³⁰⁴ Véase Heredero Higuera, M. *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*. Aranzadi. Pamplona. 1997. Págs. 131-132. Aquí el autor se refiere a lo difícil de conciliar los usos y prácticas de los medios de comunicación con las exigencias de un sistema de datos. También Herrán Ortiz, A. *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003. Pág. 27.

³⁰⁵ En el caso Español, la transposición fue hecha el 25 de octubre de 1998. Además como opina Davara Rodríguez, "la transposición de las directivas podía haber representado la ocasión de aprovechamiento de experiencias y unificación de criterios en el todavía corto camino recorrido por la ley, desgraciadamente, no ha sido así." Davara Rodríguez, M. *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*. Fundación Airtel. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000. Pág. 12.

³⁰⁶ Guerrero Picó, M. *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Editorial Aranzadi. Civitas-Thomson. 2006. Pág. 76-78.

- El derecho de oposición (artículo 14),
- El derecho a no verse sometido a una decisión basada en tratamientos automatizados de datos (artículo 15).
- El derecho a una indemnización (artículo 23).
- El derecho a un sistema de recursos y sanciones (artículo 22 y 24).

A pesar de ello, algunos autores³⁰⁷ indican que el Convenio 108 frente a la Directiva 95/46:

“...es más amplio, pues se refiere a la legislación estatal que debe garantizar los derechos y libertades fundamentales y en particular la vida privada de cualquier persona física, sea cual fuere su nacionalidad y residencia. En el supuesto de la Directivas, como no podía ser de otra manera, se circunscribe al ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

Su objeto es común con el Convenio 108 del Consejo de Europa, si bien tendríamos que matizar en cuanto al Convenio; de entrada se circunscribe a ficheros automatizados, si bien prevé la posibilidad de que un Estado voluntariamente extiende la protección a ficheros de datos que no sean objeto de tratamientos automatizados. En cambio en las Directivas no distinguen entre ficheros automatizados o no. Y en ambos supuestos incluyen en sus garantías los ficheros públicos y privados.”

En esa misma dirección se afirma que el ámbito de aplicación de la normativa es mucho más restringido que el Convenio 108, porque la Directiva se aplica al tratamiento total o parcial automatizado de datos personales y al tratamiento no

³⁰⁷ Ull Ponte, E. *Legislación Informática* (“Datos personales, propiedad intelectual e industrial y titulaciones universitarias”), Serv. Publ. UNED. 2da edición. Madrid. 1997. Pág 67-68.

automatizado contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, pero no toma en cuenta: el tratamiento de datos no comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, ni aquellos tratamientos de datos cuyo objeto es la seguridad pública, defensa, seguridad del Estado, la actividad del Estado en materia penal y todo lo correspondiente a las actividades de personas físicas (domésticas).³⁰⁸

Sin embargo, la Directiva contiene un conjunto de considerandos (72 en su totalidad), de los cuales también se derivarán una serie de principios de aplicación e interpretación del articulado, que facilitan el desarrollo de la misma. Entre ellos se encuentran:

- El tratamiento lícito, en el considerando 31 (asociado a la protección el interés esencial para la vida).
- El consentimiento, en los considerandos 33, 39 y 40 (asociados a las libertades fundamentales o intimidad, a la información y sus excepciones).
- La finalidad, en el considerando 38, (asociado al tratamiento y utilización de la data).
- El derecho de acceso, en los considerandos 41 y 42 (asociados la exactitud y licitud del tratamiento), y
- La seguridad, en los considerandos 45 y 46 (asociados al derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales).

Definitivamente, la doctrina posee posiciones encontradas sobre la materia, sin embargo, no cabe duda que la misma constituye un precedente de influencia en las legislaciones internas de los países de la Unión, a tal punto de registrase

³⁰⁸ Obra cit. Guerrero Picó, Ma. *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal...* Pág. 66.

modificaciones de leyes existentes, pero además como afirma Serrano,³⁰⁹ la Directiva permitió:

- Superar la permisividad del Convenio 108, ante la posibilidad de tener países con una protección desigual, lo cual generaba dificultades en la libre circulación de la información dentro de las fronteras de la Unión.
- La Directiva concreta un mayor nivel de protección, incluso mucho más fuerte que el Convenio el cual quedaba a discreción del Estado. No puede pues plantearse que la norma corresponde a una norma de mínimos, como si se plantea el Convenio.

Se aprecia que tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa como la Directiva 95/46, conforman un sistema europeo de las libertades, donde existe un sistema constitucional Europeo, y en un ámbito muy novedoso.³¹⁰

3.2 Otras Directivas.

La Unión Europea, no sólo dicta la Directiva 95/46/CE, sino que en los años sucesivos trata de abordar y regular otras áreas específicas, con la idea de solventar conflictos o daños concretos. Tal es el caso de las telecomunicaciones. Fue así que en el año 1997, se dicta la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al Tratamiento de Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Telecomunicaciones.³¹¹

³⁰⁹ Véase Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 94 y 95.

³¹⁰ Pérez Luño, A. *Consejo General del poder Judicial. Escuela Judicial (Cuadernos Judiciales)*. "El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46." Madrid. 1997. Pág. 35.

³¹¹ También conocida como la Directiva 97/66/CE sobre Protección de Datos y Telecomunicaciones, de fecha 15 de diciembre de 1997. Véase Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Págs. 280 y ss.

Como lo dispone el artículo 1 de la Directiva, el objeto es garantizar:

“...un nivel equivalente de protección de las libertades y de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que hace referencia al tratamiento de datos personales en el sector de las comunicaciones...”.

De esta manera, la Directiva 97/66/CE, viene a regular los derechos y obligaciones de los diversos usuarios y abonados, además de todos aquellos encargados de proveer el servicio de telecomunicaciones, estableciendo especificaciones propias en el ámbito de las telecomunicaciones y en el tratamiento de datos personales, como por ejemplo, los servicios de televisión interactiva, videos o redes digitales. Por lo que el proveedor del servicio público en el área de telecomunicaciones, tendrá que garantizar la seguridad de los servicios, la confidencialidad de las comunicaciones, así como, de forma tasada se establecen límites, de acuerdo a los datos que el proveedor puede almacenar del usuario (siguiendo incluso los parámetros de la Directiva 95/46/CE. En todo caso, la Directiva con el paso de los años ha quedado obsoleta, dando paso a otros instrumentos.³¹²

Otra de las Directivas de importancia en la materia, es la 2002/58/CE sobre Protección de Datos y Comunicaciones Electrónicas, con la cual se sustituye la Directiva 97/66.³¹³

Véase también Rebollo Delgado, L., y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Págs. 43 y ss.

Rebollo Delgado, L. *Derechos Fundamentales y protección de datos...* Págs. 138 y 139.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ De fecha 12 de julio de 2002, dictada por el Parlamento Europeo y el Consejo. También conocida como la Directiva de Protección de Datos y Comunicaciones Electrónica.

La Directiva consta de 21 artículos y 49 Considerandos y con ella se regula el tratamiento de datos personales y lo relativo a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, sin embargo, entre esta Directiva y la 95/46/CE, existe una suerte de relación de complemento, porque conforme a su Considerando 10, cuando se trate de comunicaciones electrónicas que se refieran a la protección de los derechos y libertades fundamentales que no se encuentren regulados en la Directiva 2002/58/CE, se le aplicará la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos.³¹⁴

En todo caso el valor de la misma se puede resumir en los siguientes aspectos:³¹⁵

-Eliminar del envío de correos electrónicos no solicitados. Lo que se conoce como “spam”.

- Impedir el camuflaje de identidad del que remite el correo electrónico y la utilización de direcciones falsas.

-Regula las condiciones o “cookies”, que son programas que se instalan en las computadoras al acceder a las páginas web, en donde debe operar la utilización y el consentimiento.

-Prohibición de la explotación comercial de los datos relativos a la localización que se generan por teléfonos móviles, a menos que exista consentimiento explícito del usuario, con las excepciones (seguridad de Estado, investigación criminal).

³¹⁴ Véase Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Págs. 280 y ss.

³¹⁵ Véase también Rebollo Delgado, L., y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Págs. 43 y ss.
También, Rebollo Delgado, L. *Derechos Fundamentales y protección de datos...* Págs. 139 y 140.

Así mismo, en el seno de la Unión Europea, existen un importante grupo de Directivas que han sido dictadas para regular áreas distintas a la protección de datos personales, sin embargo, guardan relación con ella y merece la pena su mención (entre otras):³¹⁶

-La Directiva 96/9/CE, del 11 de marzo de 1996, sobre Protección de Bases de Datos, especialmente estableciendo la protección jurídica de las bases de datos.

-La Directiva 97/7/CE, del 20 de marzo de 1997, sobre Protección de los Consumidores en Contratos a Distancia, principalmente la protección jurídica en dichos contratos.

-La Directiva 1999/93/CE, del 13 de diciembre de 1999, sobre Firmas Electrónicas, en la cual se establece el marco comunitario para las firmas electrónicas.

-La Directiva 2000/31/CE, del 8 de junio de 2000, sobre Comercio Electrónico, en la cual se establecen los aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, con especial énfasis en el comercio electrónico dentro del mercado interno.

-La Directiva 2002/19/CE, del 07 de marzo de 2002, de Acceso a las Redes de Comunicaciones Electrónicas, que regula el acceso a las redes de comunicación electrónica y todos los recursos asociados, además de su interconexión.

-La Directiva 2002/20/CE, del 07 de marzo de 2002, de Autorización de Redes de Comunicaciones Electrónicas. Regula la autorización de redes y a los servicios a las comunicaciones electrónicas.

³¹⁶ Todas fueron dictadas por el Parlamento Europeo y el Consejo.

-La Directiva 2002/21/CE, del 07 de marzo de 2002, del Marco Regulator de las Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas, en la que se establece el marco regulador común de las redes y los servicios asociados.

-La Directiva 2002/22/CE, del 07 de marzo de 2002, del Servicio Universal de Comunicaciones Electrónicas, la cual dispone los derechos de los usuarios ante las redes y los servicios asociados;

-La Directiva 2004/82/CE, del 29 de abril de 2002, sobre la Obligación de los Transportistas de Comunicar los Datos de las Personas Transportadas. En ella se establece la obligación como forma de resguardo de las personas transportadas.

-Finalmente, es importante destacar el Reglamento 45/2001 sobre Protección de Datos Personales por Parte de las Instituciones y Órganos Comunitarios.³¹⁷ Mediante el Reglamento se establece un marco de protección jurídica a las personas donde se especifican las obligaciones de los responsables del tratamiento dentro de las instituciones y los organismos comunitarios en materia de tratamiento de datos, a través de la creación de una autoridad de control independiente responsable de la vigilancia de los tratamientos de datos personales efectuados por las instituciones y los organismos comunitarios. De manera que, el Reglamento no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros con arreglo a las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE y menos aun modifica los procedimientos y prácticas legalmente establecidos por los Estados miembros en materia de seguridad nacional, de defensa del orden público, así como de prevención, detección, investigación y represión de las infracciones penales respetando lo dispuesto en el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas y en el Derecho internacional, sino que se trata de disposiciones de aplicación inmediata y vinculantes para las instituciones y los organismos comunitarios. Esas disposiciones se aplican a todo tratamiento de datos personales efectuado por las

³¹⁷ Del 18 de diciembre de 2000 y dictado por el Parlamento Europeo y del Consejo.

instituciones y los organismos comunitarios en la medida en que dicho tratamiento se lleva a cabo para el ejercicio de actividades que pertenecen total o parcialmente al ámbito de aplicación del Derecho comunitario.³¹⁸

II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA: ASPECTOS JURÍDICOS DEL DERECHO.

1. Antecedentes.

No cabe duda que es evidente el marcado desarrollo y evolución que presenta Europa en la consolidación de un nuevo derecho fundamental, y principalmente el reto que planteó y plantea la informática, que lleva consigo un marcado espíritu de las naciones de encontrar caminos de encuentro, de unificación y de tratamiento de un espectro tan voluble, en constante evolución, y principalmente el ideal de garantizar y perfilar el nuevo derecho fundamental.

En ese sentido, hacia los años setenta, Europa inicia una experiencia legislativa, a los fines de definir el sistema de prevención de protección de datos, por lo que son aprobados varios textos legislativos en los diversos países.³¹⁹ Sin embargo, uno de los aspectos a decidir era definir el tipo de norma que establecerían los países en la regulación del tratamiento de datos. En ese sentido, Europa asume la vía de regulación general del tratamiento de datos generales, elaborando normas de rango legal.³²⁰

³¹⁸ Estás considerandos forman parte del Preámbulo del Reglamento.

³¹⁹ Jañez Ramos, F. y otros. *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*. Aranzadi. Navarra. 2002. Pág. 27.

³²⁰ A diferencia de Estados Unidos, aunque algunos países Europeos luego dictaron normas específicas. Véase Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona", *Revista de Estudios Políticos...* pág. 33.
También Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Págs. 473 y ss.

En ese orden y dirección, la doctrina³²¹ es recurrente en apreciar una progresividad en lo que corresponde a las diversas etapas o generaciones relativas a las norma de protección de datos. Asumiendo la existencia de tres generaciones, a saber:

La primera generación se caracteriza por el establecimiento de medios de protección acordes a las necesidades vigentes. El área de supervisión es la Administración Pública y el centro de protección son los espacios físicos (ordenadores y base de datos), previéndose la autorización para su acceso y uso. No existe una conciencia sobre el uso indebido de datos por los ciudadanos, ni la existencia de ficheros de carácter privado, y además son recurrentes la creación de instituciones encargadas del control del tratamiento de datos que rinden cuentas al Parlamento. (Se encuentran en esta generación *la Datenschutz* del 7 de octubre de 1970, también *la Data Lag* sueca del 11 de mayo de 1973 y también la *Landesdatenschutzgesetz* del 24 de enero de 1974 del *Länd de Renamia-Palatinado*).

La segunda generación, se caracteriza por profundizar en la conservación en la calidad del dato y se incorpora el uso indebido de los mismos, incluso por personas distintas a la Administración. Además, se incluye la justificación para el tratamiento de datos, se añaden los principios básicos de acceso y control, y también el mantenimiento de la calidad del dato, así como la información en el momento de su recogida, como la finalidad que se perseguirá con los mismos. También, en esta generación serán incorporados los datos sensibles y algunas leyes amplían su

³²¹ Aquí podemos seguir a Frosini, V. Obra cit. "Banco de Datos y Tutela de la Persona", *Revista de Estudios Políticos...* Págs. 27 y 28.

También Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Págs. 473 y ss.

Además de Rebollo Delgado, L. *Derechos Fundamentales y protección de datos...* Págs. 22-26.

También puede verse Ortíz Ortíz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)...* Págs. 137 y ss.

vigencia hacia los ficheros particulares. (Aquí se encuentran la *Privacy Act* de 1974 en Estados Unidos, la ley Francesa de 1978, y la *Datenschutz* del 27 de enero de 1977 de la República Federal de Alemania).

La tercera generación, plantea dos precedentes: el primero, que ya se ha comentado, es la sentencia del Tribunal Alemán del 15 de septiembre de 1983 (caso de la Ley de Censo de 1982), donde se configura el Derecho a la Autodeterminación Informativa, y el segundo, la aparición el 1 de enero de 1983 de *INTERNET*. Bajo dicho espectro, ante el avance tecnológico y especialmente en el ámbito de las telecomunicaciones, permiten que las disposiciones legislativas ya establecidas fueran modificadas, con el objeto de hacer frente a la nueva realidad.

Sin embargo, la problemática requería además de normas actuales, el crear conciencia de la internacionalización del problema. En este contexto, surge la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo (en el seno de la Unión Europea), que como se ha dicho, constituye una fórmula de unificar la diversidad legislativa del derecho interno de los países. Luego surge la Directiva 97/66/CE, referida a las telecomunicaciones, también para establecer un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales. (Aquí se encuentra, *la Lei de Proteccao de Dados Pessoais a Informatica* de 1991, *la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de datos de Carácter Personal* de 1992).

Producto de las Directivas indicadas, España luego modifica la ley de 1992, por la Ley 15/1999, principalmente hacia un nuevo nivel de protección ante el tratamiento de datos personales, denominado “máximo nivel de garantía”.³²²

³²² Otros ejemplos en el seno de la Unión Europea y sus leyes en la materia son:

- Alemania con la Ley Federal de Protección de Datos del 23 de mayo de 2001.
- Austria con la Ley Federal sobre la Protección de Datos Personales del año 2000.
- Bélgica con la Ley del 8 de diciembre de 1992, relativa a la protección de datos de carácter personal.
- Chipre con la Ley 138 (I) 2001 sobre el Procesamiento de Datos Personales.
- Dinamarca con la Ley Nro. 429 del 31 de mayo de 2000, sobre el procesamiento de datos personales.
- Eslovaquia con la Ley Nro. 428 del 3 de julio de 2002, sobre protección de datos personales.
- Eslovenia con la Ley de datos personales de 1999.

Sin embargo, es fundamental hacer algunos comentarios de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de datos (LORTAD o 5/1992) de 1992³²³, antes de analizar la nueva ley del año 1999.

Por ello, como bien señala Pérez Luño, con la LORTAD España se coloca dentro de aquellos estados que cuentan con normas específicas para la protección de informaciones personales, dando conclusión a una larga etapa de incertidumbre y vacíos de carácter normativo. Además -en su opinión-, la Ley llega “tarde y mal”, porque tenía el legislador que hacer frente al mandato constitucional del artículo 18.4 para establecer normas de tutela de las libertades ante el uso de la informática, además de ser una obligación derivada del Convenio 108 que fue demorada hasta el año 1992. Por otro lado, al referirse a lo malo, señala las imperfecciones que “menoscaban su contenido”, porque “cabía el consuelo de confiar que nuestro retraso legislativo nos permitiría beneficiarnos de las experiencias previas del Derecho comparado de la informática. No ha sido así y el texto promulgado presenta algunas deficiencias que pudieron y debieron ser evitadas”.³²⁴

-
- Finlandia con la Ley 523/1999 de datos personales.
 - Francia con la Ley Nro. 78-17 del 6 de enero de 1978 relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.
 - Grecia con la Ley 2472/1997, relativa a las personas y al tratamiento de sus datos personales.
 - Irlanda con la Ley de protección de datos del año 1988.
 - Italia con el Decreto Legislativo Nro. 196 del 30 de enero de 2003, donde se aprueba el Código en materia de protección de datos personales.
 - Letonia con la Ley de Protección de Datos Personales del año 2000.
 - Lituania con la Ley Nro. IX-1296 del 21 de junio de 2003 sobre protección legal de datos personales.
 - Polonia con la Ley del 29 de agosto de 1997 sobre protección de datos personales.
 - Malta con la Ley XXVI del 14 de diciembre de 2001 sobre protección de datos.
 - Suecia con la Ley 1998:204 de fecha 29 de abril de 1998 sobre protección de datos.
- Entre otras y en muchos de los casos algunas actualizadas o modificadas.

³²³ Véase en la BOE nro. 262, del 21 de octubre de 1992.

³²⁴ Puede seguirse a Pérez Luño, A. En la Obra cit. *Manual de informática y derecho...*Págs. 47 y ss.

Incluso, como dispone Piñar Mañas la LORTAD precipitó su aprobación ante la incorporación que hace España al espacio de Shengen y ante las garantías que debían establecerse con la incorporación de éste.³²⁵

En cuanto a sus fines, la LORTAD fue aprobada por el legislador a los fines de “limitar el uso de la informática”, y en su artículo 1 dispone que su objeto es garantizar los derechos y libertades de las personas físicas, especialmente la intimidad ante la utilización de la informática.³²⁶ Sin embargo, como ya se indicó -en el capítulo anterior-, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 290/2000³²⁷, establece que no se trata del uso de la informática, sino de la protección de datos, al describir que:

“De este modo, en cuanto desarrollan el mandato del art. 18.4 C.E., las previsiones de la L.O.R.T.A.D. limitando el uso de la informática están estrechamente vinculadas con la salvaguardia de ese derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática o, si se quiere, a la «libertad informática» según la expresión utilizada por la citada STC 254/1993. Y cabe agregar, además, que en esta decisión ya hemos hecho referencia al aspecto institucional de tales previsiones al señalar que, tras la aprobación de la L.O.R.T.A.D., «la creación del Registro General de Protección de Datos, y el establecimiento de la Agencia de Protección de Datos, facilitarán y

³²⁵ Piñar Mañas, J. L. y Canales Gil, A. *Legislación de protección de datos*. Iustel. Madrid. 2008. Pág. 32 y ss.

Y es que incluso como ya se ha comentado –al inicio del capítulo- a los Estados miembros les fue establecido un plazo de tres años para la adopción de las medidas internas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma.

³²⁶ Se plantea como una suerte de estructura garantista y se proyecta como una ley de protección de datos de tercera generación. *Ibíd.* pág. 51.

³²⁷ Que como ya se afirmó, se trata de un recursos de inconstitucionalidad acumulado (201/93, 219/93, 226/93 y 236/93), promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y por don Federico Trillo-Figueroa Conde, Comisionado por 56 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra diversos artículos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, las competencia sobre derechos fundamentales y la Agencia de Protección de Datos. Recurso que se decide incluso a pesar de la reforma del año 1999 a la LORTD.

garantizarán el ejercicio de los derechos de información y acceso de los ciudadanos a los ficheros de titularidad pública, y además extienden su alcance a los de titularidad privada» (Ibid, F.J. 10).” (F.J. 7).

En relación a su estructura normativa se puede apreciar claramente dos sectores básicos.³²⁸

Una parte general o dogmática, donde se desarrolla la libertad en el ámbito informático, sus facultades y manifestaciones. Está compuesta por los Títulos I, II, III. Aquí se abordan las disposiciones generales (Título I: objeto, ámbito y definiciones), los principios de la protección de datos (Título II: calidad del dato, información y consentimiento, de los afectados, protección especial de datos sensibles y relativos a la salud, seguridad de los datos, deber de secreto y garantías para la cesión de los mismos; y los derechos (Título III: impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados, y las facultades de información, acceso, rectificación y cancelación; los instrumentos para la tutela y el derecho a la indemnización).

Una parte especial u orgánica, en la que se establecen los mecanismos organizativos y/o institucionales a los que debe acomodarse la base de datos o que supervisan el funcionamiento de la misma, con el objeto de garantizar la libertad informática. Está compuesta por los Títulos IV, V, VI. y VII. Aquí se encuentran las Disposiciones sectoriales donde se reglamentan los ficheros de titularidad pública y privada (Título IV). También la disciplina del movimiento mundial de datos con base al Convenio 108- previsto en el Título V. Además, la naturaleza y régimen jurídico de la Agencia de Protección de Datos (Título VI) y el sistema de infracciones y sanciones (Título VII).

³²⁸ Véase Pérez Luño, A. *Manual de informática y derecho...* Págs. 52 y 53.

Además, se debe destacar que conjuntamente con la LORTAD se desarrollaron otras normas hacia la aplicación de la misma, a través del Real Decreto de 428/1993³²⁹ o el Real Decreto 1332.³³⁰ Lo interesante es que dichos instrumentos –y otros³³¹- luego se mantendrán en vigencia incluso con la modificación de la ley en el año 1999, mientras no la contraríen, tal como lo dispone la disposición Adicional 3ra de la LOPD.³³²

Apunta Pérez Luño que la LORTAD presenta en su haber logros significativos, como la definición de principios básicos, o el reconocimiento de la libertad informática, sin embargo, una de las grandes insuficiencias significativas son las excepciones que prevé, a través de las cuales se limita el alcance práctico de la libertad informática y su garantía (habeas data).³³³

En todo caso, como afirma Freixas, la LORTAD “tenía una corta vida”, además que ser considerada una ley más garantista de la intimidad que de la protección de datos personales, a diferencia de otros textos en los países Europa.³³⁴

Ello se ratifica en que ante la adopción por España de la Directiva 95/46/CE, se hacía necesaria la aprobación de un nuevo texto, a objeto de “transponer su contenido al ordenamiento interno”.³³⁵

³²⁹ Del 26 de marzo. Con este el Gobierno Español aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

³³⁰ Del 20 de junio, donde se desarrollan algunos preceptos de la Ley Orgánica 5/1992.

³³¹ El 994/1999 del 11 de junio de 1999, mediante el cual se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad.

³³² Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa...* Pág. 482.

³³³ Véase Pérez Luño, A. *Manual de informática y derecho...* Págs. 61 y ss.

³³⁴ Obra cit. Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho Español...* Págs. 83 y ss.

³³⁵ Obra cit. Piñar Mañas, J. L. y Canales Gil, A. *Legislación de protección de datos...* Pág. 32 y ss.

Ahora bien, entre el proceso legislativo que derivó en una nueva ley, esto es, pasar de la LORTAD a la Ley Orgánica de Protección de Datos (15/1999 o LOPD), ya se ha indicado que el Tribunal Constitucional Español, dicta dos sentencias 290 y 292/2000 (antes referidas) que consolida y establecen el derecho autónomo y fundamental a la protección de datos, derecho independiente del derecho a la intimidad.

Sin embargo, no cabe duda que además de la LOPD, era necesario en España, la creación de una base reglamentaria que desarrollara la ley. Es así como, la Agencia Española de Protección de Datos inicia un proceso desde el año 2003 con el estudio y preparación de los trabajos fundamentales para la elaboración del Reglamento. A dicho proceso se incorpora el Ministerio de Justicia y conjuntamente con la institución se crean los primeros borradores. Después de la redacción de varias versiones, el 15 de noviembre de 2007 (Referencia 1909/2007), el Proyecto fue objeto de Dictamen del Consejo de Estado, donde se indica las instituciones participantes, las observaciones y consideraciones.³³⁶ Y es mediante el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo adelante el Reglamento).³³⁷

La idea con el Reglamento era incorporar en el sistema mayor seguridad jurídica y dar así cumplimiento a la disposición final de la LOPD. Bajo lo indicado, en opinión de Piñar Mañas,³³⁸ además de lo expresado, existen otras razones que planteaban la necesidad del Reglamento, que se resumen así:

³³⁶ Véase la obra cit. Piñar Mañas, J. L. y Canales Gil, A. *Legislación de protección de datos*. "Estudio introductorio" (por Piñar Mañas, J. L.). Págs. 45 y ss.

³³⁷ BOE de 19 de enero de 2008.

³³⁸ Ídem. Pág. 46 y ss.

- La conveniencia de adaptar el incompleto y disgregado sistema reglamentario existente, desarrollado por la vieja LORTAD, para adaptarlo al nuevo marco normativo previsto con la LOPD.
- La incorporación de las bases doctrinarias que se habían avanzado desde el TC, la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores y la Agencia de Protección de Datos, y
- La adecuación de la legislación española al derecho comunitario.

Conviene por tanto, abordar la ley vigente, así como el Reglamento, especialmente describiendo y analizando los principios que plantea, los derechos que en ella se establecen y sus garantías.³³⁹

2. La Ley de Protección de Datos 15/1999.³⁴⁰

La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, conocida como la Ley 15/1999 o LOPD, es un texto legislativo contentivo de cuarenta y nueve artículos bajo una visión bastante sencilla. Está compuesta por seis títulos, y seis disposiciones adicionales. En el presente caso, interesa apreciar algunos de los títulos que posee, a los fines de conocer su objeto, ámbito de aplicación, las definiciones, principios, derechos y la manera de concepción de la Agencia de Protección de Datos. Sin embargo, en ella se regulan otros aspectos de mucha importancia, como es lo concerniente a los ficheros y las sanciones correspondientes a la violación de la normativa (aspectos que no se abordará en el presente trabajo).

³³⁹ Esquema a seguir en el caso Argentino y no en el caso de Brasil.

³⁴⁰ BOE del 14 de diciembre de 1999.

En cuanto a su objeto, como lo dispone la propia Ley 15/1999, en su artículo primero, su acción se dirige a:

“... garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Con lo cual, la nueva Ley no solo avanza al poner el énfasis, en la protección de datos personales de carácter personal, sino que además supera el objeto originalmente previsto por la derogada LORTAD, donde fue establecido -bajo el rigor del artículo 18.4 de la CE-, que su objeto era “...limitar el uso de la informática [...] para garantizar el honor, la intimidad...”. Con lo comentado - lo cual deriva de la confrontación de los textos- se aprecia que se traslada el centro de estudio y garantía de la limitación de la informática hacia la libertad informática.

En desarrollo de la Ley 15/1999 se encuentra el Reglamento, como texto extenso compuesto por 158 artículos, que no sólo desarrolla dicha Ley, sino que además contiene lo relativo a la Agencia Española de Protección de Datos y su potestad sancionatoria, así como, la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico y los asuntos concerniente a la Ley 32/2003 General de las Telecomunicaciones.

En él se estableció una *vacatio legis* de tres meses, que se cumplió el 19 de abril de 2008, con algunas disposiciones transitorias, como era que en el lapso de un año se notificara a la Agencia Española de Protección de Datos de las modificaciones de

los códigos tipos inscritos en el Registro General de Datos, o el régimen transitorio en cuanto a la implantación de las medidas de seguridad, entre otras.³⁴¹

Ahora, como era lógico su objeto era aclarar el alcance de la LOPD sin incorporar novedad alguna en su régimen sustantivo.³⁴²

Un segundo aspecto de la LOPD, es el ámbito de aplicación, el cual está previsto en el artículo 2. Aquí se establece que su aplicación será sobre “...los datos de carácter personal registrados en soportes físicos que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores públicos y privados.”.

De modo tal, que la LOPD no distingue si se trata de datos que se encuentren en ficheros automatizados –como lo establecía la LORTAD³⁴³–, sino que los datos pueden constar en cualquier tipo de soporte físico sean o no automatizados, por lo que el requisito esencial es que éste sea susceptible de tratamiento.

Además, el mismo artículo dispone aquellos casos en los cuales no será aplicable la Ley, es decir, cuando se trate de: los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas, los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

³⁴¹ Obra cit. Piñar Mañas, J. L. y Canales Gil, A. *Legislación de protección de datos*. “Estudio introductorio” (por Piñar Mañas, J. L.) . Pág. 48.

³⁴² Véase Puente Escobar, A. “Ámbito objetivo de aplicación; Ámbito territorial de aplicación; Tratamientos exclusivos (art. 1 a 4)”. *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. VVAA. Editorial Lex nova. Valladolid. 2008. Pág. 26.

³⁴³ En su artículo 2.1 la LORTAD establecía que: “La presente Ley será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado.

Por su parte el Reglamento en sus artículos 2, 3 y 4 regula el ámbito objetivo de aplicación, el ámbito territorial de aplicación y los ficheros o tratamientos exclusivos, respectivamente, siendo los artículo 3 y 4 aquellos que mantienen la estructura de la LOPD, mientras que el artículo 2 establece una disposición general de aplicación que repite el mismo objeto de la LOPD, pero luego resulta mucho más ambicioso que ésta, al referirse a tres supuestos que también se encuentran excluido de su ámbito de aplicación y que presentan algunos problemas, como son: a) los empresarios individuales, cuando el tratamiento concierne especialmente a datos vinculados con la actividad comercial, b) los ficheros conocidos como “de contactos profesionales”, y c) la extensión del derecho fundamental a las personas fallecidas.³⁴⁴

En cuanto a los conceptos, el artículo 3 de la LOPD, establece –entre otros- los siguientes:

- “a) Datos de carácter personal: Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.
- b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.
- [...]
- h) Consentimiento del interesado: Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.

³⁴⁴ Véase Puente Escobar, A. “Ámbito objetivo de aplicación; Ámbito territorial de aplicación; Tratamientos exclusivos (art. 1 a 4)”. *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. VVAA. Editorial Lex nova. Valladolid. 2008. Pág. 46.

Como se desprende del artículo, la Ley dispone si se trata de datos de las personas físicas, es decir, no incorpora a las jurídicas, lo segundo es que se trata de cualquier tipo de información, siendo lo importante que con ella se pueda identificar a la persona. En ese sentido, sigue la misma definición prevista en la LORTAD.

En el caso del fichero, no se quedó en la visión restringida de la LORTAD (basada en el fichero automatizado), sino que se abre a la posición que se trata de: a) todo tipo o conjunto organizado, b) independientemente la forma de creación, almacenamiento, acceso, organización.

Otro aspecto que merece un comentario, es el concepto del consentimiento, que como se ha dicho es uno de los pilares y principios básicos de la nueva legislación, y del cual nace la posibilidad del tratamiento de los datos personales. En la derogada LORTAD no existía dicha definición. Así mismo, si bien es la base para el tratamiento de datos, se van a presentar excepciones.

Ese mismo esquema de definiciones y bajo la estructura de la Directiva 95/46/CE y la LOPD, lo plantean el artículo 5, ahora en el Reglamento. En él se reproducen las definiciones de la LOPD y las contempladas en el Real Decreto 994/1999, del 11 de junio, referido al Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros automatizados que contengan Datos de Carácter Personal, que quedó derogado con la entrada en vigencia del Reglamento 1720/2007. Además, en el Reglamento, se incluyeron otras definiciones –que no plantean diferencias con la LOPD-, como son los casos de: “Cancelación”, “Ficheros de titularidad privada”, “Exportador de datos personales”, entre otros.³⁴⁵

En el desarrollo de la Ley, conviene ahora revisar los principios que nacen de la misma y que en definitiva conforman sobre la influencia de la Directiva 95/46 CE, las

³⁴⁵ Agúndez Lería, Irene. “Definiciones, Fuentes Accesibles al Público y Principios de Calidad de los Datos (art. 5 a 9)”. *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. VVAA. Editorial Lex nova. Valladolid. 2008. Pág. 106.

obligaciones heterogéneas para el responsable del tratamiento.³⁴⁶ En ellos, incorporaremos también las disposiciones previstas en el Reglamento.

2.1. Los principios del derecho fundamental a la protección de datos.

Contenidos en el Título II de la Ley, están los principios de la protección de datos, es decir, aquellos criterios de inspiración del tratamiento de los datos y necesarios al iniciar dicha tarea. Para ello, se seguirá el esquema y comentarios propuestos por Rebollo Delgado y Serrano Pérez, quienes los agrupan y ordenan así: consentimiento, derecho de información, protección de datos, seguridad del dato, secreto y comunicación de los datos.³⁴⁷

A continuación, se revisa cada uno de ellos por separado.

2.1.1 El consentimiento

Como antes se ha indicado, la piedra fundamental y sobre la cual se sustenta la protección de datos de carácter personal, es el consentimiento. De hecho, el TC no sólo alude al consentimiento durante la recogida, sino que también se refiere al consentimiento ante el tratamiento de datos.³⁴⁸

Es así como, en el artículo 6.1. de la LOPD se establece que:

“Artículo 6. Consentimiento del afectado.

³⁴⁶ Véase Rebollo, L. Derechos fundamentales y protección de datos... Pág. 146.

³⁴⁷ Obra cit. Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 118 y ss.

³⁴⁸ Ídem. Pág. 120.

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

Ello se articula por el Reglamento, quien desde el artículo 12 hasta el artículo 17 desarrolla de manera específica el consentimiento y la forma de obtenerlo, mediante la previsión de un conjunto de principios generales, abordando también la situación de los menores de edad, las formas de recabarlos –la prueba del consentimiento–, su configuración ante situaciones contractuales o ante actividades electrónicas e incluso el tratamiento de su revocatoria. Tanta es la importancia del consentimiento y la obligación ante él del responsable del tratamiento de los datos, que conforme al artículo 12.3 del Reglamento, éste tiene la carga de probar la existencia del consentimiento del afectado.

Otro aspecto importante y de allí el valor de las normas reglamentarias, tiene que ver con los principios fundamentales del consentimiento (recogidos en el artículo 12 del Reglamento), los cuales han sido establecidos en las diferentes resoluciones sancionadas por la Agencia Española de Protección de Datos, esto es, que el consentimiento debe ser libre, inequívoco, específico e informado, siendo siempre revocable.³⁴⁹

De hecho al hablarse de inequívoco no sólo se refiere a que el consentimiento sea expreso, sino que también cabe la posibilidad de que el mismo sea de manera tácita, siempre que se trate de datos que no sean especialmente protegidos y que se otorguen los plazos prudenciales al afectado para que tenga conocimiento de que la omisión de oponerse al tratamiento implicará el consentimiento al mismo, con base a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento.³⁵⁰

³⁴⁹ Zabía de la Mata, J. "Principios de protección de datos (art. 8 a 11)". *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. VVAA. Editorial Lex nova. Valladolid. 2008. Pág. 171.

³⁵⁰ *Ibidem*. Pág 173. Ello incluso lo asume el autor conforme a lo dispuesto por el Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos.

Bajo este contexto, no impone el Reglamento un procedimiento para recabar el consentimiento, sino que se encarga de completar el tercer requisito exigido por la LOPD, es decir, requerirá de la información suficiente de los requisitos que concurren en el tratamiento y el consentimiento inequívoco, y adicionalmente necesitará de la prueba suficiente de dicho consentimiento.³⁵¹

Plantea también el Reglamento el consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, de acuerdo al artículo 13. Aquí se distingue entre aquellos que poseen más o menos de 14 años. Los primeros (mayores de catorce años), pueden ser tratados sus datos personales con su consentimiento, mientras que si se trata de los segundos (menos de catorce años), allí si bien se pueden tratar los datos, debe existir el consentimiento de los padres o tutores. En todo caso, dicha tratamiento de datos en menores de edad, plantea una serie de dificultades, principalmente referidas a la autenticidad de la edad del menor y la autorización de los padres o tutores, o cuando se recaban datos por internet o por teléfono.

Otro tema que plantea el Reglamento tiene que ver con el consentimiento ante el tratamiento de datos de facturación y tráfico en servicios de comunicaciones electrónicas. Aquí el artículo 16 dispone que tanto la solicitud de consentimiento que realicen los sujetos obligados para el tratamiento o la cesión de los datos se someterán a lo que establezcan las normas especiales y cuando ello no resulte contrario al Reglamento.

Ahora, si bien la LOPD y el Reglamento establecen el consentimiento como base necesaria para el tratamiento (el cual se requiere que sea libre, inequívoco, informado y específico), la propia Ley deja abierta la posibilidad que en ciertos casos existan excepciones, relevando al tratante de su existencia, esto es, no se trata de

³⁵¹ *Ibíd.* Pág. 193.

absolutos y en ciertos casos el consentimiento no será necesario. Ello lo recoge la Ley en el numeral segundo del mismo artículo 6, al disponer que:

“2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”

Sin embargo, existen excepciones al consentimiento. Dichas excepciones derivan del artículo 6.2 de la LOPD, en el cual se dispone que:

“Artículo 6. Consentimiento del afectado.

[...]

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen

los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”.

Analizando cada uno de los casos, se deduce que:

- Ante el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias y en el ejercicio de sus funciones: Aquí no se necesitará del consentimiento del titular y podrán proceder al tratamiento de datos, en el entendido que con ello se facilita su desarrollo y trabajo habitual y cotidiano. Lo interesante es que por tal motivo la Administración correspondiente se convierte en un responsable del fichero, cuyas actuaciones deben estar ajustadas y apegadas al principio de legalidad, la recogida pues, debe ser legítima así como su finalidad, además que sobre la Administración correspondiente existirá el control necesario que permita conocer el destino y uso de los mismos. Uno de los ejemplos que plantea la propia Ley está en la Disposición Adicional Segunda, al referirse a que “...las Administraciones de las Comunidades Autónomas podrán solicitar al Instituto Nacional de Estadística, sin consentimiento del interesado, una copia actualizada del fichero formado con los datos del nombre, apellidos, domicilio, sexo y fecha de nacimiento que constan en los padrones municipales de habitantes y en el censo electoral correspondiente a los territorios donde ejerzan sus competencias, para la creación de ficheros o registros de población.” Nótese, que aquí puede solicitarse información sin mediar consentimiento alguno y con una finalidad precisa crear ficheros o registros. Sin embargo, la Ley no establece el proceso de control de los datos (a posteriori), aunque como opinan los citados profesores (Rebollo Delgado y Serrano Pérez) servirá como complemento de dicho proceso el artículo 5.4. de la Ley, donde se impone al responsable del fichero la obligación de informar al interesado sobre la recogida, “...de forma expresa, precisa e

inequívoca, [...] salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos...”.³⁵²

- Cuando se trata de datos incluidos en un contrato o relación negocial. Aquí resulta claro, toda vez que dicho consentimiento parte del acuerdo previo de voluntades, y en el presente caso se pone de manifiesto el cumplimiento de las obligaciones que derivan del propio contrato. Sin embargo, si bien se trata de un proceso que con posterioridad no sugiere la existencia del consentimiento, ello no es obstáculo para que se cumpla con los principios que establece la Ley y las obligaciones que se definen para los responsables de los ficheros, así como, el cumplimiento del principio de finalidad previsto en el artículo 4.2, en el cual se prevé que: “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos...”. Ello sí se regula en el Reglamento en el artículo 15, en donde se dispone que el responsable del tratamiento de datos, tiene la obligación de solicitar el consentimiento del afectado, cuando existe una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma. En ese supuesto, el responsable del tratamiento tiene la obligación de permitir al afectado la manifestación expresa de su negativa al tratamiento o comunicación de datos. Todo ello mediante una casilla marcada por el afectado o un procedimiento similar.
- Cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la LOPD (se refiere a la necesidad de realizar tratamiento para la prevención o el diagnóstico médico, siempre que éste sea para salvar el interés vital de la persona). En el presente caso, se requerirá que la prestación médica sea efectuada por el personal sanitario especializado o requerido, quien además

³⁵² Ídem. Véase págs. 124-126.

se le impone el secreto profesional. Eso resulta lógico, toda vez que, ante situaciones que ameritan la intervención urgente o inmediata, ella no puede sucumbir ante la recolección del consentimiento.

- Cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. Forman parte de ellos conforme al artículo 3 j) de la LOPD: El censo promocional, los repertorios telefónicos, de acuerdo a su normativa específica, las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales, los diarios y boletines oficiales, y los medios de comunicación.³⁵³ Incluso para darle mayor claridad y actualización a la previsión, el Reglamento en el artículo 7, incorpora disposiciones actualizadas como las guías de servicios de comunicación electrónicas, entre otras, tratando de establecer el alcance concreto de la expresión.³⁵⁴

También existe la excepción que deriva del artículo 22.2 de la LOPD, en el cual se expresa que:

“Artículo 22. Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

[...]

2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales,

³⁵³ En todo caso, cada uno de las materias descritas, además gozan de garantías de protección, mediante otras disposiciones contenidas en la propia LOPD (artículos 28 y 31), entre otras.

³⁵⁴ Obra cit. Agúndez Lería, Irene. “Definiciones, Fuentes Accesibles al Público y Principios de Calidad de los Datos (art. 5 a 9)”...Pág. 134.

debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.”

Ella debe entenderse así:

- Cuando se trate de la recogida y tratamiento de datos personales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuyo fin sea el policial (se circunscribe a los datos necesarios para la prevención de un peligro que afecte la seguridad pública o ante situaciones de represión de infracción penales). Es el caso de ficheros ignorados por los ciudadanos clasificados por categorías en función a su grado de fiabilidad), que gozan de la excepción de la aplicación de la condiciones de la LOPD, sometiéndose sólo al régimen de la Ley aquellos datos con fines administrativos. Esta excepción y su tratamiento presenta dudas y críticas –fundamentalmente ante la exclusión de la aplicación de las disposiciones de la LOPD ante la recogida y su tratamiento-, y la imposibilidad del titular de ejercer los derechos de la protección de datos, ante un responsable del fichero con un amplio margen de actuación (independientemente que exista la cancelación, posibilidad oficiosa ante la pérdida del valor necesario para la averiguación que motivó su recogida).³⁵⁵

Otro asunto de importancia es la revocatoria del consentimiento. En el artículo 17 del Reglamento, se establecen los requisitos formales para su ejercicio, produciéndose una vez que los datos han sido tratados, por lo que constituye un cambio de criterio del titular de los datos sin justificación alguna.³⁵⁶

³⁵⁵ Obra cit. Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 130 131.

También puede ver la Obra cit. De Serrano Pérez. M. M. El derecho fundamental a la protección de datos...Págs. 433 a la 451.

³⁵⁶ Obra cit. Zabía de la Mata, J. “Principios de protección de datos (art. 8 a 11”. *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. VVAA. Editorial Lex nova. Valladolid. 2008. Pág. 207.

2.1.2 El derecho de información.

Además, del consentimiento sin el cual –salvo las excepciones previstas- no puede hacerse la recogida de los datos personales, como punto previo a ello, y como garantía del mismo, está el derecho de información. En el artículo 5 de la LOPD se indica que:

“Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos.

1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a. De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b. Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c. De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d. De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e. De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”.

En ese sentido, así como el afectado expresa su consentimiento, el responsable del fichero está obligado a dar cumplimiento al deber de informar previo a la recogida, cuando así sea necesario. Para ello, el responsable del fichero o tratamiento debe conservar los soportes que permitan verificar el cumplimiento del deber de informar, utilizando los medios escritos, verbales o informáticos, teniendo libertad en la forma.

Ello implica, que estamos ante dos situaciones distintas, una cosa es el recabar el consentimiento, y otra el deber de informar, porque aunque la LOPD puede

establecer algunos casos donde procede su exoneración, ello no implica que no exista obligación de informar los extremos previstos en el artículo 5 de la Ley.³⁵⁷

Agrega el Reglamento, en su artículo 19 aquellas situaciones especiales, mediante los cuales no podrá existir la cesión de datos de no cumplirse la obligación prevista en el artículo 5 de la LOPD, es decir, en aquellos casos que exista modificación del responsable del fichero (sea por fusión, escisión, cesión de activos o pasivos, entre otras).

En otro orden de ideas, el mismo artículo 5 de la LOPD establece algunas excepciones (en su numeral tercero), referidas principalmente a los literales b, c, y d del citado artículo 5.1, cuando del propio contenido "... de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban." Sin embargo, la referida excepción presenta sus dudas, porque no siempre ni la naturaleza del dato o las circunstancias permitirán conocer o deducir la existencia de la excepción, razón por la cual la Agencia Española de Protección de Datos, ha aconsejado que la interpretación del apartado sea restringida.³⁵⁸

También prevé el artículo 5 de la LOPD, que el derecho a la información debe darse en aquellos casos de cuestionario u otros impresos (como lo dispone el apartado dos del mismo artículo 5), de manera expresa y legible tomando como base todos los apartados del numeral primero.

Otro aspecto que se establece en el artículo 5 de la LOPD, es la posibilidad de recabar los datos, aunque el interesado no haya realizado la entrega de manera directa (apartado cuarto del mismo artículo). En esos casos, el responsable del fichero dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos –a

³⁵⁷ *Ibíd.* 209.

³⁵⁸ *Obra cit.* Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos....* Pág. 133.

menos que ya se hubiera informado con anterioridad- tiene la obligación de informar del contenido del tratamiento, la procedencia del dato y de los literales a, d y e del apartado uno del artículo 5. En el mismo artículo (apartado cinco), se plantean algunas excepciones cuando se recaben datos sin la entrega por parte del interesado. Son los casos previstos en la Ley, o cuando se trate del tratamiento con fines históricos, estadísticos y científicos, o "...cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia Española de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias". En el último de los casos, será la Agencia de Protección de Datos o el ente equivalente que determinará –bajo los criterios de la propia Ley- la excepción.

En ese mismo orden y dirección, están las excepciones que se disponen en la parte final del artículo 5, esto es, cuando "los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial,...", aquí no se cumplirá con el lapso del apartado cuarto, sino que "...en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten."

La última excepción sobre el derecho a la información, se desprende del artículo 24.1 de la LOPD, y especialmente se refiere a los apartados 1 y 2 del artículo 5, siempre que la información de que se trate afecte a la Defensa Nacional, la Seguridad Pública o la persecución de infracciones penales o administrativas, se aplicarán excepciones a los principios generales y ante determinados ficheros públicos. Sin embargo, dicha disposición debe ser interpretada bajo el respeto de los derechos de los individuos.³⁵⁹

³⁵⁹ Ídem. Pág. 135.

2.1.3 La protección de los datos

En el artículo 4 de la LOPD, se encuentra la regulación correspondiente a la “calidad del data”, se refiere a aquellos principios que se erigen para la protección de los datos, entendiendo que ellos son portadores de información y durante su existencia deben estar presentes.³⁶⁰ Abarca su recogida, tratamiento y extendiéndose hasta su cancelación. Esos mismos principios se plasman en el artículo 8 del Reglamento y en definitiva comprenden los criterios del artículo 6 de la Directiva 95/46/CE y lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio 108 del Consejo de Europa.

En ese orden, establece el artículo 4 de la LOPD, los siguientes criterios con el fin de la protección del dato y garantizar su calidad:

- **Principio de pertinencia, adecuación y finalidad:** con base al artículo 4.1 de la LOPD, los datos “...sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”. Ello quiere decir que podrán recabarse datos cuando exista una finalidad real y concreta, pero en igual sentido esa finalidad se va a extender desde que son recabados, conservados y cancelados. Pero además, la propia finalidad permite dar control a los principios de adecuación y pertinencia, lo que quiere decir que la finalidad del dato permitirá verificar la relevancia de éste, su necesidad (adecuación) y a la vez ella permitirá su pertinencia, porque es necesario que la información del dato sea la apropiada con la finalidad que se ha manifestado. Por esa razón el propio artículo 4.1 establece que la finalidad debe ser expresa, legítima y determinada, evitando cualquier tipo de exceso, queriendo evitar que en el tratamiento los datos de carácter personal puedan ser utilizados para “...finalidades incompatibles con aquellas para las que los

³⁶⁰ Ibídem. Pág. 136.

datos hubieran sido recogidos.” Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 en su numeral segundo. En este último caso, la propia norma también prevé excepciones, no pudiendo considerarse “...incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”. En todo caso, será el derecho a la información la vía para poder dar a conocer al titular, con relación a la finalidad, la pertinencia, adecuación y su carácter no excesivo, porque en garantía a éste y conforme al mismo artículo 4 en su numeral séptimo no es posible que para su recogida sean utilizados medios ilícitos, fraudulentos y desleales. Sin embargo, el Reglamento amplía un poco más el esquema en su artículo 9, porque además de considerar compatibles (en cuanto al fin) el tratamiento de datos con fines estadísticos, históricos o científicos, establece que para poder determinar dicho fin se hará necesaria atender la legislación que en cada caso resulte aplicable, así como las normas autónomas en estas materias. También repite los mismos criterios de la LOPD, el Reglamento en el artículo 8, numerales segundo al cuarto. De hecho, inicia el Reglamento afirmando la licitud y la forma leal en la que deben ser tratados los datos, para luego -en los numerales segundo al cuarto- ratificar el principio de la finalidad. Por ello se indica que ésta debe ser determinada, explícita y legítima para las que se ha obtenido (en cuando al responsable del tratamiento).

- **Principio de conservación (exactitud y actualización) de los datos:** se prevé en el artículo 4.3 de la LOPD, que los “...datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.”. Ello tiene que ver con la conservación del dato recabado, donde la información que se maneje y en función a la finalidad por la cual fue recabada se encuentre al día y no sea falsa, con lo cual pueda ocasionarse un perjuicio al titular. Por esa razón, y en garantía de lo referido, el mismo artículo 4 dispone –en su numeral cuarto- que si esos datos son inexactos o se trata de datos incompletos, los mismos serán “cancelados y

sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados...”, dejando a salvo los derechos de rectificación y cancelación de los titulares, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16. Otro aspecto de importancia –en cuanto a la conservación del dato- está previsto en el artículo 4, numeral seis, donde se establece que su almacenamiento debe permitir el ejercicio de acceso, a menos que el dato sea cancelado. Como garantía a dicho principio, el Reglamento en el artículo 8 numeral quinto, no sólo ratifica la veracidad con la que deben responder los datos a la situación actual del afectado, sino que además indica el plazo requerido en los casos de datos inexactos que deban ser cancelados y sustituidos de oficio por datos rectificadas o completados (10 días desde que se conozca de la inexactitud), a menos que exista una disposición distinta conforme al fichero, y además el plazo para los casos de cesión cuando exista rectificación o cancelación. En todo caso, ello no afecta las facultades que prevé el propio Reglamento en el Título III (correspondiente al acceso, rectificación, cancelación y oposición).

- **La cancelación del dato:** establece el artículo 4.5 de la LOPD que “Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.” Ya se refirió que debe existir una finalidad en el dato recabado para que éste tenga vigencia y por ende ello permitirá su pertinencia y adecuación, porque de lo contrario debe ser cancelado. Bajo lo dicho, y ante tal circunstancia opera la cancelación de oficio. Sin embargo, la conservación se puede permitir cuando no exista “identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.” y también puede operar cuando se trate de fines históricos o estadísticos.³⁶¹ Así mismo el Reglamento en el artículo 8 numeral sexto, plantea que pueden conservarse cuando existan

³⁶¹ Ídem. Pág. 139. También existe otra situación que permite la conservación del dato, esta es, el previsto en el artículo 16. 3 de la LOPD.

responsabilidades que deriven de una relación u obligación jurídica o se esté ejecutando un contrato e incluso ante medidas precontractuales que fueran solicitadas por el interesado. Cuando ello cese y por ende finalice el periodo descrito anteriormente o las condiciones antes descritas, los datos se pueden conservar sólo si se produce su disociación, dejando incluso a salvo la obligación de bloqueo que establece la LOPD y el propio Reglamento.

2.1.4 La seguridad de los datos

Parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es el de la seguridad de los mismos. Se trata -como bien lo dispone el artículo 9 de la LOPD- del deber que posee el responsable del fichero o de aquel que se encargue del tratamiento, de cumplir con medidas de índole técnica y organizativas que garanticen la seguridad de los datos y puedan evitarse cualquier tipo de alteración, pérdida, acceso o tratamiento no autorizado, independientemente que ellas se produzcan por el estado tecnológico, la naturaleza de los datos que se encuentran almacenados o los riesgos que ellos poseen (sea por la acción humana, medio físico o natural).

Por ello, la seguridad integra a tres conceptos: la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad. En el primer caso, la confidencialidad “protege los datos de manera que sean conocidos sólo por las personas autorizadas y permanezcan vedados para el resto. La integridad impide que la información contenida en un fichero pueda ser alterada o modificada de manera incorrecta y sin autorización de su titular. Por último, la disponibilidad se refiere a la recepción del dato a tiempo para cumplir su finalidad [...] la accesibilidad de los datos cuando sea preciso y por quienes están facultados para ellos”.³⁶²

³⁶² *Ibidem*. Pág. 140.

Ahora bien, la LOPD no establece de manera precisa y detallada las medidas de seguridad que serán propicias para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad.³⁶³

En la actualidad, el Reglamento además de plantear en los artículos 20 al 22 los encargados del tratamiento y por ende su conservación, en su Título VIII establece las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal (incluso diferenciando entre aquellos ficheros automatizados o no). En todos los casos se incorporan los tres niveles de seguridad (nivel básico, medio y alto).

De manera que el Reglamento viene a cumplir con el mandato del artículo 9 de la LOPD y regula desde el artículo 79 al 114 aquellas medidas de seguridad en el tratamiento de datos. Entre aquellos principios generales se puede destacar los siguientes:

- Todos aquellos responsables de los tratamientos o los ficheros y los encargados del tratamiento deben establecer medidas de seguridad conforme al Reglamento en su Título VIII, independientemente del sistema de tratamiento.
- Las medidas de seguridad que se exigen a los ficheros y tratamientos de datos de carácter personal, se clasifican en tres niveles: el básico, el medio y el alto.

³⁶³ Sin embargo, en Real Decreto 994/1999 del 11 de junio del cual deriva el Reglamento sobre Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que Contengan Datos de Carácter Personal fue derogado por el Reglamento 1720/2007. En el primero se establecían niveles de seguridad que debía alcanzar el fichero atendiendo a la naturaleza de los datos que se almacenaban. Se indicaba así, que existía un nivel básico cuando los datos son personales (identificación, datos académicos, circunstancias sociales, entre otros), un nivel medio cuando se trate de datos relativos a la comisión de infracciones (administrativas, penales, financiera, entre otras), y el severo, en aquellos que contengan datos ideológicos, religiosos, origen racial, o cuyo uso sea para fines policiales. Esos niveles se incorporan como básico, medio y alto en el Reglamento 1720/2007.

- Todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal adoptarán las medidas de seguridad de nivel básico.
- Los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, aquellos cuyo funcionamiento se rija por el artículo 29 de la LOPD, los que sean responsables de las Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias, aquellos que sean responsables de las entidades financieras para finalidades relacionadas con la prestación de servicios financieros, los que sean responsables de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y además se relacionen con el ejercicio de sus competencias (incorporándose también aquellos que sean responsables de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social), o los que contengan datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos, en todos los casos se adoptarán las medidas de seguridad de nivel básico y de nivel medio.
- Los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal adoptarán las medidas de seguridad de nivel básico, de nivel medio y de nivel alto, cuando se trate de: los referidos a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual, aquellos que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas, o los que contengan datos derivados de actos de violencia de género.
- En los caso de aquellos ficheros cuyos operadores presten servicios de comunicaciones electrónicas que se encuentren disponibles al público o se

trate de redes públicas de comunicaciones electrónicas (en cuanto a los datos de tráfico y a los datos de localización), también aquí se aplicarán las medidas de seguridad de nivel básico y medio, así como las medidas de seguridad de nivel alto del Reglamento.

- En el caso concreto de ficheros o tratamientos de datos que se refieran a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual bastará la implementación de las medidas de seguridad básicas cuando los datos sean con la única finalidad de realizar una transferencia dineraria a las entidades de las que los afectados sean asociados o miembros, o cuando sean ficheros o tratamientos no automatizados en los que de forma incidental o accesorio se contengan aquellos datos sin guardar relación con su finalidad.
- También se puede establecer medidas de seguridad de nivel básico en los ficheros o tratamientos relativos a datos de la salud, o al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado, con motivo del cumplimiento de deberes públicos.
- Cada medida independientemente del nivel tiene condiciones de mínimos exigibles, además de las exigencias adicionales que las disposiciones legales o reglamentarias impongan o incluso el propio responsable del fichero.
- Cuando el responsable del fichero o tratamiento facilite el acceso a los datos o los soportes que posean del sistema de información correspondiente, a un encargado se deberá dejar constancia de dicha situación en el documento de seguridad del responsable y cumplir el encargado con las medidas de seguridad que plantea el documento (incluyendo las prohibiciones para él), así como, será el encargado responsable de elaborar un documento de seguridad o completar el ya existente (conforme al Reglamento) cuando el

tratamiento sea realizado fuera del local del responsable. En todo caso, el responsable del fichero o tratamiento puede adoptar medidas para limitar el acceso del personal a los datos, soportes o recursos del sistema de información y habilitar trabajos que no impliquen el tratamiento. Puede también el responsable del fichero o tratamiento delegar en personas que éste designe las autorizaciones que les plantea el Reglamento. Ello deberá constar en el documento de seguridad, y no puede entenderse como delegación de sus responsabilidades.

2.1.5 El secreto con los datos.

En el presente caso, la LOPD en su artículo 10 dispone el deber del secreto, para

“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”.

Se trata, por tanto, de la confidencialidad con que deben ser manejados los datos por quienes intervienen en su tratamiento, independientemente del grado de seguridad o tratamiento de que se trate, pero además, también el mantenerlos bajo resguardo. Esas obligaciones subsisten, incluso si no existen relaciones con el titular del fichero o –de corresponder- de no tener relaciones con el responsable éste.

2.1.6 La comunicación de datos

Otro de los principios que se maneja ante la protección de datos de carácter personal, tiene que ver con la comunicación de los datos, y con ella, se plantea la posibilidad de que estos puedan ser revelados a personas distintas al titular o al interesado.

Dispone el artículo 3 i) de la LOPD que se entenderá por: "...Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado."

De manera que ello es posible, siempre que se atienda a lo previsto en el artículo 11 de la LOPD, en el cual se establece que "...sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.". Ello se desprende también del artículo 10 del Reglamento.

Siendo así, será el consentimiento la piedra angular que podrá dar curso a dicha cesión, pero además, es necesario apreciar que deberá existir una relación entre la finalidad con la función legítima del cedente y cesionario para el cumplimiento de la misma.

En cuanto al consentimiento, dispone el propio artículo 11 de la LOPD, dos asuntos concernientes al mismo principio ante la posible cesión. Por una parte los aspectos que atienden a la existencia del consentimiento y su manejo, estos son:

- La nulidad del consentimiento, cuando la información dada al interesado no le permita conocer la finalidad a la cual se destinarán los datos o la actividad de la persona a la que se piensa comunicar. Conforme al numeral tercero.

- El consentimiento no es absoluto, sino que conforme al numeral cuarto, puede ser revocado, sin ningún tipo de exigencia o requisito para el mismo.
- La obligación para el cesionario de la observancia de las disposiciones de la LOPD.

Un segundo punto, tiene que ver con las excepciones que prevé la LOPD en cuanto a revelar el consentimiento en aquellos casos de cesión de datos. Entre ellas encontramos – de acuerdo al numeral segundo-:

- Aquellas que la ley directamente autorice. Ello también lo prevé el Reglamento en el artículo 10.2 (a), quien además plantea que existan los siguientes supuestos: el tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo de aquel responsable o del cesionario que sea amparado por la norma (salvo un derecho o libertad fundamental derivada del artículo 1 de la LOPD), o el tratamiento o la cesión de los datos son necesarios para que el responsable cumpla un deber impuesto por dichas normas.
- Cuando se trata de datos que son recogidos en fuentes accesibles al público. Aquí sí es importante indicar el caso de la comunicación de datos entre administraciones públicas, porque con base al artículo 21.3 de la LOPD, si se trata de “fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa.”. Ello se recoge también en el Reglamento en el mismo artículo 10.2 (b).
- También procede la cesión, “Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros

de terceros.” En esta circunstancia, la comunicación se entiende como legítima cuando se circunscriba a la finalidad que la justifique. Se recoge dicho aspecto en el Reglamento (artículo 10.4 (a)).

Otras situaciones de excepciones previstas en el mismo artículo 11 de la LOPD, tienen que ver con la administración:

- No será preciso el consentimiento cuando los destinatarios de las comunicaciones sean el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces, los Tribunales, o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas, o cuando se trate de instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas (Véase también el artículo 10.4 (b) del Reglamento).
- Cuando se trate de la cesión de datos entre administraciones públicas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la LOPD. En todo caso, su comunicación no puede hacerse de forma indiscriminada y estará siempre sometida al cumplimiento del principio de la legalidad, siendo ella quien establecerá las condiciones de la cesión. Por lo que debe tratarse de la misma competencia entre las administraciones, o de no ser el caso, tratarse de datos cuyo tratamiento sea con finalidad histórica, científica o estadística – tal como se ha referido-, o cuando la recogida tenga como destino otra administración. El asunto es que ante competencias diferentes entre las administraciones, no podrá realizarse ninguna cesión de datos sino existe una disposición legal que así lo autorice. Esto puede apreciarse también en el artículo 10.4(c) del Reglamento. Además, conforme al artículo 11 del Reglamento se dispone una competencia de verificación de los datos (por el órgano destinatario de la solicitud) en aquellas solicitudes formuladas a la Administración, cuando se trate de solicitudes por medios electrónicos, en

donde el interesado declara datos personales que obren en poder de la Administración pública.

- En materia de datos personales relativos a la salud, éstos serán necesarios para solventar urgencias que requieran acceder a un fichero o realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica, incluso a través de medios electrónicos, entre organismos (ello también lo dispone el artículo 10.5 del Reglamento).
- Otro aspecto, tiene que ver con el ámbito tributario –el cual no se encuentra referido en el artículo 11 de la LOPD-, y comprenden los datos que posean transcendencia tributaria, o de datos entre administraciones tributarias, o cuando se trate de los órganos ya mencionados (jurisdiccionales o administrativos). En estas también se puede exceptuar el consentimiento. Además, se establece conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la LOPD, que “En este ámbito tampoco será de aplicación lo que respecto a las Administraciones públicas establece el apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal”.³⁶⁴

Dispone también la LOPD, los casos de acceso a los datos por cuenta de terceros. El artículo 12.1 indica que “... No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.” Incorporando así la figura del encargado del tratamiento –como se ha referido-.

El encargado del tratamiento –conforme a la LOPD en su artículo 3- se define como “...la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo

³⁶⁴ Obra cit. Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Págs. 147 y 148.

que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.”.

Para que exista dicha figura, es necesario la regulación y existencia de un contrato escrito o formal que permita la acreditación de su existencia, y que a partir de allí el tercero pueda seguir las instrucciones del responsable del tratamiento, mantenga la confidencialidad del mismo, respete el fin del contrato, implemente las medidas de seguridad y resguardo y proceda a la destrucción de los datos cumplida con la finalidad. Dejando a salvo, las responsabilidades del encargado del tratamiento ante el destino del dato utilizado con una finalidad a la comunicada o en violación al contrato, razones por las cuales responderá ante las infracciones cometidas.

Ahora, bajo el esquema de la LOPD se legitima el tratamiento por cuenta de un tercero conforme al artículo 11 de la LOPD, donde el consentimiento del interesado no es necesario toda vez que la cesión está habilitada por el artículo 12 de la LOPD. Ello se desarrolla en el propio Reglamento en los artículos 20 al 23. De esta manera el encargado se debe limitar a desarrollar el tratamiento de los datos por parte y cuenta del responsable y conforme a sus instrucciones, sea remunerado o no el servicio, porque de no ser así no operaría la ficción jurídica que permite considerar que no estamos ante una cesión de datos.³⁶⁵

Otros aspectos que desarrolla el Reglamento, son los casos que indica el artículo 10.3. Se trata de situaciones donde pueden tratarse datos sin el consentimiento del interesado cuando:

“a) Se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el

³⁶⁵ Obra cit. Piñar Mañas, J. “Relaciones entre el responsable y el encargado del tratamiento”. *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*. VVAA. Editorial Lex nova. Valladolid. 2008. Pág. 218 y ss.

ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario.

b) Se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

c) El tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del apartado 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.”

2.2. Los Derechos.

Como ya se señaló, el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, presenta dos elementos principales, ellos son: el consentimiento y los derechos o facultades que garantizan la eficacia y su control.

Además de los principios previstos en la LOPD, se puede apreciar la existencia de un conjunto de derechos para los titulares. Ellos se encuentran previstos en los artículos 13 al 19. Para su visión y revisión se siguen los comentarios de Rebollo Delgado.³⁶⁶

Dentro de los derechos, cabe destacar:

- **“El Derecho a no soportar valoraciones automáticas”**. Dispone el artículo 13.1 de la LOPD que “Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a

³⁶⁶ Obra cit. Rebollo Delgado, L. *Derechos fundamentales y protección de datos...* Págs.153 y ss. También puede ver la Obra cit. De Serrano Pérez. M.M. El derecho fundamental a la protección de datos...Págs. 343 a la 369.

evaluar determinados aspectos de su personalidad.” Se trata de una disposición muy parecida a la prevista en el artículo 15 de la Directiva 95/46 CE, a través de la cual se quiere evitar que sólo con aspectos de la personalidad o con el establecimiento de un perfil obtenido, se puedan tomar decisiones que afecten a las personas en función al tratamiento de datos. Sin embargo, el mismo artículo 13.2 prevé la posibilidad de impugnar dichos actos (administrativos o privados), cuando ellos impliquen una valoración de su comportamiento, definido a través de características, perfil o personalidad. En todo caso, la ley no define el procedimiento de impugnación, sino que plantea su existencia.

- **El “Derecho de consulta al Registro General de protección de Datos.”** El artículo 14 de la LOPD establece que cualquier persona puede, “conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento.” Siendo así, el Registro General será de consulta pública y gratuita para todos aquellos interesados.
- **El “Derecho de acceso.”** Antes de conocer el alcance del derecho de acceso, es necesario indicar que conforme al Reglamento, el artículo 23 y siguientes, desarrollan bajo los lineamientos de la LOPD, un conjunto de principios que en definitiva son necesarios para el efectivo ejercicio de los derechos al acceso, rectificación, cancelación y oposición. Esos principios son:
 - El Carácter personalísimo de los derechos al acceso, rectificación, cancelación y oposición, toda vez que serán ejercidos por el afectado, sea acreditando su identidad (conforme al Reglamento), a través de representante legal (por incapacidad o minoría), o mediante representante voluntario, expresamente designado para el ejercicio del

derecho, cumpliendo las formalidades del Reglamento. Produciéndose la denegación de derechos de no cumplirse los extremos del Reglamento.

-Que los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, son derechos independientes, y ninguno de ellos es requisito previo de ningún otro.

-Que gozarán los derechos de medios sencillos y gratuitos para su ejercicio. Entendiendo que en ningún caso podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan.

-Cuando se trate de responsables de ficheros o tratamientos que posea servicios de atención o reclamaciones relacionadas al servicio o productos y éste puede conceder la posibilidad al afectado de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, mediante dichos servicios. En todo caso, el responsable debe atender toda solicitud del afectado aunque no utilice el procedimiento establecido para el efecto, siempre que contenga los elementos previstos en el párrafo 1 del artículo 25.

-Así mismo, dispone el Reglamento en el artículo 25 el procedimiento aplicable para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Estos son: “a) Nombre y apellidos del interesado; fotocopia de su documento nacional de identidad, o de su pasaporte u otro documento válido que lo identifique y, en su caso, de la persona que lo represente, o instrumentos electrónicos equivalentes; así como el documento o instrumento electrónico acreditativo de tal representación. La utilización de firma electrónica identificativa del afectado eximirá de la presentación de las fotocopias del DNI o documento equivalente [...] b) Petición en que se concreta la solicitud. c) Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante. d)

Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso. Además impone para el responsable del tratamiento un conjunto de obligaciones o garantías en el proceso (respuesta a la solicitud, su subsanación –de ser el caso-, informar del procedimiento a seguir, entre otras).

Retomando el derecho de acceso, plantea la LOPD en su artículo 15 el derecho que tienen los interesados de solicitar y obtener -de manera gratuita-, información sobre sus datos que hayan sido sometidos a tratamiento, lo cual implica establecer y conocer el origen de los datos, y la comunicación realizada o por realizar con ellos. En el caso del presente derecho, su desarrollo nace principalmente con el Real Decreto 1332/1994 y la Instrucción 1/1998 de la Agencia de Protección de Datos de fecha 19 de enero, donde se establecen las reglas correspondientes al acceso, rectificación y cancelación de ficheros automatizados. Sin embargo, en la actualidad dicho ejercicio se encuentra regulado por el Reglamento (1720/2007), aunque hace la salvedad el propio Reglamento, en el artículo 27 que el derecho de acceso es independiente del que se otorga a los efectos de leyes especiales y especialmente el que tiene que ver con la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común.

Bajo la luz del Reglamento (artículo 27), se entiende el derecho al acceso como la facultad de:

-Saber si sus datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento.

-Conocer la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando.

-Obtener la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.

Ello permitirá al afectado -conforme al mismo artículo-, obtener del responsable:

-Información relativa a datos concretos,

-Información relativa a datos incluidos en un determinado fichero, o

-Información sobre la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento.

En cuanto al ejercicio del derecho, el artículo 28 del Reglamento dispone que, el interesado puede optar y decidir las formas del sistema de consulta del fichero, a través de las cuales (una o varias) desea recibir la información, esto es, visualización en pantalla, escritos copias o fotocopias remitidas por correo, certificado o no, telecopias, correo electrónico u otro sistema de comunicación electrónica, o cualquier otra vía. Siendo una obligación del responsable facilitar el acceso conforme al Título VIII del Reglamento.

El artículo 29 del Reglamento, plantea el deber del responsable del tratamiento de dar respuesta oportuna en el transcurso de un mes, de lo contrario el interesado puede interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD. Esa obligación y plazo lo posee el responsable independientemente de no tener datos personales del afectado. Así mismo, puede el responsable del tratamiento solicitar aclaraciones al interesado de ser necesarias. Una vez autorizado el acceso –se acompañe o no la información-, existe un lapso de diez días siguientes para que el interesado lo haga efectivo.

En cuanto a la denegación del acceso, dispone el artículo 30 del Reglamento, que el responsable del fichero o tratamiento puede proceder a denegar el

acceso a los datos de carácter personal cuando el derecho ya se haya ejercitado en los doce meses anteriores a la solicitud, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto. También, ello será posible cuando así lo prevea la Ley o norma comunitaria de aplicación directa o cuando éstas impidan al responsable del tratamiento revelar a los afectados el tratamiento de los datos a los que se refiera el acceso. Independientemente de lo antes expuesto, siempre existe la obligación en el responsable del fichero de informar al afectado de su derecho a recabar la tutela de la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, de las autoridades de control de las comunidades autónomas, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la LOPD.

- **“Derecho de rectificación y cancelación”**. Con la rectificación se permite que el titular pueda exigir la modificación de información personal errónea o incompletas. Mientras que con la cancelación, permite la exclusión del dato por ser erróneo o por la voluntad del interesado de sustraer dicha información. Ello conforme a la LOPD.

En el caso del Reglamento, dichas figuras se configuran en los artículos 31 y 32, a través de los cuales se ratifican los criterios y conceptos de la LOPD. En el primer caso, prácticamente el Reglamento repite lo descrito por la Ley. En el caso de la cancelación se plantea que la misma dará lugar a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos, sin perjuicio del deber de bloqueo conforme al Reglamento.

En cuanto al ejercicio de los derechos, el Artículo 32 del Reglamento plantea que en la solicitud:

-Si es de rectificación se deberá indicar los datos a que se refiere y la corrección que haya de realizarse y será acompañada de la documentación justificativa de lo solicitado.

-Si es de cancelación, deberá indicar los datos a se refiere, aportando al efecto la documentación que lo justifique, en su caso.

-Aquí el responsable del fichero debe resolver sobre la solicitud de rectificación o cancelación en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin respuesta expresa a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD. Esa obligación persiste aún en los casos de no disponer de datos de carácter personal del afectado.

-Igual obligación de información posee el responsable del fichero con el cesionario, cuando los datos rectificadas o cancelados han sido cedidos previamente, en idéntico plazo, para que éste, también en el plazo de diez días contados desde la recepción de dicha comunicación, proceda, asimismo, a rectificar o cancelar los datos. En esos casos el cesionario no requerirá comunicación alguna al interesado, sin perjuicio del ejercicio de los derechos por parte de los interesados reconocidos en la LOPD.

- **“Derecho de oposición”**. De acuerdo a Rebollo Delgado, si bien la LOPD establece los procedimientos para el ejercicio del derecho, el legislador no ha definido qué es el derecho a la oposición. Sin embargo, el autor lo define como “...la posibilidad del interesado de impedir el tratamiento de sus datos de carácter personal, cuando no sea necesario su consentimiento, si se cumplen

los siguientes requisitos:...”³⁶⁷ 1) que la Ley no disponga lo contrario, 2) Que existan motivos fundados y legítimos sobre una situación personal.

Por su parte, el Reglamento en su artículo 34, lo define como el “derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo...” sin embargo, para ello se establecen algunos supuestos, como son: a) que no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario, b) se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 del Reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación, o c) si el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 del Reglamento.

Para su ejercicio el Reglamento describe –en el artículo 35- elementos coincidentes con el derecho de acceso, rectificación y cancelación (plazo y oportunidad de respuesta del responsable). Ahora cuando se trata del supuesto señalado (concurrencia de un motivo legítimo y fundado), la solicitud realizada debe contener los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho. Además como se ha indicado, mantiene el responsable del fichero el deber de resolver la solicitud de oposición en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin respuesta expresa a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD. Esa obligación persiste aún en los casos de no

³⁶⁷ Obra cit. Rebollo Delgado, L. Derechos fundamentales y protección de datos... Pág. 156. Ver artículo 17.1 de la LOPD.

disponer de datos de carácter personal del afectado. En todo caso, plantea el Reglamento la obligación del responsable del fichero o tratamiento de dar respuesta suficientemente motivada al afectado, a los fines de que éste conozca las razones seguidas por el responsable y el por qué excluye del tratamiento los datos relativos al afectado o por el contrario el por qué continúa con el tratamiento de los mismos.

- “**Derecho a la indemnización**”. De acuerdo al artículo 19 de la LOPD, todo aquel interesado que sufra de daños, como consecuencia del incumplimiento de la Ley, sea por el responsable o encargado del tratamiento de los datos de carácter personal, tiene derecho a la indemnización.

2.3. Los datos sensibles.

2.3.1. Su concepto.

Otro de los asuntos que tiene importancia al hablar del derecho a la protección de datos de carácter personal, tiene que ver con los datos sensibles, o también denominados de especial protección. Ahora bien, no existe una concepción global, ni por vía de la legislación española, ni por vía de la legislación internacional, sino que en ellas se consigue información personal calificada de sensible frente a las mismas medidas de su aseguramiento como producto de dicho calificativo.³⁶⁸

³⁶⁸ Obra cit. Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Págs. 153 y ss.

También puede ver la Obra cit. De Serrano Pérez. M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 377 y ss.

Puede verse también, Heredero Higuera, M. La Directiva Comunitaria de Protección de Datos Personales. Aranzadi. Pamplona. 1997. Pág. 116.

Se trata de entender, como bien lo describe Rebollo Delgado y Serrano Pérez,³⁶⁹ que si bien existe un peligro potencial en la información que todos los datos incorporan, existen otros datos que convellan en sí, un riesgo innato, inherente, y por ello son dignos de especial protección. Caso particular el origen racial, la vida sexual, opiniones políticas, estado de salud, situaciones patrimoniales, financiera, penales, entre otras.

Ante ello, se asume la visión de que los datos sensibles pueden concretarse tanto a nivel material, como por la vía formal.³⁷⁰ En el primer caso se les llama material, cuando atienden a la dignidad de las personas y su personalidad, perfilando su forma de ser y comportarse. Mientras, que serán formales en la medida que existan garantías y refuerzos que llegan incluso a determinar cómo debe ser su recogida y tratamiento.

2.3.2. Su regulación y sus excepciones.

2.3.2.1. En la Directiva 95/46/CE del Parlamento y el Consejo.

No es la LOPD la única ley que regula los datos sensibles. Se puede encontrar en la Directiva 95/46/CE, la previsión en el artículo 8, cuando dispone que “1. Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.”

Por esa razón, pareciera asumir la Directiva, un criterio de concreción de los datos de especial protección, bajo una visión formal y a la vez material. Sin embargo, los

³⁶⁹ Obra cit. Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 153 y ss. La cual seguiremos para plasmar los comentarios al tema en desarrollo.

³⁷⁰ Posición que asume R. Toniatti, citado por Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. en la Obra cit. *Introducción a la protección de datos...* Pág. 154.

referidos datos, presentan excepciones que recoge el propio artículo en el numeral segundo. Ellas son las siguientes:

- Cuando el interesado haya dado su consentimiento explícito para el tratamiento, a menos que esta previsión no se encuentre prevista en la legislación del Estado miembro.
- Cuando el tratamiento es necesario para atender las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en el ámbito laboral, para lo cual debe estar autorizado por la legislación, así como se prevean las garantías adecuadas.
- Cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona y éste se encuentre impedido (física o jurídicamente) para dar su consentimiento.
- Cuando el tratamiento se refiere a actividades legítimas de una fundación, asociación o cualquier otro organismo, cuyo fin sea político, filosófico, religioso o sindical, siempre que se refiera solamente a sus miembros y no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de los interesados.
- Cuando el tratamiento se refiere a datos que el propio interesado hace públicos o cuando ellos son necesario dentro de un procedimiento judicial.

También, el artículo 8 de la Directiva, en el numeral tercero plantea otra excepción respecto al tratamiento de datos cuando se trata de la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos, la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional.

La última de las excepciones se plantea en el numeral quinto del artículo 8, cuando se trata de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, bajo el control de la autoridad pública y con las debidas garantías específicas en el Derecho nacional.

En todo caso, no es el artículo 8 de la Directiva una cláusula cerrada o taxativa, porque dispone que ellas pueden ser extendidas por motivos de interés general, siempre que lo permita la legislación nacional o la autoridad de control (numeral quinto del dicha artículo).

2.3.2.2. En la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999.

En cuanto a su regulación en la LOPD, son los artículos 7 y 8 los que disponen los criterios normativos en la presente materia, siguiendo un similar patrón a las previsiones ya indicadas en la Directiva 95/46/CE.

En ese orden y dirección, establece el artículo 7 de la LOPD, con base a la norma Constitucional que “1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.”. Por tal razón, se hará necesario el consentimiento del afectado (expreso y por escrito) para proceder a recabar los datos y someterlos a tratamiento. Dentro de esos datos, también se incorpora la afiliación sindical, además de los ya nombrados. Así mismo, el responsable del fichero tiene la obligación de advertir al interesado acerca de su derecho a no prestarlo, esto es, a no otorgar la información requerida si no lo desea. Ahora bien, la propia ley establece las excepciones del caso, para aquellos ficheros que mantienen los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades, cuyo fin sea político, filosófico, religioso o sindical, en cuanto a los datos

relativos a sus asociados o miembros. En todo caso y tal como ya se ha afirmado, la cesión de los datos siempre requerirá el previo consentimiento del afectado.

Así mismo, establece el mismo artículo 7 de la LOPD, la existencia de un grupo de datos de carácter personal que sólo pueden ser recogidos, tratados y cedidos ante razones de interés general así lo establezca una ley o exista el consentimiento expreso del afectado.

Como garantía ante la especialidad de los datos y su tratamiento, también establece la disposición que se está revisando, la prohibición de ficheros destinados a almacenar datos de carácter personal con los cuales se pretende revelar: información ideológica, afiliación sindical, religiosa, creencias, origen racial o étnico, vida sexual.

Otros datos sensibles que prevé la LOPD –de acuerdo con el mismo artículo 7-, son los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas (refiriéndose al sistema de sanciones). En este caso, sólo se puede incluir dicha información dentro de los ficheros de las Administraciones públicas correspondientes, cuando así lo dispongan las normas que regulen la materia, bajo el principio de la legalidad. Sin embargo, la presente disposición debe articularse con el artículo 20.1 de la misma LOPD, donde se le reconoce la posibilidad a las Administraciones Públicas de crear, modificar o suprimir sus ficheros por la vía reglamentaria, casos en los cuales por dicha vía pudiera verse mermada la protección a dichos datos en los organismos indicados.

Un asunto particular, es el que se refiere a los datos de salud o asociados a ella. Y ello se afirma porque el artículo 7 de la LOPD, ratifica lo que ya se ha venido reiterando, esto es, que al margen del consentimiento, los datos pueden ser sometidos al tratamiento cuando resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos, la gestión de servicios sanitarios. En todo caso, el tratamiento de datos debe ser

realizado por un profesional sanitario y cuidando siempre el secreto profesional, además del cumplimiento del resto de la LOPD.

Continuando con lo descrito, el artículo 8 de la LOPD se refiere a aquellos datos relativos a la salud y especialmente a la obligación de comunicación que debe existir en el tratamiento de los mismos por parte del tercero a su titular. En esos casos la ley dispone que cuidando las previsiones del artículo 11 de la LOPD (derecho a comunicar ante cualquier cesión de datos realizada por el tercero), se pueden ceder dichos datos, pero ante la especificidad existe una remisión para su tratamiento a la ley sanitaria especial. Con lo cual existe una especie de respeto parcial de la LOPD y de las previsiones ante la protección de datos de carácter personal.³⁷¹

De manera que existe una remisión a la legislación sanitaria, pero no una suerte de abandono absoluto en ellas, permitiendo la vuelta a la LOPD cuando sea necesario.³⁷² Algunas de dichas leyes especiales son: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 41/2002 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que plantea modificaciones a las primeras leyes indicadas. En todo caso, se trata de un tema extenso y de mucha importancia, pero sobre el cual no profundizaremos en el presente trabajo.

³⁷¹ Sin embargo, no se abordará en detalle ni las excepciones que se contemplan en el régimen español sobre aquellos datos sensibles correspondientes a los ficheros policiales, y muchos menos el régimen particular de los datos de la salud.

Para tener una idea completa sobre el tema, puede verse las obras citadas:

Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Págs. 159 y ss.

También puede ver la Obra cit. De Serrano Pérez. M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 409 y ss.

³⁷² Obra cit. de Serrano Pérez. M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 415.

2.4. Protección: Agencias de Protección.

Otros de los aspectos de importancia que ratifica la LOPD, son las autoridades de protección de datos, especialmente en el contexto español. Aquí se hace referencia a la Agencia Española de Protección de Datos. Se trata por tanto, de una de las vías para dar cumplimiento al mandato previsto en el artículo 18.4 de la CE. Sin embargo, a nivel de las Comunidades Autónomas, la LOPD permite la creación de ficheros bajo la autogestión, además de permitir la creación de normas autonómicas sobre la materia de protección de datos, así como se han creado entes de control. Ese es el caso de la Comunidad de Madrid, Cataluña, País Vasco, la Comunidad Valenciana, Navarra.³⁷³ Recientemente la Agencia de Protección de datos de la Comunidad de Madrid ha sido suprimida mediante Ley, ante los ajustes presupuestarios del sector público, entendiendo que dichas funciones pueden ser realizadas por la Agencia Española de Protección de Datos.

De modo que como bien lo dispone Ramiro Arenas “El derecho a la protección de datos personales tiene, además de las garantías comunes a todos los derechos fundamentales, una garantía específica introducida por la LORTAD...” En esa misma dirección, su razón de ser tiene su origen, tanto en las normas internacionales sobre la materia (Convenio 108 del Consejo de Europa y la Directiva 95746/CE), como en la necesidad de crear un órgano independiente que respondiera de manera rápida y que además actuara de forma preventiva, y aunque originalmente se planteó la idea del Defensor del Pueblo, finalmente esa idea fue desechada y se decidió crear una figura específica.³⁷⁴

Ahora bien, la LOPD a partir de su artículo 35 y siguientes establece con claridad, tanto su naturaleza y régimen jurídico, su estructura, registro y la situación de la Comunidades Autónomas. En el caso del Reglamento, son los artículo 117 y

³⁷³ Véase Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección...* Págs. 572 y 573.

³⁷⁴ *Ibidem*. Págs. 574 y 575.

siguientes quienes prevé los procedimiento por ella tramitados (instrucción, medidas y plazos correspondientes).

En el primer caso, establece la LOPD (en su artículo 35), que la Agencia Española de Protección de Datos, es una institución de carácter público, la cual posee personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Así mismo, la dotó la ley, de independencia administrativa (ya que anualmente debe elaborar un anteproyecto de presupuesto para la aprobación por parte del Gobierno, pero que será manejado con absoluta independencia) y con la posibilidad de crear su propio Estatuto, además, de establecer el régimen jurídico al cual se encuentra sometida, toda vez que en el ejercicio de sus funciones públicas ella debe actuar conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (que prevé el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), así como, en todo lo que tiene que ver con la adquisición patrimonial y cualquier contratación, ella se sujetará al derecho privado.

Es pues un ente del Estado, que estará a cargo de funcionarios de las Administraciones públicas y por personal contratado al efecto, quienes estarán obligados de guardar el secreto de todos aquellos datos de carácter personal de que conozcan en el desarrollo de sus funciones.

En cuanto a su estructura, cuenta con la figura –conforme al artículo 36- de un Director, quien se encargará de dirigirla y representarla, quien es nombrado por el Consejo Consultivo, a través de Real Decreto y por un período de mandato de cuatro años.

Además del Director, existe un Consejo Consultivo, quien funge como un ente asesor, cuyas funciones se rigen por normas reglamentarias, compuesto por nueve miembros, distribuidos –conforme al artículo 38 de la LOPD-, así:

- “Un Diputado, propuesto por el Congreso de los Diputados.

- Un Senador, propuesto por el Senado.
- Un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno.
- Un representante de la Administración Local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias.
- Un miembro de la Real Academia de la Historia, propuesto por la misma.
- Un experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades.
- Un representante de los usuarios y consumidores, seleccionado del modo que se prevea reglamentariamente.
- Un representante de cada Comunidad Autónoma que haya creado una agencia de protección de datos en su ámbito territorial, propuesto de acuerdo con el procedimiento que establezca la respectiva Comunidad Autónoma.
- Un representante del sector de ficheros privados, para cuya propuesta se seguirá el procedimiento que se regule reglamentariamente.”

Otra de las entidades que componen o forma parte de la Agencia, es el Registro General de Protección de Datos (previsto en el artículo 39 de la LOPD). Se trata de un órgano integrado de la Agencia que principalmente se encarga de:

- a. “Los ficheros de que sean titulares las Administraciones públicas.

- b. Los ficheros de titularidad privada.
- c. Las autorizaciones a que se refiere la presente Ley.
- d. Los códigos tipo a que se refiere el artículo 32 de la presente Ley.
- e. Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición.”

Además, de las instituciones nombradas, otras se han venido creando por la vía Estatutaria (como el caso de la Secretaria General), sin embargo, la facultad de inspección de datos es atribuida al Director, conforme al artículo 40 de la LOPD y la cual consiste en la potestad de inspeccionar los ficheros descritos en la ley, pero además la instrucción de procedimientos sancionatorios. En ese orden, como autoridad de carácter público debe guardar el secreto cuando solicite la exhibición o el envío de documentos y datos o al examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, o cuando inspeccione los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, pudiendo acceder a los lugares donde se hallen instalados.

En el caso del artículo 37, la LOPD define las funciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Se indican a continuación:³⁷⁵

³⁷⁵ A la LOPD deben agregarse aquellas que derivan del Real Decreto 428/1993 y el Real Decreto 1332/1994.

Véase Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la protección de datos...* Págs. 105 y ss. Aquí, los autores –a grandes rasgos-, describen las funciones de la Agencia así:

- a) Informativa y de publicidad.
- b) Consultiva
- c) De salvaguardia y tutela de los derechos de información y defensa de los afectados.
- d) Con potestad normativa.
- e) Supervisión del funcionamiento de ficheros.
- f) Coordinadora y preventiva.
- g) Potestad sancionatoria.
- h) Representante español y de cooperación internacional.

Además de dichas atribuciones, existen otras leyes que atribuyen funciones a la Agencia, entre las que pueden mencionarse la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones o Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información.

- a. “Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.
 - b. Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.
 - c. Dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.
 - d. Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.
 - e. Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal.
 - f. Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.
 - g. Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la presente Ley.
 - h. Informar con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley.
 - i. Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones.
 - j. Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.
 - k. Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.
-

- I. Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.
- m. Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 46.
- n. Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.”

III. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y HABEAS DATA EN BRASIL Y ARGENTINA.

1. El caso de Brasil.

Tal como se ha afirmado, además de la previsión constitucional, recogida principalmente en el artículo 5º, LXXII, de la Constitución brasileña de 1988, existe también en el Brasil, la Ley Nº 9.507 del 12 de noviembre de 1997 o Ley Nº 9.507/97, donde se regula el Derecho de Acceso a la Información y se reglamenta el "habeas data".

Tal como bien lo dispone la Constitución, el habeas data tiene como fin “asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona [...] y [...] rectificar datos...”. De manera que, para abordar la temática desde la posición adoptada por Brasil, es necesario revisar su legislación, pero entendiendo que su avance y desarrollo se ha focalizado en reglamentar el habeas data y establecer los procedimientos, los legitimados, las competencias, esto es, atender a la protección de datos personales

desde un enfoque distinto al descrito desde España, y como se hizo referencia en el capítulo anterior una posición especialmente procesal.

De acuerdo a Gonçalves Fernandes, el habeas data es “...una acción constitucional, [...] que tiene por objeto permitir el conocimiento, rectificación o anotación (o explicación en datos exactos) de informaciones de la persona del accionante, constantes en banco de datos públicos o bancos de datos privados de carácter público.” Ahora, cuando se habla de banco de datos privados de carácter público, a lo que se refiere es a la información personal que se puede ser transmitida a terceros que no sea de uso privado, como es el caso del servicio de protección de crédito.³⁷⁶

De manera que, con el habeas data previsto en Brasil se pretende asegurar el derecho de acceso y conocimiento a las informaciones relativas a la persona que interpone el recurso, pero cuando ellas consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y sobre la base de ellos poder solicitar la rectificación de esos datos, resultando eso en la actualización, corrección y hasta supresión cuando fueran incorrectos.³⁷⁷

De modo que, cuando se estudia al derecho a la protección de datos desde Brasil, el punto de partida es la Constitución a través del artículo 5º, LXXII, pero además, está la Ley Nº 9.507 del 12 de noviembre de 1997, donde se reglamenta el proceso a seguir para asegurar el conocimiento de datos y rectificarlos. El asunto es que a diferencia de la legislación española, donde se regula el tratamiento de ficheros automatizados como no automatizados, y aún más, en sede privada o pública, el Brasil se circunscribe al acceso (no al tratamiento) y al ejercicio de derechos posteriores (rectificación), pero con base a datos públicos o privados de carácter público.

³⁷⁶ Obra cit. Gonçalves Fernandes, B. *Remédios Constitucionais...* 113 y 114.

³⁷⁷ Véase Da Silva, J. *Curso de direito constitucional...* Pág. 455.

Existe pues, una notable diferencia ante lo que ya se ha abordado y un enfoque especialmente procesal. Por eso, la revisión de la Ley N° 9.507 del 12 de noviembre de 1997, debe contener una estructura diferente a la seguida en el caso español. Se trata de 23 artículos (cuatro de ellos vetados) y ceñidos a resolver el tribunal competente, la oportunidad, y los legitimados.

Con el objeto de tener una visión general, se expresan algunos de los comentarios que sobre la ley N° 9.507 indica el profesor Gonçalves Fernandes.³⁷⁸

1.1. En cuanto a la oportunidad para proponer el habeas data.

Uno de los aspectos previstos en la Ley 9.507, corresponde a la oportunidad en la cual debe proponerse el habeas data. Ello se generó a raíz de la tendencia seguida desde los años 90 en Brasil, donde el Supremo Tribunal Federal y luego ratificado por el Supremo Tribunal de Justicia asumían que, para dar inicio al procedimiento de habeas data, debía existir previamente una respuesta negativa por la autoridad administrativa (declarando el no suministro de la información o cuando se solicitaba la rectificación y la misma se negaba), trabajando ambos tribunales con la condición del “interés de actuar”, el cual se generaba con la negativa.³⁷⁹

Es así, como en el artículo 8 de la ley n° 9.507 se dispone y recoge dicho “interés de actuar”, pero amplía y perfecciona su condición, porque no sólo se dará inicio al habeas data con la negativa de la administración, sino que la falta de respuesta en un lapso establecido dará curso al ejercicio de dicho procedimiento.

Se dispone que la instrucción (inicial) del habeas data se generará con la negativa:

- Al acceso a las informaciones o el curso de más de diez días sin decisión;

³⁷⁸ Obra cit. Gonçalves Fernandes, B. *Remédios Constitucionais...* Pág. 113 y ss.

³⁷⁹ Ídem. Págs. 114 y 115.

- Al la rectificación o el transcurso de más de quince días sin decisión;
- En la anotación o explicación sobre el dato exacto o el transcurso de más de quince días sin decisión.

1.2. En cuanto a la legitimidad para proponer el habeas data.

Dispone la Constitución en el artículo 5°, LXXII, aquellos legitimados activos y pasivos del habeas data. Mientras que la Ley 9.507/97 se refiere al interesado.

En cuanto a la legitimidad activa, se dispone en la Ley 9.507 que serán:

- Las personas físicas, tanto el brasilero como el extranjero (residente o no residente, siendo requisito que la petición inicial sea escrita en portugués) o sus sucesores (ésta última incorporada por vía judicial);
- Las personas jurídicas;
- Los órganos públicos despersonalizados de acuerdo con el encuadramiento constitucional.

Por su parte la ley 9.507/97, en el artículo 8, en conexión con la legitimidad activa de la Constitución, establece que la solicitud propuesta debe contener los requisitos previstos en los artículos 282 a 285 del Código de Proceso Civil del Brasil.

En cuanto a la legitimidad pasiva, tanto la Constitución como la Ley 9.507/97 (en los artículos del 1° al 3°), establece que la misma se encuentra en las personas jurídicas de derecho público, donde se encuentran los bancos de datos públicos o las personas jurídicas de derecho privado que contengan el banco de datos privado de carácter público.

Se trata entonces, que el habeas data, se debe proponer contra las entidades gubernamentales o cualquier órgano del Estado, sea el Ejecutivo, Legislativo o el

mismo Judicial (administración directa o indirecta), o, contra las entidades privadas (personas jurídicas privadas) de carácter público, esto es, aquellas que contengan informaciones privadas que sean o que puedan ser transmitidas a terceros y que no sean de uso particular (privativo) de la entidad depositaria de las informaciones. Aquí se puede agregar que los casos como el uso y manipulación del internet también puede ser objeto de habeas data y la rectificación se puede solicitar ante el proveedor del servicio. No integra la Ley la posibilidad de que el legitimado sea una persona física.

1.3. En cuanto a la competencia ante el habeas data.

En cuanto a las competencias, la Constitución y la Ley 9.507 (en el artículo 20) establecen la competencia asignada a los tribunales en razón del estatus de la autoridad, a través de la jerarquía funcional del agente público, conforme a las siguiente distribución: competencias originarias, competencias por apelación y el caso de la competencias ante el denominado recurso extraordinario.

I – Corresponde a las siguientes tribunales, con base a sus competencias originarias, para conocer de la acción de habeas data:

- a) Al Supremo Tribunal Federal, contra Actos del Presidente de la República y Cámaras de Diputados o Senado Federal, del Tribunal de Cuentas, del Procurador General de la República y del propio Tribunal Supremo Federal;
- b) Al Superior Tribunal de Justicia, contra los actos de Ministro de Estado o del propia Tribunal;
- c) A los Tribunales Federales contra los actos del propio Tribunal o de un juez Federal;
- d) Al juez Federal, conforme a la Ley contra la autoridad Federal, excepto en los casos de jurisdicción de los Tribunales Federales;
- e) A los órganos jurisdiccionales del Estado, de acuerdo con la Constitución Política del Estado;
- f) Al juez del Estado en los demás casos;

II – Serán competentes para conocer en apelación:

- a) El Tribunal Supremo cuando se trate de decisiones dictadas en única instancia por negación de los Tribunales Superior;
- b) El Tribunal Superior cuando se toma la decisión en única instancia por los Tribunales Regionales Federal;
- c) Los Tribunales Federales, cuando se toma la decisión, adoptada por el juez federal;
- d) Para los Tribunales Estatales y del Distrito Federal y Territorios, como su constitución lo dispone y la ley de organización del Distrito Federal;

III – Conocerá de los recursos extraordinarios el Supremo Tribunal Federal, en los casos previstos en la Constitución.

1.4. En cuanto al procedimiento del habeas data.

El procedimiento, en la ley 9.507, conforme a los artículos 2, 3, y 4, se puede dividir en dos fases:

Fase Pre-Judicial (Extrajudicial): en sede administrativo (extrajudicial), donde el interesado solicita administrativamente (en el banco de datos) la información, rectificación, anotación o explicación sobre los datos exactos. La entidad pública o privada de carácter público tiene 48 (cuarenta y ocho horas) para decidir; después tendrá 24 (veinticuatro) horas para comunicar la decisión. En total son 72 (setenta y dos) horas (o tres días). Ahora bien, de existir la respuesta negativa o el transcurso del plazo de más de 10 días (en conocimiento) o más de 15 días (en rectificación) y no existe respuesta, se puede acudir a la siguiente fase, que es la judicial.

Fase Judicial: El legitimado activo, puede ejercer el habeas data, ante el órgano judicial competente, como ya fue definido y conforme al artículo 20 de la ley

n°9.507/97 da inicio al proceso. Seguidamente, el juez ordenará que se cite al ente público o legitimado pasivo y le será concedido un plazo de 10 (diez) días para presentar informaciones. El proceso es enviado, posteriormente al Ministerio Público para emitir posición en el plazo de 5 (cinco) días. Después, el proceso va a decisión. Ella puede ser concedente o no concedente el acceso o la rectificación, y en ambos casos es posible ejercer el recurso de apelación, si fuera el caso.

Otro aspecto procesal, es que el Ministerio Público también está legitimado, para recurrir de la decisión del habeas data y que el procedimiento es gratuito (tanto en el procedimiento administrativo, el procedimiento judicial, inclusive en la fase recursiva).

De manera que, Brasil presenta otra faceta del derecho a la protección de datos de carácter personal y especialmente bajo un acento netamente procesal (en sede administrativa y judicial), país que aunque no fue el primero en plantear constitucionalmente la figura, es reconocido como el pionero en Latinoamérica.

2. El caso de Argentina

Otro ejemplo digno de comentar, y tal vez catalogado como uno de los más cercanos al contexto español, es el de Argentina y especialmente a partir de la creación de la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (Habeas Data), sancionada el 4 de octubre y promulgada el 30 de octubre de 2000 (también denominada Ley 25.326).³⁸⁰ Dicha Ley fue reglamentada a través del Decreto 1558/2001, a través de la cual se desarrollan los principios generales relativos a la protección de datos, derechos de los titulares de los datos, los usuarios y responsables de archivos,

³⁸⁰ Sobre la Ley anterior 24.745, vetada por el Poder Ejecutivo en su totalidad, en la cual se disponía la reglamentación total del habeas data, previsto en el artículo 43 de la Constitución Argentina de 1994, puede verse la obra del Instituto Nacional de la Administración Pública. Nuevos derechos a la información. ("Sobre la ley de Hábeas Data, vetada por el Ejecutivo, con miras al nuevo tratamiento por el Congreso", escrito por Quiroga Iavié, H.). Dirección Nacional de Estudios y Documentación, Dirección de Estudios e Investigación. Buenos Aires. 1999. Págs. 69 y ss.

registros y bancos de datos, los controles y las sanciones. El mencionado Reglamento fue publicado en el Boletín Oficial del 03 de diciembre del 2001, sin embargo a pesar de las materias que describe, a diferencia del Reglamento de la LOPD, éste verdaderamente no plantea mayor desarrollo para la Ley 25.326, sino la creación del órgano de control y requisitos, formularios y demás trámites que éste deberá establecer para la aplicabilidad de la Ley 25.326.

Sin embargo, lo interesante es que Argentina asume además del habeas data (desde la previsión constitucional de 1994, mediante el artículo 43), el término de protección de datos personales. Tal como lo dispone Fernández, a la Ley se ha denominado “Ley de Hábeas Data”, pero si bien la Ley 25.326 regula dicha institución, también se encarga de regular el funcionamiento de las bases de datos (públicas y privadas).³⁸¹

La Ley 25.326 de Protección de Datos Personales, consta de 48 artículos, en donde fueron observados varios artículos (incisos 2 y, 3 del artículo 29 y el artículo 47). Sin embargo, se cataloga como la primera ley en América Latina referida a la protección de datos personales, la cual tomó en gran medida el modelo de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, así como, la Ley Orgánica 15/1999 española (LOPD).³⁸²

De manera que, se harán algunos comentarios a la Ley mostrando algunas diferencias o semejanzas con la LOPD española antes comentada. En ese orden y dirección el artículo 1 de la Ley 25.326, dispone que el objeto de la Ley, es:

“...la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean

³⁸¹ Fernández Delpech, H. Internet: su problemática jurídica. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001. Pág. 213

³⁸² *Ibíd.*

éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

Si se observa la redacción de la Ley 25.326, pareciera que incorporara en un solo artículo tanto el objeto como el ámbito de aplicación tratando de integrar los elementos contenidos en la LOPD (en los artículos 1 y 2). Sin embargo, merece los siguientes comentarios que la diferencia con la Ley española:

- Aunque se trata de tratamiento de datos automatizados o no (públicos o privados), el asunto es que en el artículo 1, la Ley divide el dato y su protección con el acceso a la información (conforme al artículo 43 constitucional), esto es, la protección de los datos personales –por una parte– y otra los derechos que derivan del artículo 43 de la Constitución Argentina (acceso, rectificación, supresión).
- Así mismo, en cuanto a los medios técnicos de tratamientos, públicos o privados, establece el artículo que sean “destinados a dar informes”, esto es, pareciera restringirlos a aquellos de los cuales se puede tener respuestas.
- Platea la Ley argentina que será aplicable, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal.
- En ningún caso se podrá afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.

En todo caso, parece que la regulación de la LOPD, en su artículo 2 (ámbito de aplicación) plantea una visión más amplia de aplicación al disponer que “...los datos de carácter personal registrados en soportes físicos que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores públicos y privados.”. De modo tal, que la Ley no distingue si se trata de datos que se encuentren en ficheros automatizados, sino que los datos pueden constar en

cualquier tipo de soporte físico sean o no automatizados, por lo que el requisito esencial es que éste sea susceptible de tratamiento. Eso no queda claro en la Ley Argentina y en el marco de la regulación de artículo 1, aunque en el artículo 2 pareciera aclararlo.

Tampoco, describe la ley Argentina aquellos casos en los cuales no será aplicable la Ley. Por ejemplo, los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas, los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

En cuanto a los conceptos, el artículo 2 Ley 25.326 se establece –entre otros- los siguientes:

“— **Datos personales:** Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

— **Archivo, registro, base o banco de datos:** Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.”

Como se desprende del artículo, la Ley 25.326 dispone si se trata de datos de las personas físicas o de existencia ideal, es decir, incorpora a las jurídicas, a diferencia de la LOPD. Lo segundo, es que se trata de cualquier tipo de información, siendo lo importante que con ella se pueda identificar a la persona. En ese sentido, sigue la misma definición prevista en la LOPD.

A diferencia de la LOPD la Ley 25.326 se refiere a archivos, registros base o banco de datos y no fichero, sin embargo mantiene una visión amplia, basada en el

archivo automatizado, u otro tipo de modalidad independientemente la forma de creación, almacenamiento, acceso, organización.

Otro aspecto que merece ser comentado, es el concepto del consentimiento, que como se ha mencionado es uno de los pilares y principios básicos de la LOPD, y del cual nace la posibilidad del tratamiento de los datos personales. Llama por tanto la atención que a diferencia de la LOPD la Ley 25.326 no plantea dicho concepto, aunque luego lo desarrolla como parte de los principios de la Ley.

En el desarrollo de la Ley 25.326, es importante ahora a revisar los principios que plantea la misma.

2.1 Los principios del derecho fundamental a la protección de datos.

En ese orden, a partir del artículo 3 la Ley 25.326 dispone los principios de la protección de datos personales. En este punto se describen los siguientes:

2.1.1. El consentimiento.

De acuerdo con el artículo 5.1. de la Ley 25.326 y bajo el mismo criterio de la LOPD se establece que el consentimiento debe ser manifestado en materia de protección de datos, de forma su lícita, voluntaria y en forma expresa al disponer que:

“1. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias.

El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 6° de la presente ley.”

Así mismo, dispone la Ley 25.326, en el mismo artículo 5.2 los casos excepcionales -como la LOPD-, en cuanto al consentimiento. Esos casos son:

- a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;
- b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;
- c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;
- d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;
- e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.

Nótese que no incluye los casos de tratamientos de datos ante situaciones de resguardo del interés vital del interesado (datos sensibles), aunque luego se regula en un artículo aparte, ni plantea los casos de oposición a la recogida cuando se trate de casos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal.

En este caso, se aprecia un margen de acción muy amplio en el cual el consentimiento puede ser relevado y como en el caso de la LOPD genera dudas y críticas ante la falta de control. Por ello, esas excepciones deben tomarse de la mano con el principio de licitud que prevé la Ley 25.326 en el artículo 3 al indicar que “La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia” y especialmente porque los archivos “no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública”. Cuidando además el derecho a la información de los titulares.

2.1.2 El derecho de información.

Otro de los principios que recoge la Ley 25.326, es el derecho de información, que como se ha afirmado constituye una garantía para el consentimiento sin el cual no puede hacerse la recogida de los datos personales. En el artículo 6 de la Ley 25.326 se indica que:

“Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara:

- a) La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios;
- b) La existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable;
- c) El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos referidos en el artículo siguiente;
- d) Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos;
- e) La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos.

Como se observa establece la Ley 25.326, los mismos criterios de la LOPD en su artículo 5.1. Sin embargo, no contempla la legislación argentina las situaciones especiales descritas en la LOPD. Entre ellas:

- Cuando del propio contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

- O los casos de cuestionario u otros impresos (como lo dispone el apartado 2 del mismo artículo 5 de la LOPD), de manera expresa y legible tomando como base todos los aspectos del apartado 1.
- O los casos donde es posible recabar los datos, aunque el interesado no haya realizado la entrega de manera directa.

2.1.3 La protección de los datos.

El artículo 4 de la Ley 25.326, también se encarga de regular la “calidad del data”. Aquí se ratifican los principios que necesitan para la protección de los datos, ellos son la recogida, tratamiento -extendiéndose hasta su cancelación-.

En ese orden, establece la Ley 25.326, los siguientes criterios con el fin de la protección del dato y garantizar su calidad:

- Por un lado establece la ley que los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.
- Su recolección no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.
- Que los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades diferentes o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.
- Que esos datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario.
- La supresión de datos total o parcialmente inexactos, o incompletos, y su sustitución, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate, sin perjuicio de los derechos del titular del derecho de rectificación, actualización y supresión.

- Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.
- La cancelación de los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

Ahora bien, a diferencia de la LOPD, Ley 25.326 establece de manera precisa y detallada las medidas de seguridad (habeas data) que serán propicias para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad, a partir del artículo 33.

2.1.4. La seguridad de los datos

Se trata -como bien lo dispone el artículo 9 de la Ley 25.326 - del deber que posee el responsable del archivo de datos de cumplir con medidas de índole técnica y organizativas que garanticen la seguridad de los datos y pueda evitarse cualquier tipo de alteración, pérdida, acceso o tratamiento no autorizado, bajo los principios de: confidencialidad, integridad y disponibilidad que también se prevé en el artículo 10 de la misma Ley.

Ratifica la Ley 25.326, la responsabilidad del encargado del archivo de datos de adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, así como la prohibición de registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad. Sin embargo, no se dispone las condiciones y requisitos de deben reunir dichos archivos, ni si ellos se desarrollarán en las normas reglamentarias, como lo dispone la LOPD.

2.1.5 El secreto con los datos.

En el presente caso, la Ley 25.326 repite los mismos criterios de la LOPD en su artículo 10 al disponer el deber del secreto, o la confidencialidad por quienes intervienen en el tratamiento de los datos, lo subsisten, incluso si no existe relaciones con el titular del archivo o –de corresponder- de no tener relaciones con el responsable éste. Sin embargo, la propia ley establece –en el mismo artículo y a diferencia de la LOPD- los casos excepcionales, como son: cuando sea necesario por vía resolución judicial, o cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública.

2.1.6 La comunicación de datos

También dispone la Ley 25.326 la posibilidad de que los datos personales puedan ser revelados a personas distintas al titular o el interesado.

Dispone el artículo 11 de la Ley que serán cedidos los datos personales:

- Para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo.
- Que el consentimiento para la cesión es revocable.
- Que el cesionario quedará sujeto a las mismas obligaciones legales y reglamentarias del cedente y éste responderá solidaria y conjuntamente por la observancia de las mismas ante el organismo de control y el titular de los datos de que se trate.

- Y además las excepciones muchos más generales que la LOPD, pero siguiendo el mismo criterio, cuando:

- “a) Así lo disponga una ley;
- b) En los supuestos previstos en el artículo 5° inciso 2;
- c) Se realice entre dependencias de los órganos del Estado en forma directa, en la medida del cumplimiento de sus respectivas competencias;
- d) Se trate de datos personales relativos a la salud, y sea necesario por razones de salud pública, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto se preserve la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados;
- e) Se hubiera aplicado un procedimiento de disociación de la información, de modo que los titulares de los datos sean inidentificables.”

También, la ley dispone facultades especiales de acceso y conocimiento (en el artículo 18) a diversas instituciones del Estado como son las Comisiones de Defensa Nacional y la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Órganos y Actividades de Seguridad Interior e Inteligencia del Congreso de la Nación y la Comisión de Seguridad Interior de la Cámara de Diputados de la Nación, o las que las sustituyan, a los archivos o bancos de datos referidos en el artículo 23 inciso 2 por razones fundadas y en aquellos aspectos que constituyan materia de competencia de tales Comisiones (caso de seguridad), y aunque se hacen en función del cargo y funciones, no establece mayores controles.

2.2. Los Derechos.

Dentro de los derechos, se puede apreciar que la Ley 25.326, sigue el mismo patrón de la LOPD, al contener, los siguientes derechos:

- **La Impugnación de valoraciones personales.**³⁸³ Dispone el artículo 20.1 de la Ley 25.326 que “Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado.” Además, se señala que cualquier acto de este tipo es nulo, pero no se establece el procedimiento de impugnación.
- **El Derecho de información ante el organismo de control de (que la LOPD define como el Registro General de protección de Datos).** El artículo 13 de la Ley 25.326, establece que cualquier persona puede “solicitar información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables.” Y mantiene la consulta pública y gratuita para todos aquellos interesados.
- **El Derecho de acceso.** La Ley 25.326 en su artículo 14 plantea el derecho que tienen los interesados de solicitar y obtener -de manera gratuita-, información sobre sus datos que hayan sido sometidos a tratamiento, lo cual implica establecer y conocer el origen de los datos, y la comunicación realizada o por realizar con ellos, pero a la vez. Bajo lo dicho, el interesado tiene derecho a que se le provea **de** informes en el lapso de 10 días y vencido el lapso podrá intentar la acción de habeas data. Ese derecho puede ser extendiendo hasta sus sucesores. Aquí la diferencia con la LOPD se centra en el control o recurso posterior, que en el presente caso es judicial.

³⁸³ Que como hemos dicho aquello que el autor llama valoraciones automáticas. Véase obra cit. Rebollo Delgado, L. Derechos fundamentales y protección de datos...Págs.153 y ss.

Al derecho se agrega el artículo 15, mediante el cual se dispone el contenido de la información, es decir, la forma cómo debe emitirse el informe y su contenido, el cual debe:

- Ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso acompañada de una explicación, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población, de los términos que se utilicen.
 - Ser amplia y versar sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento sólo comprenda un aspecto de los datos personales.
 - En ningún caso el informe podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con el interesado.
 - La información, a opción del titular, podrá suministrarse por escrito, por medios electrónicos, telefónicos, de imagen, u otro idóneo a tal fin.
-
- **El Derecho de rectificación, actualización o supresión.** El artículo 16 de Ley 25.326 permite que al titular pueda rectificar, actualiza y, cuando corresponda, Suprimir los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos, otorgando un plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad, y en caso de incumplimiento el interesado puede proponer el habeas data. Sin embargo, el propio artículo prevé excepciones (aquellas que dispone la Ley), o en el artículo

17, cuando se trate de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros, o cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas, y siempre en garantía del derecho a la defensa. A diferencia de la LOPD, no se establece ni en derecho a la oposición, ni el derecho a la indemnización.

2.3. Los datos sensibles.

En cuanto a su regulación en la Ley 25.326, son los artículos 7 y 8 los que disponen los criterios normativos en la presente materia, siguiendo un similar patrón a las previsiones ya indicadas en la LOPD. Así mismo la Ley 25.326 a diferencia de la LOPD, en su artículo 2 (dentro de las definiciones establece que se entiende por dato sensible: “Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.”).

En ese orden y dirección, luego no realiza una descripción de conceptos sino que utiliza sólo “datos sensibles”. Con base a ello el artículo 7 dispone que, ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles, a menos que exista su consentimiento, existan razones de interés general autorizadas por ley, o cuando sean tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares. También dispone la Ley que quedan prohibido la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin embargo se autoriza a la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales a llevar un registro de sus miembros.

Finalmente, en los casos de datos relativos a antecedentes penales o contravencionales, se estima que sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.

También de forma particular se refiere la Ley en el artículo 8, a los datos relativos a la salud y su tratamiento por aquellos entes públicos, privados o aquellos profesionales. Sin embargo, a la diferencia de la LOPD (que además aborda lo correspondiente a su cesión y su regulación por las autonomías), la Ley 25.326, los habilita haciendo especial énfasis en el secreto profesional y sin remitir dicha situación a ley reglamentaria o provincial alguna, dejando un margen de amplitud a considerar.

2.4. Protección: Órgano de Control.

Tanto la LOPD como la Ley 25.326 crean órganos de control. En el caso de la LOPD se denomina Agencia de Protección de Datos, y en el caso argentino Órgano de Control. Este Órgano de control será el encargado de realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la ley, otorgándole las siguientes funciones:

- a) Asistir y asesorar a las personas que lo requieran acerca de los alcances de la presente y de los medios legales de que disponen para la defensa de los derechos que ésta garantiza;
- b) Dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por esta ley;

- c) Realizar un censo de archivos, registros o bancos de datos alcanzados por la ley y mantener el registro permanente de los mismos;
- d) Controlar la observancia de las normas sobre integridad y seguridad de datos por parte de los archivos, registros o bancos de datos. A tal efecto podrá solicitar autorización judicial para acceder a locales, equipos, o programas de tratamiento de datos a fin de verificar infracciones al cumplimiento de la presente ley;
- e) Solicitar información a las entidades públicas y privadas, las que deberán proporcionar los antecedentes, documentos, programas u otros elementos relativos al tratamiento de los datos personales que se le requieran. En estos casos, la autoridad deberá garantizar la seguridad y confidencialidad de la información y elementos suministrados;
- f) Imponer las sanciones administrativas que en su caso correspondan por violación a las normas de la presente ley y de las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia;
- g) Constituirse en querellante en las acciones penales que se promovieran por violaciones a la presente ley;
- h) Controlar el cumplimiento de los requisitos y garantías que deben reunir los archivos o bancos de datos privados destinados a suministrar informes, para obtener la correspondiente inscripción en el Registro creado por esta ley.

El Órgano de Control, tendrá un Director a dedicación exclusiva en su función, encontrándose alcanzado por las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y podrá ser removido por el Poder Ejecutivo por mal desempeño de sus funciones.

Dicho Órgano de Control, de acuerdo al Decreto 1558/2001 y mediante el artículo 29, lo asume la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, ente dependiente de la Secretaría de Justicia y asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, es decir, órgano integrante de la estructura del Poder Ejecutivo.

2.5. Acción de protección: Habeas Data.

En una visión distinta y en ejecución con la previsión constitucional 43, la Ley 25.326 a diferencia de LOPD, asume y establece un procedimiento de protección directa del derecho de protección del derecho fundamental a los datos personales, denominado habeas data. Dicha regulación la plantea a partir del artículo 33, incorporando su procedencia, legitimidad, competencia y procedimiento. Conviene ver dichas previsiones.

2.5.1. Procedencia.

Plantea la Ley 25.326 que el habeas data procederá:

- “a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;
- b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.”.

De manera que, la Ley describe aquellos casos de acceso a la información y el control posterior a ella, esto es, la posibilidad de la modificación del dato inexacto.

Constituyendo el habeas data una garantía o protección ante los principios declarados y los derechos previstos, bajo el amparo de la autoridad judicial.

2.5.2. Legitimidad.

Otro aspecto tiene que ver con la legitimidad tanto activa como pasiva. Bajo lo dicho prevé el artículo 34 y 35 que la acción de protección de habeas data puede ser ejercida por el afectado, sus tutores, curadores, y sucesores (hasta el segundo grado) directos o por medio de apoderados. En el caso del legitimado pasivo, será el responsable de los bancos de datos públicos y privados. Pero además se permite que el Defensor del Pueblo actúe como coadyuvante.

2.5.3. Competencia.

Como se ha comentado, el habeas data corresponde a un recurso judicial, con una competencia opcional; el actor puede elegir el presentar el mismo ante el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; o el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto (conforme al artículo 36). Además, se establece que se extenderá la competencia a nivel federal: a) cuando se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y b) cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdicciones, nacionales o internacionales.

2.5.4. Procedimiento.

Por su parte, la ley en el artículo 37 y siguientes dispone un proceso sencillo, porque asimila su trámite al procedimiento que corresponde a la acción de amparo común, aplicando supletoriamente el Código de Procedimiento Civil y Comercio.

En cuanto a la demanda, se establece que debe ser un escrito, individualizado con la mayor precisión posible del nombre y domicilio del archivo, registro o banco de

datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo, y la instancia del cual depende, además de las razones del recurso, pudiendo solicitar medidas cautelares mientras dure el proceso.

En relación al trámite, se establece que el juez una vez conocido debe requerir la información concerniente al accionante, informe de los soportes técnicos y todo lo conducente en un plazo no mayor de cinco días (cuidando la confidencialidad en materia periodística y casos establecidos por la ley). En el informe debe además, indicar el accionado las razones por las cuales incorporó la información o por qué no evacuó el pedido del afectado. En todo caso, tienen el actor el derecho a ampliar su demanda, dentro de los tres días después de contestado el informe, lo cual se le informará al accionado. Vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y en el supuesto de la ampliación, el juez dictará sentencia. Allí el Juez, si estimare procedente la acción, se especificará si la información debe ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para su cumplimiento. En caso de rechazo, la misma no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

En cualquier caso, la sentencia deberá ser comunicada al organismo de control, que deberá llevar un registro al efecto.

Tal como se puede apreciar, han sido distintas las formas de establecer y regular el derecho a la protección de datos de carácter personal y además el énfasis en el ámbito administrativo o judicial, según sea el caso y cómo se ha incorporado en el contexto constitucional.

El asunto es que luego de ello, es relevante hacer un recorrido por el derecho venezolano y desde la óptica de la Constitución, la legislación y la jurisprudencia apreciar si existen avances en este nuevo derecho, o por el contrario se hace necesario un mayor impulso al seguido. De esa propuesta se hablará en el siguiente capítulo.

CAPITULO IV

EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

EN VENEZUELA

I. Antecedentes constitucionales del derecho a la protección de datos personales en Venezuela.

Antes de realizar cualquier revisión en Venezuela, sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal y establecer su existencia, es de vital importancia hacer un examen de las constituciones anteriores a la de 1999, que como antecedentes marcan esa etapa preinformática³⁸⁴ de la cual ha hablado Lucas Murillo, y especialmente, establecer si en Venezuela se puede hablar del derecho a la intimidad o si se trata de otro derecho, especialmente, dada la vinculación que desde la doctrina y la jurisprudencia se ha dado a la intimidad, vida privada y protección de datos de carácter personal.

Para ello, se realizará una revisión constitucional desde 1811 a fin de observar aquellas normas que aluden al ámbito de la vida privada y apreciar desde cuándo se plantea el derecho a la intimidad en Venezuela.

³⁸⁴ Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *El Derecho a la autodeterminación informativa...* 1990. Pág. 88 y ss.

1. Evolución constitucional o antecedentes constitucionales del derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela (de 1811 a 1999).

El Estado venezolano se formó ante la instalación de un gobierno –en 1811- Republicano, como producto de la Revolución del 19 de abril de 1810, cuyo punto de partida se produce ante el desconocimiento de las autoridades españolas impuestas que conformaban la Capitanía General de Venezuela. Es el 5 de julio de 1811, la fecha de inicio y mediante la Declaración solemne de la Independencia³⁸⁵ cuando las Provincias Unidas (Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo), conforman la Confederación Americana de Venezuela en el Continente Meridional y el Congreso General que el 21 de diciembre de 1811 sancionan la primera “Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela”.³⁸⁶

La Constitución Federal establece el honor como derecho a ser respetado y éste se asocia principalmente al concepto de libertad, bajo esa herencia de aquellos principios de libertad, igualdad y propiedad asumidos por nuestro país. Ejemplo de ello se expresa en los artículos 168 y 181, que disponían que:

“Artículo 168.- La libertad de reclamar cada ciudadano sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún caso podrá impedirse ni limitarse. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su **honor y estimación**.

Artículo 181.- Será libre el derecho de manifestar los pensamientos por medio de la imprenta; pero cualquiera que lo ejerza se hará responsable a las leyes, si ataca y perturba con sus opiniones la

³⁸⁵ Gaceta de Caracas, 16 de julio de 1811, tomo I, número 41.

³⁸⁶ Brewer Carias, A. Las Constituciones de Venezuela. Tomo I. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. Pág. 29.

tranquilidad pública, el dogma, la moral cristiana, la propiedad y **estimación de algún ciudadano**.³⁸⁷

La Constitución Política del Estado de Venezuela formada por su segundo Congreso Nacional (Angostura), presentada a los pueblos para su sanción, el día 11 de agosto de 1819 (aunque aparece en las Actas del Congreso de Angostura del 15 de febrero), también mantiene la tendencia del respeto del honor de las personas, al indicar en su artículo 4 que:

“Artículo 4.- El derecho de expresar sus pensamientos y opiniones de palabra, por escrito, o cualquier otro modo, es el primero y más estimable bien del hombre en sociedad. La ley misma no puede prohibirlo; pero debe señalarle justos términos, haciendo a cada uno responsable de sus escritos y palabras, y aplicando penas proporcionales a los que la ejercieren licenciosamente en perjuicio de la tranquilidad pública, buenas costumbres, vida, honor, estimación y propiedad individual.³⁸⁸

En el caso de la Constitución de 1821 (sancionada por el Congreso General de Colombia, en Cúcuta el 30 de agosto), ésta agrega nuevos elementos y establece la inviolabilidad de papeles particulares, así como, lo extiende a las correspondencias epistolares, conforme a su artículo 170, que expresaba lo siguiente:

“Artículo 170.- Los papeles particulares de los ciudadanos, lo mismo que sus correspondencias epistolares, son inviolables y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación de aquellos casos en que la ley expresamente lo prescriba.³⁸⁹

³⁸⁷ *Ibidem*. Págs. 572 y 573.

³⁸⁸ *Idem*. Pág. 621.

³⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 662.

En la Constitución del Estado de Venezuela de 1830, nuevamente se alude al término “honor”, pero adicionalmente se declara la inviolabilidad de los “papeles particulares”, conforme al artículo 192:

“Artículo 192.- Es también inviolable el secreto de los papeles particulares, así como también de las cartas: ellas no podrán ser leídas, ni abiertas sino por autoridad competente en los casos que designe la ley.”

Es importante destacar, la creación para 1830, del Decreto de fecha 6 de agosto, sobre Garantías de los Venezolanos para el Gobierno Provisorio. En dicho Decreto, en su artículo 6to, se ratifican las previsiones sobre la inviolabilidad de los papeles particulares, la protección del honor y la estimación “personal”.³⁹⁰

En 1857 se dicta una nueva Constitución (sancionada el 16 de abril), donde se produce una ampliación a los derechos previstos, toda vez, que se declara “la inviolabilidad” a toda correspondencia. De hecho, el artículo 112, más que establecer papeles particulares dispone que:

“Artículo 112.- Las cartas y toda correspondencia son inviolables. El apoderamiento de papeles se verificará en los casos y con las formalidades que la ley determine.”³⁹¹

³⁹⁰ Peñaranda, H. Fundamentos del Derecho de la niñez y de la adolescencia. Editorial de la Universidad del Zulia (LUZ). Maracaibo. 2009. Pág. 192.
También, Brewer Carias, A. Las Constituciones de Venezuela. Tomo I. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. Pág. 703.

³⁹¹ Brewer Carias, A. Las Constituciones de Venezuela. Tomo I. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. Pág. 747.

Sin embargo, es por primera vez en la Constitución de 1858 (sancionada por la Convención Nacional, en Valencia, el 24 de diciembre) que se utiliza el término “vida privada”. Específicamente en el artículo 14 se regula la libertad de expresión y además se coloca como un obstáculo para su protección, tanto la moral pública como la vida privada, al expresar que:

“Artículo 14.- Todos los venezolanos tienen el derecho de expresar sus pensamientos y opiniones, por medio de la imprenta, sin necesidad de previa censura, y también de palabra o cualquier otro modo; pero bajo la responsabilidad que determine la ley para los casos que ofenda la moral pública, o se ataque la vida privada. El juicio en materias de imprenta será por jurados.”³⁹²

También, el artículo 25 de la misma Constitución, plantea la protección de papeles privados, del hogar y de las cartas, en las mismas condiciones que los desarrollaron las constituciones antes mencionadas, al destacar que:

“Artículo 25.- El hogar doméstico y el secreto de las cartas y papeles privados son inviolables; no pudiendo ser aquel allanado, ni éstos abiertos ni leídos, sino por autoridad competente, y en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley.”³⁹³

En cuanto a las Constituciones de 1864 (sancionada el 28 de marzo, por la Asamblea Constituyente), la de 1874 (sancionada por el Congreso de Diputados de Venezuela, el 23 de marzo), la de 1881 (sancionada por el Congreso de los Estado Unidos de Venezuela, el 4 de abril) y la de 1891 (sancionada también por el

³⁹² Ídem. Pág. 758.

³⁹³ Ibídem.

Congreso de los Estado Unidos de Venezuela, el 9 de abril), en casi todos los textos se mantiene una misma redacción, en cuanto a la protección de aspectos de la vida privada referido a la correspondencia y papeles, tal como se aprecia –por ejemplo- en el artículo 14:

“Artículo 14.- La Nación garantiza a los venezolanos:

[...]

...3. La inviolabilidad y secreto de la correspondencia y demás papeles;...”³⁹⁴

Sin embargo, sí existen diferencias entre las Constituciones de 1864 y 1874, con respecto a las Constituciones de 1881 y 1891, en el sentido que las dos últimas incorporan al final del numeral tercero del mismo artículo 14, el término “particulares”, aclarando que no se trataba de cualquier tipo de papel, sino de “papeles particulares”, los cuales eran inviolables.

Con la Constitución de 1893 (sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 12 de junio), se amplía la redacción del artículo mismo artículo 14, aunque se utilizan nuevamente los términos como: papeles particulares, y secreto de la correspondencia, al expresar que:

“Artículo 14.- La Nación garantiza a los venezolanos la efectividad de los siguientes derechos:

[...]

³⁹⁴ Véase la Redacción de las Constituciones de 1864, en Brewer Carias, A. Las Constituciones de Venezuela. Tomo I. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. Pág. 788, 789; La Constitución de 1874, Brewer Carias, A. Las Constituciones de Venezuela. Tomo II. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. Pág. 865; La Constitución de 1881, en La pág. 904; y la Constitución de 1891, en la pág. 922.

...3. La inviolabilidad de la correspondencia y demás papeles particulares, que no podrán ser ocupados sino por disposición de la autoridad judicial competente y con las formalidades que establezcan las leyes, pero guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado”.³⁹⁵

Aquí se permite la intervención de la autoridad judicial bajo la previsión de la ley, la salvedad es que dicha autoridad tenía la obligación -en los procedimientos- de hacerlos “...guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y lo privado”. Aquí pareciera que se agrega un aspecto intocable o íntimo distinto a otro ámbito de la vida, pero sin mayor desarrollo.

De acuerdo a lo dicho, en la Carta Magna de 1893 se resalta mucho más la vida privada del individuo, estableciendo la obligación de las autoridades de mantener en secreto toda la información privada, todo lo cual permanece en las Constituciones de 1901 (sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 26 de marzo), la de 1904 (sancionada por la Congreso Constituyente, el 27 de abril), la de 1909 (sancionada por la Congreso de los Estado Unidos de Venezuela, el 4 de agosto), la de 1914 (sancionada por la Congreso de Diputados Plenipotenciarios, el 13 de junio) y la de 1922 (sancionada por la Congreso de los Estado Unidos de Venezuela, el 19 de junio), con la salvedad que en la de 1914 y 1922 donde se incorporan la inviolabilidad a la correspondencia postal y telegráfica.³⁹⁶

Ese panorama cambia con la Constitución de 1925 (sancionada por la Congreso de los Estado Unidos de Venezuela, el 24 de junio), debido a que en ella se desecha la reserva de la autoridad cuando el asunto conocido o privado es de interés para el

³⁹⁵ Ídem. Pág. 946.

³⁹⁶ Ídem. Págs. 984, 1011, 1032, 1067. Aunque ahora se establece en el artículo 17.3 (Constituciones de 1901 y 1904), artículo 23. 3 (Constitución de 1909), y artículo 22.3 (Constitución de 1914 y 1922),

caso judicial (colocando a la justicia por encima de lo privado). Ello permanece en las Constituciones de 1928, 1931, 1936, 1947 y 1953.³⁹⁷

Por ejemplo textos como el de la Constitución de 1947, en su artículo 36 expresaba el cambio recorrido en casi treinta años:

“Artículo 36.- La correspondencia oral, escrita, o en cualquiera otra forma, es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino con el cumplimiento de las formalidades legales, por autoridad judicial y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad quedan sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes en conformidad con las leyes.”³⁹⁸

En ese recorrido los cambios son notables en la Constitución Venezolana de 1961, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662, promulgada por el Congreso Nacional, el 23 de enero de 1961, porque se separa el derecho al honor, reputación o vida privada (artículo 59), del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 63), manteniendo la posibilidad de ser ocupadas por la autoridad judicial, como se expresa a continuación:

“Artículo 59.- Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada.

³⁹⁷ Véase Brewer Carias, A. Las Constituciones de Venezuela. Tomo II. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. Págs. 1115 y ss.

³⁹⁸ Idem. Pág. 1309.

Artículo 63.- La correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico, y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes, de conformidad con la ley. ³⁹⁹

De manera que, si se aprecia el desarrollo constitucional en Venezuela hasta 1961, aún no se plantea el país la existencia del derecho a la intimidad, sino que de forma reiterada se ratifica la vida privada una y otra vez. Sin embargo, esa tradición cambia a partir del año 1999, porque se incorpora además del derecho a la vida privada, y derecho a la intimidad.

De manera que, la Constitución de 1999⁴⁰⁰, asume y adapta el texto constitucional a los cambios y avances en materia de los derechos fundamentales, e incluso al avance tecnológico. Muestra de ello son los artículos referidos a continuación, mediante los cuales:

1) Se amplía la inviolabilidad del hogar doméstico, al incorporar términos como el recinto privado o el de la dignidad del ser humano:

“Artículo 47.- El hogar doméstico, el domicilio, y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o

³⁹⁹ Ibidem. Págs. 1389 -1390.

⁴⁰⁰ Véase Plaza, E. y Combellas, R. *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales de la Historia de Venezuela (1811 1999)*. Tomo I y II. UCV. Caracas. 2005. Págs. 765-807.

para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano. Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas. “

2) Se produce una innovación en el derecho al honor, vida privada, y se incorpora el derecho a la intimidad y se establece su protección general ante la informática, conforme al artículo 60, que establece:

“Artículo 60.- 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. “

3) También se incorpora por primera vez en Venezuela – en el artículo 28- al expresar:

“Artículo 28.- 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.”

Sin embargo, se ve que el camino transitado por Venezuela no se mantiene sobre la base de la intimidad, sino que asume –desde siempre- el derecho a la vida privada, siendo el derecho a la intimidad de incorporación reciente. Muy al contrario, el caso español que incorporó el derecho a la intimidad con la Constitución de 1978, pero no asumió el derecho a la vida privada, el cual se ha incorporado bajo el contexto judicial.

Ello definitivamente es de vital importancia, si se trata de establecer el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, desde el artículo 60 de la Constitución de 1999 y apreciar su vinculación con el honor, la vida privada, la intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Por otro lado, el asunto es la vinculación que debe existir entre dicho artículo 60 y el artículo 28 constitucional, denominado el habeas data. De hecho, como plantea Brewer Carias, “...en la Constitución de 1999 se incorporó expresamente la institución de la acción de habeas data, conforme al antecedente de Brasil seguido en Colombia, regulado en el artículo 28...”⁴⁰¹

⁴⁰¹ Brewer Carias. A- El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999. (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000. pág. 26.

También sostiene Brewer Carias, que la Constitución de Venezuela de 1999, fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 15 de noviembre de ese año, con el “propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa”. Se trataba de la reforma o sustitución de la Constitución de 1961, sancionada por el Congreso electo para 1958, luego de la revuelta cívico-militar a través de la cual resultó derrocado el régimen autoritario del General Marcos Pérez Jiménez. Véase Fernández Segado, F (Coordinador). *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. (artículo “La Constitución Española de 1978 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999: Algunas influencias y otras coincidencias. Escrito por Brewer Carias, A.). Ministerio de la Presidencia (Secretaría General Técnica) y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Pág. 765.

En el caso colombiano, puede verse la obra de Upegui Mejía, J. *Habeas data. Fundamentos, naturaleza, régimen*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Aquí plantea el autor varias aspectos del habeas data y el derecho a la intimidad, y especialmente las etapas vividas en Colombia:

1) Existe una primera etapa en Colombia, dada por la confusión entre intimidad y habeas data. Ello se refleja en la sentencia T-424 de 1992 (pág. 77 y ss), es decir se consideró que “.. al abordar un problema que tangencialmente involucraba una base de datos (96), la Corte consideró que el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones personales recogidas en banco de

Además, en las diversas etapas de elaboración y la discusión del texto que luego sirve de proyecto de Constitución –que luego de sancionado fue sometido a referéndum aprobatorio, el 15 de diciembre de 1999- “...muchos Constituyentes tomaron en cuenta y copiaron frases o partes de muchos artículos de diversos instrumentos internacionales y de textos constitucionales que se habían dictado durante las últimas décadas en el mundo occidental de habla hispana y, especialmente, artículos aislados de la Constitución española de 1978 y de la Constitución Colombiana de 1991.”⁴⁰²

Dentro de esas previsiones aisladas que presenta la Constitución de 1999 y que tomó de la Constitución Española de 1978, está lo que Brewer Carias, llama “la amplia consagración del derecho a la intimidad”, principalmente porque la Constitución de 1961 no consagraba dicho derecho, sino que se podía deducir del proscrito artículo 59, en donde se establecía el derecho a la protección del honor y reputación. Sin embargo, la nueva Constitución, en el artículo 60 establece expresa y detalladamente éste (siendo su contraste el artículo 18.1 y 4 de la CE).⁴⁰³

En ese orden y dirección, Peñaranda, plantea que para el año 1999, existía una propuesta o redacción distinta del artículo 28 de la Constitución, cuya propuesta era

datos, consagrado en el artículo 15 de la Carta, constituía una forma de protección de “la esfera íntima de las personas”,...”, es decir, plantea la Corte, la asociación de bases de datos personales, el habeas data y la intimidad.

- 2) Se plantea el habeas data como un derecho, de acuerdo a la madre del derecho, la sentencia T-444 de 1992. Aquí incluso se emplea la expresión autodeterminación informativa, que además se utiliza como sinónimo del habeas data. (pág. 158)
- 3) Luego en la sentencia SU-082 de 1995 se va a considerar a la autodeterminación informativa como el “núcleo esencial” del habeas data, integrado – a su decir- por la autodeterminación informativa y la libertad, en general, y en caso particular la económica. (Pág 161).

⁴⁰² Véase Fernández Segado, F (Coordinador). *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. (artículo “La Constitución Española de 1978 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999: Algunas influencias y otras coincidencias. Escrito por Brewer Carias, A.). Pág. 769.

⁴⁰³ *Ibidem*. Págs. 773 y 774.

establecer dentro de una esfera de la vida privada un conjunto de derechos asociados, como a continuación sigue:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y en consecuencia:

1.- Al respeto de su intimidad personal, corporal y familiar.

2.-Al respeto de su honra y reputación.

3.-A la protección de su identidad, incluyendo al nombre, voz, imagen y demás caracteres que contribuyan a su identificación.

4.-A la protección, acceso, conocimiento, actualización, rectificación, supresión y confidencialidad de sus datos personales contenidos en bancos de datos públicos y privados, o en cualquier otro medio de almacenamiento autorizado o no.

5.- A la inviolabilidad de su domicilio, de su correspondencia y de sus comunicaciones de cualquier naturaleza.

El Estado protege y garantiza el ejercicio de los anteriores derechos, obligándose a respetarlos y a tomar las medidas administrativas o judiciales para hacer efectiva la vigencia de los mismos, en conformidad con la Ley.

Así mismo, la Ley regula todo lo concerniente a la protección de datos personales, del habeas data y demás mecanismos de protección de la libertad informática.

Sólo por Ley podrán establecerse restricciones o limitaciones a los anteriores derechos, siempre que sean necesarias para la salvaguarda de: la seguridad del Estado, la defensa pública, la prevención y la investigación de infracciones penales y para garantizar las normas que rigen la libertad de expresión e información”.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Obra cit. Peñaranda, H. Fundamentos del Derecho de la niñez y de la adolescencia. Págs. 224-226.

Bajo ese criterio, no sólo la intimidad se integra dentro del derecho a la vida privada, sino que también estaría allí el derecho a la protección de datos personales, lo cual atentaría contra su autonomía y propia existencia. De modo que, si bien comparte la integración dentro del derecho a la vida privada de la intimidad, el domicilio, la correspondencia, honra, identidad, y reputación, entre otros, parece un error incorporar allí el derecho a la protección de datos personales de carácter personal, porque ello minimiza su campo de acción y su autonomía.

Ahora bien, con lo revisado pareciera ser que en Venezuela el antecedente constitucional del derecho a la protección de datos es el derecho a la vida privada y es ese derecho el que ha evolucionado pudiéndose encontrar dentro de él la intimidad, conforme al artículo 60 de la Constitución de 1999.

Ello incluso, se aprecia de fallos que emanan del propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (en lo adelante SC), quien en sus inicios planteó el derecho a la intimidad conforme al artículo 60 de manera distinta al derecho a la vida privada. Pero, no es menos cierto que también ha englobado éste –la intimidad– dentro del derecho a la vida privada.

Uno de esos casos, es la sentencia Nro. 1050, en el caso *Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello*, del 23 de agosto de 2000⁴⁰⁵, donde la SC al referirse al artículo 28 de la constitución, estableció:

“..., y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales

⁴⁰⁵ Se trató de un recurso de amparo remitido por la Sala Electoral a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, incoado por los ciudadanos **RUTH CAPRILES MÉNDEZ Y OTROS**, contra el Consejo Nacional Electoral. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-2378%20.htm> Consultada el 19 de noviembre de 2012.

registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado.”

Según lo dicho, pareciera referirse a derechos distintos, todo como parte del artículo 60 constitucional.

Otra sentencia que plantea la existencia de ambos derechos es la sentencia Nro. 332 en el caso *INSACA*, del 14 de marzo de 2001,⁴⁰⁶ en la cual expresa la SC –al referirse una vez más al artículo 28 constitucional- que: “...tal inquisición puede lesionar otros derechos constitucionales de las personas, como lo son -por ejemplo- algunos de los contemplados en el artículo 60 constitucional”.

Sin embargo, a través de la sentencia Nro. 1718,⁴⁰⁷ del 20 de agosto de 2003, en el caso *VESTALIA ARAUJO SAMPEDRO y otros*, la SC establece una noción integral de la intimidad, al indicar que: “...dicha previsión es compatible con el derecho **a la protección a la intimidad de la vida privada**, entendido como *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana”* (ver Francisco Rubio Llorente, *Derechos Fundamentales y*

⁴⁰⁶ Se trató de una consulta ante la “ACCION DE HABEAS DATA O AMPARO CONSTITUCIONAL A LA CORRECCION DE LA INFORMACIÓN...” que había sido interpuesta ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo *INSACA*, Compañía Anónima, contra el DIRECTOR DE DROGAS Y COSMÉTICOS DEL MINISTERIO DE SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1048-170800-00-2397%20.htm>

[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

⁴⁰⁷ Se trató de un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada y de reducción de lapsos, contra la Reforma Parcial del **REGLAMENTO INTERIOR Y DE DEBATES DE LA ASAMBLEA NACIONAL**, publicada en Gaceta Oficial nº 37.601, del 2 de enero de 2003, y subsidiariamente contra los artículos 11, 16, 20, 77 y 121 de dicho instrumento normativo. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1718-200804-03-0048.htm>

[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Véase también, Moros Puentes, C. *La Constitución según la Sala Constitucional* (Tomo II artículos 49 a 140). Librería J. Rincón. Venezuela. 2006. Págs. 1073-1078.

Principios Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1995, p. 178) protegido por el artículo 60 constitucional...”. (Resaltado nuestro).

Nótese que la SC (y es un criterio que va a mantener hasta la fecha), no sólo se refiere a la intimidad de la vida privada, tratándolo como parte del derecho a la vida privada, sino que además lo maneja como la protección a ésta.

Ahora bien, eso se perfila aún más en la sentencia Nro. 701,⁴⁰⁸ del 18 de abril de 2007, en el caso WENDY COROMOTO GALVIS RAMOS, en el cual la SC indica que:

“Ahora bien, con respecto a la conformidad de lo ordenado en el mencionado precepto legal con el derecho a la vida privada y a la intimidad que reconoce el artículo 60 de la Constitución, esta Sala considera lo siguiente:

El derecho a la intimidad personal y familiar forma parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, por lo que salvaguarda un espacio que queda sustraído a intromisiones extrañas, el cual, según nuestros referentes culturales, resulta imprescindible para garantizar una adecuada calidad de vida...” (Subrayado nuestro).

⁴⁰⁸ El presente caso lo recibe la Sala Constitucional de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, quien remite la sentencia dictada, el 21 de febrero de 2006, donde se declaró con lugar la demanda incoada por la ciudadana **WENDY COROMOTO GALVIS RAMOS**, contra el ciudadano Carlos Julio Hernández Camargo, y en la cual desaplicó el artículo 507 del Código Civil.

Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/701-180405-06-0482.htm> [Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Bajo lo afirmado por la SC, no sólo la intimidad forma parte del derecho a la vida privada, sino que se trata de un conjunto de bienes que además forman parte de la personalidad.

Ello, a su vez se ratifica en otras dos sentencias en el 2010 y en el 2012. Se trata de la sentencia 745,⁴⁰⁹ del 15 de julio de 2010, caso ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO, donde se asume al artículo 60 como el derecho a la vida privada y además se asimila a la intimidad, y se trata de establecer una concepción objetiva, a través de la visión alemana de las llamadas esferas⁴¹⁰, cuando expone que:

“En tal sentido, el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 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.

De ese modo, la *protección de la vida privada* es un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento constitucional, en

⁴⁰⁹ Se trató de una acción de amparo constitucional que se interpuso, ante la Secretaría de esta Sala Constitucional, “...**contra la negativa de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela de otorgar oportuna y adecuada respuesta a la solicitud que realizará (sic) mi representada mediante comunicaciones de fechas 13 de noviembre de 2008 y 10 de febrero de 2009 respecto al salario base y otras erogaciones que devengan el Contralor General de la República y las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República...**”. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html> [Consultada el 20 de noviembre de 2012].

⁴¹⁰ De acuerdo a obra citada de Rebollo Delgado, L. *Derechos Fundamentales y Protección de Datos...* Pág. 37 y ss. La intimidad bajo el concepto objetivo atiende principalmente a la esencia etimológica, que como afirma la Real Academia Española: es esa “zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente a una familia”. Dicha concepción viene del desarrollo de la doctrina alemana basada en la teoría de las esferas, pero también dicho concepto ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional Español, al establecer que éste pertenece a ese “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, con el cual se permitirá la calidad mínima de vida.

principio, sin ningún tipo de distingo, enmarcado en los denominados derechos de la personalidad. El problema ha radicado en determinar de qué manera puede lesionarse dicho **derecho a la intimidad o a la vida privada**; o dicho de otra manera, cómo valorar el ejercicio de otro derecho, como lo es el de la información, que puede invadir a aquél.

Es así como, entre los intentos para definir la delimitación del derecho a la intimidad la doctrina constitucional destaca la teoría de las esferas, de factura alemana, según la cual, *grosso modo*, se distinguen varios ámbitos de acción del individuo: el centro más cercano al individuo corresponde al **secreto**; la periferia atañe a la **individualidad de la persona**; y, entre ambas, una intermedia referida la **intimidad**, en la que se sitúa todos aquellos aspectos que se desean mantener al margen de la injerencia de terceros.

Vale acotar que esta teoría no ha dejado de tener sus detractores, sobre todo en la determinación de **lo íntimo** como criterio referente y, por tanto, validante de la intromisión; sin embargo, sigue siendo esta la tesis más difundida para explicar cómo se articula el derecho a la intimidad con el derecho a la información en cuanto concierne al funcionario público, como es el supuesto que ocupa en esta oportunidad a esta Sala Constitucional. Así, precisamente, en atención a la definición de **lo íntimo**, se han propuesto tres tesis: la espacial, la objetiva y la subjetiva.

Desde la concepción espacial, la intimidad está asociada con el control que se tiene sobre determinadas áreas u objetos, así, por ejemplo, lo que acontece en el interior del hogar queda al amparo de cualquier intromisión, y por extensión también la correspondencia o las comunicaciones telefónicas, de suerte que su restricción queda sometida a regímenes autorizatorios legislativos. La concepción objetiva, atiende al distingo de conductas públicas y privadas; de modo que, serán conductas privadas aquellas realizadas con la intención de satisfacer necesidades personales, mientras que las públicas son todas aquellas que tienen por objeto satisfacer necesidades ajenas y,

por tanto, están privadas de la cobertura protectora de la intimidad. Finalmente, la concepción subjetiva hace distinción del sujeto, es decir, si el personaje que lo detenta es público (en nuestro contexto democrático sería usualmente el funcionario) o privado (particular). Según esta tesis los funcionarios públicos quedarían excluidos de la protección constitucional a la intimidad, dado el carácter público de sus funciones.

No obstante ello, la doctrina constitucional contemporánea reconoce sin restricciones la vigencia de los derechos fundamentales y distingue los diversos ámbitos en los cuales el ciudadano y ciudadana puede hacer uso de ellos, reconociéndose **derechos fundamentales inespecíficos**, según se trate del ejercicio de los mismos en los ámbitos del trabajador asalariado o del funcionariado público. Es decir, la condición de funcionario público y aun la de trabajador asalariado no invalida en el ámbito de trabajo el ejercicio de **derechos fundamentales específicos** como son: el derecho a la vida privada, a la intimidad, a la libertad de expresión, a la libertad de religión, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; sólo que en estos casos debe pasarse por el *test* de constitucionalidad, ponderándose con criterios de proporcionalidad, adecuación, pertinencia y necesidad.” (Negritas nuestras).

De modo que, se presenta de manera clara la existencia del derecho a la vida privada y dentro de él, la intimidad.

La otra sentencia, es la Nro. 568,⁴¹¹ del 8 de mayo del 2012, en el caso JOSÉ RAFAEL CASTAÑARES FERNÁNDEZ. Aquí, además de la previsión constitucional

⁴¹¹ Se trató de una acción de amparo constitucional contra la decisión dictada por la Sala Décima de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 31 de mayo de 2011, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud incoada en fecha 24 de mayo de 2011, a través de la cual fue solicitada a ese Tribunal colegiado la desincorporación de las decisiones N° 001 y 005, ambas relacionadas con la causa N°10Aa-2892-11, de fechas 24 y 31 de marzo de 2011, respectivamente, y la supresión de los datos identificatorios y de ubicación del ciudadano

se integra a ella la Declaración Universal de Derechos Humanos, como bases del derecho a la vida privada, al establecer la SC que:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula el derecho a la vida privada y a la protección de datos en su artículo 60, al establecer:

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.

Asimismo, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, integrante del bloque de la constitucionalidad, establece:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Con las normas citadas se entiende que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida privada y la información referente al entorno personal, garantizando al justiciable que ante cualquier injerencia arbitraria, esto es no justificada, de sus datos podrá reclamar la limitación de su difusión; ello en virtud de las características que dimanar de la delimitación que realizó el Constituyente de dicho derecho y de su naturaleza relativa que le permite al legislador restringirlo para tutelar otros derechos o bienes constitucionales.

Así, respecto de las características que dimanar de la delimitación de dicho derecho, la Sala ha

JOSE (sic) RAFAEL CASTAÑARES...”. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/568-8512-2012-11-0855.html> [Consultada el 20 de noviembre de 2012].

tenido oportunidad de referir en la sentencia N° 745/2010...”.

En este orden y dirección, si bien no se puede establecer un criterio absoluto, no cabe duda que la SC, ha venido ampliando la visión restringida del derecho a la intimidad y lo ha integrado a la vida privada, lo cual facilita dicha revisión y su vinculación con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Posición, que además se comparte y tal como se ha afirmado, siguiendo el criterio esgrimido por Rebollo, “...La fundamentación de la vida privada obedece a la pretensión genérica de reconocer al individuo unos derechos que le corresponden por el significado hecho de ser persona. La raíz de la protección de la vida privada surge de la dignidad de ésta, de los derechos que le son inherentes, y para la libre configuración y desarrollo de su personalidad...”⁴¹²

De hecho, es común apreciar que de forma indistinta se utilizan los términos intimidad, confidencialidad, secreto, vida privada, esfera privada, y lo privado, que además en el contexto europeo la “Traducción impropia del anglicismo *privacy*”, se ha asemejado a la vida privada. En esa realidad, el derecho a la intimidad debe entenderse como parte del derecho a la vida privada, que comparte con éste su contenido y la posibilidad de lesión, porque aunque se puede partir de un ámbito interno y otro externo, los límites entre unos y otros no se ven de forma clara o evidente. Por ello, de lo que se trata es de que: “Todos ellos representan la idea de la existencia de una esfera privada, en la que sólo cada persona tiene la potestad para decidir lo que le afecta, evitar las intromisiones no deseadas, y en definitiva, tener un control al respecto de lo que no se quiere que otros conozcan, o de lo que se quiere dar a conocer”.⁴¹³

⁴¹² Ver obra citada. Rebollo Delgado, L. *Vida privada...* Pág. 35.

⁴¹³ Ídem. Pág. 37 y ss.

Es así como entendemos el derecho a la vida privada como esa potestad de decisión y control que sobre sí tienen las personas, a través de la cual se establecen aquellas zonas reservadas del conocimiento de los demás o aquellas que deseo que otros conozcan, sea a nivel personal o familiar, y que le permite definir lo que le perturba en el desarrollo de su personalidad. Dicho concepto integra la intimidad, el honor, la propia imagen, la confidencialidad, la reputación, las comunicaciones, el domicilio, las relaciones personales, entre otros.

Bajo ese esquema, ciertamente el derecho a la vida privada y la integración que produjo la Constitución de 1999, al incorporar en él a la intimidad, honor, propia imagen, confidencialidad y reputación, no fue sino una forma de darle contenido al derecho que desde siempre ha sido parte de nuestra historia jurídica y constitucional, en el cual hoy se integra "...dos ámbitos, uno interior, referido al individuo y que afecta a su moralidad, a su *psiqué*, a su pensamiento y a su cuerpo; y otro externo, donde se le atribuyen al sujeto las mismas facultades que sobre sí mismo, pero con referencia a los demás...", son los casos del domicilio, comunicaciones y relaciones personales, entre otros, siendo soberano y poseedor del derecho de controlar ambos ámbitos.⁴¹⁴

Así mismo, bajo dicha argumentación, podemos plantear que es el derecho a la vida privada y su contenido, el que se relaciona directamente con el libre desarrollo de la personalidad, como bien fue referido en la citada sentencia Nro. 745 del 2011. Sin embargo, una vez asumida la visión ante el derecho a la vida privada en Venezuela, es necesario observar este derecho frente al derecho a la protección de datos de carácter personal y poder establecer si desde el contexto judicial se han vinculado de manera similar como en el contexto español.

⁴¹⁴ *Ibíd.* Pág. 41. Lo cual se define por el mismo autor como la vida privada personal como familiar. Pág. 55)

Por esa razón, conviene ahora, mostrar el paralelismo existente en el contexto judicial, porque SC, optó, por una parte, dar contenido y desarrollar el nuevo derecho desde la figura del habeas data, a partir del artículo 28 y extender su revisión y regulación procesal; pero, en un segundo plano –prácticamente en paralelo- la misma SC asume la gestación del nuevo derecho a la autodeterminación informativa, hasta llegar al reconocimiento incluso del derecho a la protección de datos de carácter personal, como nuevo derecho constitucional.

Con ello, se desea indicar que en la vía de reconocer el derecho a la protección de datos de carácter personal y establecer su contenido esencial, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha dividido lo que se debe entender por acceso a la información y su control y lo que tiene que ver con el derecho a la protección de datos, colocándolo al inicio como el derecho de habeas data, y luego asumiéndolo como un derecho autónomo que se encuentra incluido en el artículo 20, 28, 60 y 143 de la Constitución.

Por esa razón, se analizarán los antecedentes judiciales en Venezuela del nuevo derecho, bajo esos dos ámbitos de acción.

II. Antecedentes jurisprudenciales en Venezuela del derecho a la protección de datos de carácter personal.

1. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia sobre la interpretación del habeas data.

No cabe duda, que del mismo modo como Latinoamérica asume el derecho a la protección de datos de carácter personal, Venezuela no escapó a esa fórmula y mucho menos a su acercamiento desde la óptica del habeas data. El camino que se recorrerá estará basado en esas primeras posiciones, que principalmente asume la SC a partir del año 2000.

De acuerdo a lo dicho, la tendencia inicial y manejada por mucho tiempo por el Tribunal Supremo de Justicia fue asumir el derecho a la protección de datos de carácter personal como el derecho de habeas data y especialmente circunscrito en el derecho de las personas a recopilar información, así como el acceso a la información y su posterior actualización, rectificación y destrucción.

Como se ha afirmado, el punto de partida ha sido la Constitución de 1999 y especialmente el artículo 28, que como se ha expresado se conoce como el habeas data y es del siguiente tenor:

“Artículo 28.- 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.”

Una de las primeras sentencias, es la Nro. 1048,⁴¹⁵ del 17 de agosto de 2000, en el caso **WILLIAM ORLANDO OJEDA OROZCO**, mediante la cual la SC plasma el

⁴¹⁵ Se trató sólo de la admisión de una acción de amparo en nombre propio “[...] y también en defensa y ejercicio de los derechos e intereses colectivos o difusos de la comunidad electoral nacional y en particular de los sufragantes y electores de las parroquias que políticamente componen el Municipio Sucre del Estado Miranda [...]”, en contra de supuestas infracciones constitucionales cometidas por el **CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1053-310800-00-2397%20.htm> [Consultada el 20 de noviembre de 2012].

contenido inicial -que va a mantenerse por muchos años-, del artículo 28 de la Constitución, denominado el habeas data, al expresar que:

“Sin embargo, considera esta Sala que la acción para recibir información de parte de una persona, en la forma planteada en el escrito de amparo, no es una acción que corresponda a la protección de intereses difusos y colectivos, como lo pretende el accionante. El artículo 28 de la vigente Constitución, otorga el derecho a la información, a las personas en forma individual, a fin de conocer lo que sobre ella registran los demás, incluyendo dentro de este derecho, el derecho de actualización, rectificación y destrucción de datos personales; y ese derecho de acceso a la información, con sus derechos accesorios, se le permite a la persona para obtener información sobre temas de interés de comunidades, o grupos de personas, las cuales deben tener conexión con quien solicita información, por tener entre ellas vínculos jurídicos.

Vemos así, que como punto de partida se le otorga al artículo 28 el derecho a la información, esto es, el derecho a conocer (acceso) sobre la información registrada y poder luego actualizarla, rectificarla o destruirla.

Esa concepción se mantiene en lo adelante –con mayor desarrollo-. Así se dispuso en el caso *Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello*, sentencia Nro. 1050, del 23 de agosto de 2000,⁴¹⁶ donde la Sala Constitucional estableció –en relación al artículo 28- lo siguiente:

“El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido

⁴¹⁶ Sentencia cit. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-2378%20.htm>
Consultada el 19 de noviembre de 2012.

compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son:

- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
- 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina. Basta leer el artículo 28 de la vigente Constitución, para que todos estos derechos puedan identificarse.

Es interesante esta posición y visión preliminar que pareciera dejar claro la existencia de un nuevo derecho a partir del artículo 28, cuyo enfoque está en el derecho a conocer la información recopilada y con posterioridad actualizarla, rectificarla o destruirla.

Sin embargo, ello no queda absolutamente claro porque en la misma sentencia, asume la Sala Constitucional que el "...llamado *habeas data* está conformado por varios derechos que pueden obrar en bloque o independientemente, ya que quienes los ejercen pueden conformarse con pedir el para qué se registra la información sobre su persona, o para conocer cuáles datos suyos están recopilados; así como también puede pedir la rectificación o destrucción de datos...".

De manera que, plantea la existencia de derechos con base al artículo 28 constitucional, que esos derechos forman parte del llamado *habeas data* y que no pueden recurrirse por vía del amparo, sino por la acción especial.

En esa misma sentencia, la Sala diferencia el derecho de *habeas data* y el derecho al acceso a la información pública previsto en el artículo 143 de la Constitución, en el cual "...se otorga a los ciudadanos otro derecho a la información, el cual debe ser cumplido por la Administración Pública, con el fin que los administrados conozcan el estado de las actuaciones en que están directamente interesados, así como las resoluciones que se adopten...".

En igual sentido, establece Brewer –refiriéndose al artículo 143 de la Constitución en la sentencia- que se trata del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites en materia de seguridad interior y exterior, investigación criminal, vida privada, de acuerdo a la ley que regule la materia de

clasificación de documentos de contenido confidencial. Además, la norma censura a los funcionarios que informen sobre asuntos de su responsabilidad.⁴¹⁷

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia abandona este criterio en la sentencia Nro. 1318 del 4 de agosto de 2011 –como se verá- e integra al derecho a la protección de datos de carácter personal el artículo 143 de la Constitución como parte de su contenido esencial, bajo la posición del profesor Pérez Luño.⁴¹⁸

Un elemento adicional, tiene que ver con la vinculación de la recopilación de datos y los derechos a la intimidad y vida privada, previsto en el artículo 60 de la Constitución. En ese esquema, la SC sólo apunta sobre el cuidado que debe tenerse en la recopilación y la afectación que por ella puedan sufrir dichos derechos, debido a que “...El artículo 28 de la Constitución de 1999, se refiere a datos o informaciones personales [...] Lo personal de la información, restringe para aquellos que no piden sus datos o informaciones, el derecho que otorga el aludido artículo 28, ya que de no ser así, se estaría ante una vía para interferir en la intimidad o en la vida privada de las personas,...”.

De manera que, la SC sólo avanza en el artículo 28 y los derechos que sobre el artículo plantea la Constitución (acceso y actualización, rectificación o destrucción de la información), y que en definitiva esa información se trata de información personal (privada o íntima), por lo que al hablar del dato, siempre debemos entenderlo como íntimo o privado. Por lo cual, se diferencia entre el derecho de acceso que poseen las personas (artículo 28) y frente a él, el dato (que es información personal), por lo que está limitado el acceso por la intimidad y la vida privada (artículo 60).

⁴¹⁷ Brewer Carias, A. *Revista de Derecho público* N° 120/2009 (artículo: “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: Las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional). Editorial jurídica venezolana. Venezuela. 2009. Págs. 185 a la 191.

⁴¹⁸ Posición que atiende al segundo criterio de formación judicial que plantea la Sala Constitucional, que va desde la concepción del derecho a la autodeterminación informativa y luego al derecho a la protección de datos de carácter personal.

Con el mismo criterio también se plantea la sentencia Nro. 1053, en el caso *William Ojeda*,⁴¹⁹ del 31 de agosto de 2000, la cual mantiene las mismas consideraciones de la sentencia 1050, asumiendo nuevamente los límites del dato, al entender la información como personal, debido a que como se indica "...Tal acceso, sin embargo, no es ilimitado, ya que hay otros derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos que deben armonizarse con el ejercicio de este derecho (como lo son la protección a la vida privada, al honor, a la intimidad, el secreto de las comunicaciones privadas, etc.)."

De manera que, bajo lo comentado el dato o la información personal forman parte de la intimidad o vida privada –según el decir de la SC- y el artículo 28 (habeas data) otorga a los ciudadanos el derecho al acceso de los datos que otros recopilan, usan y de acuerdo a la finalidad que les confieren.

Sin embargo, algunos cambios se establecen con la sentencia Nro. 332, en el caso *INSACA* del 14 de marzo de 2001,⁴²⁰ donde al inicio se ratifican algunos de los criterios esgrimidos, pero luego asume la SC, ante la ausencia de Ley sobre la materia, las competencias para conocer sobre los casos de habeas data, mientras se dicte la misma.

De manera que, a partir de *INSACA*, el progreso va a estar en el ámbito procesal, porque al separar la información personal (que conforme a la SC forma parte de la

⁴¹⁹ Se trata ya de la misma acción de amparo, presentado ante la Sala Constitucional por **WILLIAM ORLANDO OJEDA OROZCO**, en contra de supuestas infracciones constitucionales cometidas por el **CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**, pero ahora la sentencia del fondo. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1048-170800-00-2397%20.htm>

Consultada el 20 de noviembre de 2012.

Véase también, Moros Puentes, C. *La Constitución según la Sala Constitucional* (Tomo I artículos 1 al 48). Librería J. Rincón. Venezuela. 2006. Págs. 665-669.

⁴²⁰ Sentencia cit. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1048-170800-00-2397%20.htm>

Consultada el 20 de noviembre de 2012.

Véase también, la obra cit. De Moros Puentes, C. *La Constitución según la Sala Constitucional...* Págs. 671-694.

También Brewer Carías, A. *Revista de Derecho público* N° 120/2009... Pág. 187.

Obra cit. Ortíz Ortíz, R. *Habeas data...* Pág. 640 y ss.

intimidad y la vida privada), el asunto es resolver cómo se accede a la información ante la inexistencia de ley que regule la materia (tribunal competente, procedimiento, entre otros).

Lo interesante de la sentencia consultada, al revisar el caso en concreto es que se aprecia que el 14 de abril de 2000, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en aplicación del artículo 28 constitucional, había declarado: 1.- “Procedente la pretensión de amparo constitucional bajo la modalidad de habeas data”, 2.- Había ordenado la destrucción del memorándum distinguido con el N° 097 emanado de la Dirección de Drogas y Cosméticos de la Dirección General Sectorial del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, el 2 de septiembre de 1999, que lesionaba a Insaca, 3.- Había ordenado al Director de Drogas y Cosméticos rectificar las afirmaciones consignadas en el referido memorándum, “que en criterio de esta Corte causaron la violación del derecho al honor y a la reputación de la empresa INSACA, y 4.- Le ordenó al Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, abstenerse de conocer, sustanciar, o emitir opinión sobre cualquier asunto, que relacionado con la empresa INSACA C.A., tramitado por ante el Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Ante la consulta a la Sala sobre dicha situación y actuación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ésta establece y ratifica:

- a) Su visión del artículo 28 al disponer que se trata de “...un doble derecho:
 - 1) El de recopilar información sobre las personas y sus bienes, lo que se desprende implícitamente de dicha norma;
 - 2) Al acceso, por parte de aquél cuyos datos constan en los registros, a la información que sobre él ha sido recopilada. Ambos derechos los pueden ejercer tanto las personas naturales como las jurídicas, sean éstas últimas, entes de derecho público o privado.” Aquí se nota la primera diferencia con las sentencias Nros. 1048/1050/1053, porque además del derecho al acceso de las personas naturales y jurídicas a la información, ahora se agrega –y en primer

término- el derecho a recopilar información. Esto es muy interesante resaltarlo, porque ya se ha afirmado la base fundamental del derecho a la protección de datos de carácter personal es el *consentimiento*, de manera que el enfoque no es el tercero que recopila, sino aquel de dónde deriva y nace el dato y es en él dónde emerge el poder y control sobre la información. De hecho, plantea la propia SC que el artículo 28 o “El derecho a recopilar, en el sentido aquí expresado, no distingue si se trata de datos aportados voluntariamente, o extraídos de publicaciones, contratos, declaraciones, negocios electrónicos, tarjetas de crédito, transmisiones telemáticas, etc, sin autorización expresa de aquél a quien se refieren los datos, quien incluso puede no conocer la captura y almacenamiento de los mismos; ni si se trata de informes que sobre su persona suministró otro. Igualmente, el artículo 28 constitucional no distingue si la recopilación es para proveer informes a terceros, o si es para uso particular.”.⁴²¹

- b) Que las informaciones “... y datos que se recopilan, no pueden atentar contra los derechos protectivos que otorga el artículo 60 de la citado...”. Refiriéndose al honor, privacidad, intimidad, reputación. De manera que, ratifica el límite del acceso ante los datos que deben entenderse como

⁴²¹ Asumiendo la Sala una especie de habeas data propio (rectificador, actualizador y de cancelación). Dicha clasificación (propio e impropio), la asume Sagües. Véase Sagües, N. *Subtipos de hábeas data*. J.A. 20/12/95. Págs. 31 y ss.

Véase también Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica...* Pág. 220 y ss.

Además se puede seguir la cit. Obra de Puccinelli, O. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*. “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano. (Un intento clasificador con fines didácticos).” ... Pág. 106 y ss.

En el caso del último de los autores el habeas data propio se asume como aquel dirigido a prevenir o reparar lesiones que se producen o se puedan producir en el tratamiento de datos de carácter personal, cuando se realiza en base de datos. En todo caso, como más adelante apuntaremos. Si bien podemos clasificar los recursos o acciones, ellos no pueden elevarse al grado de derechos y mucho menos asumir dicho carácter y suplantar el derecho a la protección de datos de carácter personal.

aquellos de la personalidad. Con lo cual, “dato” se debe entender como información íntima y privada, que además incluye los datos personales. Así mismo, establece la sentencia que pueden existir excepciones, siempre que estén previstas en la Ley. En igual sentido, y a pesar de la diferencia establecida en la sentencia Nro. 1050, establece la SC que también las limitaciones en la recopilación puede darse con base al artículo 143 de la Constitución (acceso a la información pública), lo cual plantea una discusión, toda vez que en la aludida sentencia Nro. 050 claramente la SC ya había diferenciado ambas figuras.

- c) Que el derecho previsto en el artículo 28 es distinto al derecho a la “...información oportuna, veraz e imparcial, establecido en el artículo 58 de la Carta Fundamental, norma que se refiere y contiene los caracteres de la información que se difunde por los medios masivos de comunicación, por lo tanto el derecho de respuesta que luego trata este fallo, es de naturaleza distinta al derecho a réplica contemplado en el artículo 58 de la vigente Constitución.”

- d) Además, se expresa que el artículo 28 no establece un “...derecho absoluto, ya que la ley puede restringirlo (“con las excepciones que establezca la ley”), tal como lo previene el artículo 28 de la Constitución de 1999, y es un derecho conformado -a su vez- por otros derechos. A este conjunto de derechos la doctrina los llama impropriamente el habeas data (tráigase el dato), se ejerza uno o varios de dichos derechos, siendo que con algunos de ellos no “hay entrega de dato” alguno, por lo que resulta inapropiado denominarlos a todos habeas data, ya que de ello no se trata únicamente. Sin embargo, a pesar de lo impropio de la denominación, en este fallo con el nombre de habeas data se reconocen los derechos del artículo 28 constitucional.”.

- e) Que del artículo 28, se evidencia que las personas tienen claramente dos derechos estrechamente unidos: el de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes, consten en registros oficiales o privados (informáticos o no), a menos que la ley les niegue el acceso, lo que puede resultar de prohibiciones expresas derivadas de la protección de determinados secretos de la vida privada, de la seguridad del país, de derechos de autor, o el derecho a conocer la finalidad y uso que da el compilador a esos datos e informaciones.
- f) Que no se encuentran bajo el resguardo del habeas data todos aquellos datos e informaciones particulares y aisladas que se lleven con fines de estudio, uso personal, estadístico, de consumo propio para satisfacer necesidades espirituales o culturales, para cumplir objetivos profesionales, que no configuran un sistema capaz de diseñar un perfil total o parcial de las personas. Sin embargo, sí pueden ser los registros aparentemente inocentes, que cuando se entrecruzan con otros llevados por una o varias personas, permiten delinear un perfil de la vida privada o íntima de los demás, o de su situación económica, tendencias políticas, etc. Con ello, la SC no sólo incorpora los datos sensibles, sino que establece lo que la misma LOPD indica como aquella información que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del régimen de protección de datos (artículo 2.2 a).
- g) Tampoco forman parte de la protección del derecho al acceso y al conocimiento del fin para el cual se recopila, los registros abiertos al público, ya que la finalidad de estos últimos se encuentra establecida por la ley y es conocida por todos, además de ser por su naturaleza públicos y accesibles. De allí, que los registros públicos de cualquier naturaleza (estado civil, propiedad industrial, aéreo, mercantil, regido por la Ley de Registro Público, etc.) escapan del ámbito del artículo 28, y los errores,

rectificaciones, anulaciones, y otros correctivos de los asientos se adelantarán por las leyes que los rigen (nulidades, rectificación de partidas, etc.). Los registros oficiales reservados, no secretos, sí están sujetos al artículo 28, al igual que los datos de los públicos que carezcan de normativa que permita depurarlos, ya que tal omisión legal causaría a las personas los perjuicios que el artículo 28 constitucional, está tratando de evitar, con los derechos de actualización, rectificación y destrucción, que luego contempla este fallo. Lo que la misma LOPD define como aquellos que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del régimen de protección de datos y por ende bajo la incidencia de disposiciones especiales (artículo 2.3).

- h) Dos aspectos interesantes son: el hecho que la SC establece que el artículo 28 no indica la posibilidad que las personas puedan restringir a su arbitrio las informaciones que puedan captarse sobre ellas, prohibiendo la transmisión de los datos mediante las operaciones que se efectúen utilizando mecanismos electrónicos dirigidos a otra base de datos que las centralice, aunque admite que toda persona tiene derecho a que no se procese información que infrinja derechos o garantías constitucionales. Y por otro lado, que el artículo 28 constitucional tampoco estableció la posibilidad de que las personas puedan solicitar que se declaren algunos de sus datos como confidenciales y no puedan ser transmitidos a otros. Ello, denota la separación clara, en la comprensión del derecho a la protección de datos, diferenciándolo con el acceso, el control de la información con el consentimiento y el poder sobre la información.
- i) Que el habeas data opera como derecho, pero también como garantía, toda vez que si bien éste establece "...específicos derechos, sin que haya faltado quien opine que el habeas data es una garantía constitucional, mas que un derecho (al respecto ver El Habeas Data en Indoiberoamerica. Ob

cit, p. 209 y 211), y que viene a proteger otros derechos constitucionales que se desmejoran por la recopilación de datos (derechos contenidos en los artículos 20, 21, 46 o 60 de la Constitución, por ejemplo). Reconoce la Sala que ello puede ocurrir, caso en que el artículo 28 de la Carta Fundamental obra como protección de otros derechos constitucionales.” Ello claramente, coloca al habeas data bajo la tesis de lo apuntado por Ortíz Ortíz, quien lo asume como un derecho y garantía.⁴²²

- j) Que el grupo de derechos, que emanan del artículo 28 constitucional, pueden ejercerse por la vía judicial, pero ellos no responden en principio a amparos constitucionales.
- k) Que existiendo “...en el país una Sala Constitucional, específica para conocer lo relativo a las infracciones de la Carta Fundamental, no parece lógico ante el silencio de la ley, atribuir el conocimiento de estas causas a tribunales distintos. Tal interpretación es vinculante a partir de esta fecha y así se declara.”.

Simplemente, la SC establece la existencia de un nuevo derecho que lo asume bajo la denominación del habeas data, entendiéndolo como el derecho a recopilar información de otros y reduciéndolo al acceso a la información y al control posterior

⁴²² Obra cit. Ortíz Ortíz, R. *Habeas data...* Págs. 120 y 121. Como se recordará para el autor “El habeas data es un derecho subjetivo individual consagrado por el texto constitucional, por medio del cual toda persona puede acceder a los datos relativos a su persona, así como también tener control sobre el uso y la finalidad de tales datos o información, u oponerse a tal uso, lograr su actualización o destrucción de esos datos cuando resultaren falsos, erróneos o desactualizados o que, de alguna manera, puedan afectar otros derechos...[...] A la par de concebir al habeas data como un verdadero derecho de control de información [...] sirve para tutelar derechos fundamentales [...] medio procesal jurisdiccional establecido en la Constitución mediante el cual se logra protección y tutela de los derechos fundamentales al control de la información, y la defensa de la intimidad, honor y reputación tanto de las personas naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de información o datos sobre ellas. [...] es una modalidad de amparo constitucional...”.

a la recogida de datos, obviando el poder derivado del consentimiento como elemento esencial y principal de todo ser. Así mismo, plantea la SC que ese mismo derecho de habeas data posee un doble papel, esto es, además de concebirlo como derecho (recopilación, acceso, y control), le atribuye -para algunos casos posibles- un tratamiento netamente procesal, al entenderlo como instrumento o garantía para permitir la existencia de otros.

Con ello, avanza la SC en dilucidar el nuevo derecho, sin embargo, confunde un conjunto de conceptos que forman parte de la estructura procesal de la figura (habeas data), además lo separa del dato (asumido como íntimo y privado), y llega a la reducción del derecho a la protección de datos personales de carácter personal (sólo bajo la idea de la recopilación, al acceso o al control después de la recogida), y lo vincula con el artículo 143 (acceso a la información pública), de la Constitución, para finalmente darle al habeas data un carácter instrumental (derecho-garantía).⁴²³

Siguiendo con el esquema procesal, en el año 2003, mediante la sentencia Nro. 2551 del 24 de septiembre (Caso Jaime Ojeda Ortiz),⁴²⁴ la SC vuelve a pronunciarse en cuanto al artículo 28 de la Constitución, estableciendo que se deberá "...aplicar al presente caso, mientras no se haya establecido por ley el procedimiento propio de la acción de habeas data, el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con las variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos."

⁴²³ Que de acuerdo al artículo cit. Pellegrino Pacera, C. El derecho a la intimidad en la nueva era informática...Pág 191. La sentencia INSACA "desnaturaliza la referida institución," al referir al habeas data, al reconocerla como un medio para tutelar los derechos al honor, reputación, y vida privada, asumiendo que el habeas data, "...es un medio de defensa contra excesos del "poder informativo" y para tutelar el *derecho a la autodeterminación informativa*, no para tutelar otros derechos como los antes señalados por el fallo."

⁴²⁴ Caso remitido a la Sala Constitucional, proveniente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contentivo de la acción de *habeas data* interpuesta por **JAIME OJEDA ORTIZ**, contra las Consultorías Jurídicas del Ministerio de la Defensa y de la Armada. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2551-240903-03-0980.htm>

Consultada el 20 de noviembre de 2012.

La preocupación de la SC, para la presente oportunidad, es la ausencia de una ley que regule el procedimiento para el habeas data, por lo que establece las siguientes variantes procesales:

- Al admitirse el recurso, se comunicará al accionante que tiene la carga de promover en un lapso de cinco (5) días después de su notificación, a menos que se encuentren a derecho, toda la prueba documental de que dispongan, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos si los hubiere.
- En el caso de los demandados, éstos procederán a contestar por escrito la demanda, sin que sean admisibles cuestiones previas, sin citas jurisprudenciales ni doctrinales, y que además contendrá la promoción y producción de la prueba documental de que dispongan y de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.
- A partir de la contestación, el tribunal aplicará para la sustanciación de la causa, lo dispuesto en los artículos del 868 al 877 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo las partes promover, en el término señalado en el artículo 868 citado, las pruebas que creyeren convenientes ofrecer, conforme al artículo 395.

Luego de la referida decisión del 2003, no es sino en el año 2009, esto es, seis años después que la SC retoma algunas variantes en cuanto al habeas data en el caso **MERCEDES JOSEFINA RAMÍREZ**, en la sentencia Nro. 1511,⁴²⁵ del 9 de noviembre. Aquí, ante la revisión del artículo 28 de la Constitución, indica que:

⁴²⁵ Se trató de una acción de habeas data contra la "Unidad Nacional de Psiquiatría (rectius: Centro Hospital de Neuro Psiquiatría 'Dr. Jesús Mata de Gregorio' Sebucán-Área Metropolitana de Caracas)", en la cual se solicitó la destrucción de un dato que se encuentra registrado en la historia clínica N°

- El artículo 28 no ha sido objeto de desarrollo legislativo.
- Desde la sentencia Nro. 2551, la SC había aprobado e implementado un procedimiento.
- Ratifica que el artículo 28 establece los derechos al "...acceso a la información y datos sobre las personas o sus bienes; el conocer el uso y finalidad de la información; la actualización, rectificación o destrucción de la información que resulte errónea o violatoria de sus derechos; y el acceso a documentos que contengan información de interés para comunidades o grupos de personas.
- Que los derechos y garantías constitucionales del artículo 28 denominadas (habeas data) no involucran "...directamente nulidades, ni indemnizaciones, sino otorgan situaciones jurídicas esenciales al ser humano: como es la existencia de un recurso sobre su persona en archivos públicos o privados, por lo que no resulta vinculante para el Juez Constitucional lo que pida el quejoso, sino la situación fáctica ocurrida en contravención a los derechos y garantías constitucionales y los efectos que ella produce, que el actor trata que cesen y dejen de perjudicarlo; o simplemente la información sobre sí mismo que tiene derecho a conocer existente en los registros público o privados.”.

- Que para poder garantizar el derecho constitucional “...que se acciona en *habeas data* se requiera de un procedimiento judicial especial preferente y sumario...”.

En virtud de las consideraciones descritas, en la cuales no se puede apreciar ningún avance del denominado derecho de *habeas data*, la SC perfecciona únicamente el procedimiento judicial, hasta tanto la Asamblea Nacional legisle al efecto. Para ello establece que:

“1.- El proceso se iniciará por escrito y el demandante deberá señalar en su solicitud las pruebas que desea promover. El incumplimiento de esta carga producirá la preclusión de la oportunidad, no sólo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino también de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos con que cuenta el demandante para incoar la acción.

Asimismo, se destaca que la parte accionante deberá consignar, conjuntamente con el libelo de la demanda, el documento fundamental de su pretensión, con el objeto de cumplir con lo señalado en la sentencia N° 1281/2006, caso: *Pedro Reinaldo Carbone Martínez*.

Las pruebas se valorarán por la sana crítica, excepto la prueba instrumental que tendrá los valores establecidos en los artículos 1359 y 1360 del Código Civil para los documentos públicos, y en el artículo 1363 *eiusdem* para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos.

2. Admitida la acción se ordenará la notificación del presunto agravante para que concurra ante la Secretaría de esta Sala a conocer el día y la hora en que se celebrará la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su práctica dentro de las noventa y seis (96) horas siguientes a partir de la última de las notificaciones ordenadas.

Para dar cumplimiento a la brevedad y para no incurrir en excesivos formalismos, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico o cualquier medio de comunicación interpersonal, dejando el Secretario de la Sala constancia detallada en autos de haberse efectuado la notificación y de sus consecuencias.

3. Se ordenará la notificación del Fiscal o Fiscalía General de la República.

4. En la oportunidad fijada para la celebración de la audiencia oral y pública las partes oralmente propondrán sus alegatos y defensas. La Sala decidirá si hay lugar a pruebas. Las partes podrán ofrecer las que consideren legales y pertinentes. Los hechos esenciales para la defensa por el presunto agravante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta al igual que las otras circunstancias del proceso.

5. En la misma audiencia, la Sala Constitucional decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias; y de ser admisibles ordenará su evacuación en la misma audiencia, o podrá diferir la oportunidad para su evacuación.

6.- La audiencia oral debe realizarse con presencia de las partes, pero la falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos de que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en el cual podrá inquirir sobre los hechos alegados en un lapso breve. La falta de comparecencia del presunto agravante no acarreará la admisión de los hechos, pero la Sala podrá diferir la celebración de la audiencia o solicitar al presunto agravante que presente un informe que contenga una relación sucinta de los hechos. La omisión de la presentación del referido informe se entenderá como un desacato.

7. En caso de *litis consorcios* necesarios activos o pasivos, cualquiera de los *litis consortes* que concurren a los actos representará al consorcio.

8. El desarrollo de las audiencias y la evacuación de las pruebas estarán bajo la

dirección de la Sala Constitucional manteniéndose la igualdad entre las partes y el derecho de defensa. Todas las actuaciones serán públicas, salvo que la Sala decida que la audiencia sea a puerta cerrada de oficio o a solicitud de parte por estar comprometidas la moral y las buenas costumbres, o porque exista prohibición expresa de ley.

9. Una vez concluido el debate oral los Magistrados deliberarán y podrán:

a) decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrán de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El dispositivo del fallo lo comunicará el Magistrado o la Magistrada presidente de la Sala Constitucional, pero el extenso de la sentencia lo redactará el Magistrado Ponente.

b) Diferir la audiencia por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba o recaudo que sea fundamental para decidir el caso. En el mismo acto se fijará la oportunidad de la continuación de la audiencia oral.

10.- Lo correspondiente a la recusación y demás incidencias procesales y, en general, en todo lo no previsto en el presente procedimiento se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”.

Así mismo, establece como criterio vinculante el procedimiento previsto en dicha sentencia, y reglas transitorias para las causas en trámite.

De modo que, como colofón inicial del periodo o primera visión de la SC al marcar el destino y revisión del artículo 28 de la Constitución, denominado el habeas data, especialmente dado entre el año 2000 al 2001 se puede afirmar que se asume como:

a) El derecho a recopilar información de otros,

- b) El derecho al acceso a la información, vinculado al acceso a la información pública (artículo 143 de la Constitución),
- c) Se trata de un derecho a controlar la información recopilada (actualizar, rectificar y cancelar).
- d) Que además de derecho, también se trata de un instrumento procesal (una garantía para otros derechos), actuando como protector de los derechos de la personalidad,
- e) Un recurso cuyo procedimiento ha establecido el Tribunal Supremo de Justicia ante la ausencia legislativa.

En ese mismo orden y dirección a partir del año 2001 hasta el año 2009, el habeas data adquiere una redefinición procesal, circunscribiendo su estudio y revisión a la acción de habeas data o figura instrumental como derecho garantía, sin establecer ninguna revisión posterior, sino ajustar el procedimiento ante la ausencia de ley, desde la Sala Constitucional.

Sin embargo, en el año 2010 se modifica la Ley del Tribunal Supremo de Justicia y esta modificación incluye, la primera regulación sobre el habeas data, a través de la cual se recogen algunos de los lineamientos procesales establecidos por la Sala Constitucional en las decisiones descritas. Aspectos que evalúan de seguida.

1.1. La ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Habeas Data.

En el transcurrir de la primera visión (que se ha denominado procesal) del derecho a la protección de datos de carácter personal, concebido como el habeas data; luego de la sentencia Nro. 1511 del 2009, el 11 de mayo del 2010 la Asamblea Nacional de Venezuela, sanciona una nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,⁴²⁶ en la cual se establece el nuevo procedimiento de habeas data en

⁴²⁶ Reimpresión y correcciones finales que fueron publicadas en la Gaceta Oficial N° 39.522 del 01 de Octubre de 2010.

Venezuela. Siendo por tanto, la primera Ley en regular la materia luego de haberse previsto en la Constitución de 1999.

Ahora bien, la nueva Ley pudo haber avanzado mucho más en el desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, principalmente ante la opción de poder deslindar el contenido del nuevo derecho del eje procesal, aspecto que no resolvió, sino que se adecuó a resolver el asunto procesal netamente, llevando al contexto legislativo los elementos y contenidos jurisprudenciales.

Es así como, las regulaciones se contemplan en los artículos 167 al 178 de la Ley, bajo un corte procesal, a los fines de llenar los vacíos existentes: demanda: requisitos, procedimiento, decisión, recursos, entre otros. Sin embargo, conviene rescatar algunos elementos conceptuales que se incorporan.

Establece la Ley (en su artículo 167), al referirse a la demanda de habeas data, que todas las personas (sin alusión a personas naturales o jurídicas), tienen derecho a conocer los datos que a ella se refieran, así como su finalidad, sean que consten ellos en registros o bancos de datos públicos o privados; y de ser el caso a solicitar la supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o el uso correcto de los datos cuando resulten inexactos o agraviantes.

Aquí es importante comentar, dichos elementos, toda vez que, en el descrito artículo, si bien se refleja la doble visión del habeas data (acceso y control posterior a la recogida), descrita y asumida por el Tribunal Supremo en Sala Constitucional desde el año 2000, abandonándose así del concepto del habeas data el derecho de las personas a recopilar los datos de otros. Tampoco, se refiere la Ley a la relación protectora del habeas data frente a otros derechos (intimidad o vida privada). Además, se integra un nuevo concepto que no aparece en el artículo 28 de la Constitución, pero sí en el artículo 60, que es el de la confidencialidad. Es decir,

mientras el artículo 28 se refiere al derecho a actualizar, rectificar o suprimir información, es en el artículo 60 de la Constitución cuando se habla del derecho a la intimidad, vida privada, confidencialidad, honor, entre otros. Pareciera la ley vincular el artículo 28 y el artículo 60, pero sin mayor evidencia.

En todo caso, es el artículo 167 de la Ley, la única disposición que hace una incorporación conceptual inicial, un tanto ambigua e incompleta, y con un marcado énfasis en el ámbito procesal. De modo que no regula la Ley aquellos aspectos sobre la determinación si se está ante un derecho, una garantía o un derecho garantía y si éste se relaciona o vincula con la intimidad y la vida privada o con el derecho al acceso a la información pública (artículos 60 y 143 de la Constitución) entre tantas interrogantes.

De acuerdo a lo descrito, a partir del artículo 167, se plantea que las demandas de habeas data se pueden presentar siempre que aquel que administre la base de datos, se abstenga en responder el requerimiento formulado por el afectado (teniendo el administrador el lapso de respuesta de veinte días hábiles) o proceda a dar respuesta negativa.

Un asunto importante, es la competencia que originalmente había asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ahora, con base al artículo 169, es una competencia de los Jueces de Municipio con competencia en lo Contencioso Administrativos y bajo el ámbito territorial enmarcado en el domicilio del solicitante. Se trata de una demanda escrita (no se plantea la oralidad como una forma posible), la cual debe estar acompañada con los documentos fundamentales (teniendo la opción el solicitante de indicar la imposibilidad de su presentación).

Luego de la admisión, dispone el artículo 170, que el Tribunal debe ordenar al presunto agravante que presente un informe dentro de los cinco días de su notificación, sobre los hechos controvertidos, conllevando la falta de remisión del

informe, la aplicación de multas. En todo caso, dicha disposición otorga al Juez la potestad de evacuar de forma oficiosa las pruebas que juzgue necesaria.

Una vez que sea recibido el informe o se evacúen pruebas por parte del Juez, existe para el solicitante la oportunidad de hacer observaciones, en el lapso de tres días siguientes. Concluido el lapso, el Tribunal tiene cinco días para decidir la causa. Sin embargo, puede convocar si la complejidad así lo amerita, a una audiencia pública. Todo ello, conforme al artículo 171.

Con la sentencia (con base al artículo 172) se puede ordenar la exhibición, supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización de datos, so pena de la aplicación de penas de prisión hasta de un año. De acuerdo, al artículo 173, contra la decisión existen tres días –de su publicación o notificación- para ejercer el recurso de apelación.

En ese mismo sentido, plantea la Ley el procedimiento ante el Juzgado Superior, quien conocerá de la alzada. Aquí, siguiendo lo dispuesto en el artículo 174, se otorga a las partes cinco días luego del recibo del expediente para que presenten sus escritos ante el Tribunal de Alzada y concluido dicho lapso, el Tribunal deberá decidir dentro de los treinta días continuos siguientes. Además, un aspecto innovador es que la decisión no tendrá recurso de casación.

De modo particular, conforme al artículo 175, se disponen de procesos sumarios en casos de corrección, esto es, ante errores numéricos o materiales, se tramitarán ante el Juez y con los medios probatorios conducentes (entendiendo que no entran en ellos los casos del Registro Civil, regulado por leyes especiales, entre otros).

Otro aspecto son las medidas cautelares. Prevé el artículo 176, la posibilidad de solicitar las mismas en cualquier estado y grado del proceso, incluso de oficio. Se entiende que los actos serán públicos, salvo situación justificadas que pueden requerir la reserva del expediente. Finalmente, las notificaciones puede realizarse

por boleta, comunicaciones telefónicas, telegramas, correo electrónico o cualquier otro medio, sin mayor desarrollo.

De lo analizado, se observa que si bien Ley del Tribunal Supremo regula por primera vez en Venezuela la figura del habeas data, cuya estructura procesal se enmarca en un proceso sencillo y simple, se esperaba una regulación mucho más completa, actualizada y más allá de lo procesal, en la cual se establecieran los conceptos básicos y se diera el salto hacia la configuración adecuada del derecho a la protección de datos de carácter personal, incluso más allá del simple acceso y control, y especialmente se estableciera el contenido esencial del derecho.

Como se ve no fue así, e incluso, pudiera considerarse un retroceso, el hecho de que la SC no tenga ahora inherencia directa, toda vez que no se establece como uno de los tribunales con competencia judicial ante el habeas data.

En todo caso, eso no ha sido obstáculo para el reconocimiento del nuevo derecho en Venezuela. Y esto se afirma, porque tal como se ha, el Tribunal Supremo de Justicia –en SC- ha recorrido caminos paralelos en la materia. El primero –ya comentado- mediante el habeas data; y el segundo, centrado en derecho a la protección de datos. Esa otra visión o tratamiento paralelo, hecho por el mismo Tribunal Supremo de Justicia –en SC- se constituye de una visión preliminar bajo la llamada autodeterminación informativa, y luego por el reconocimiento expreso de lo que hoy se conoce como el derecho a la protección de datos.

2. Las sentencias sobre la autodeterminación informativa y el reconocimiento del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal. El énfasis en el derecho fundamental.

Así como, en las sentencias revisadas, en las cuales es el habeas data, el centro de revisión por parte del Tribunal Supremo de Justicia en SC, este mismo Tribunal –en casos vinculados al contexto bancario e información de riesgo de los usuarios-

emprende un camino paralelo, que se abre en el año 2005 con el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa y que en el año 2011 continúa con el reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal.

2.1 La primera sentencia. La autodeterminación informativa.

La primera sentencia que se nombra es la Nro. 4975⁴²⁷ del 15 de diciembre de 2005, en el caso G.A.N.B., INSPECTORES DE RIESGOS ASOCIADOS, S.A. En el presente caso es importante conocer los antecedentes, para luego apreciar las consideraciones de la SC.

Se trató por tanto de un caso de revisión constitucional de la sentencia del 28 de marzo de 2005, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. En dicha, sentencia se había declarado con lugar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad mercantil Banesco, Banco Universal, C.A. contra la decisión dictada el 2 de febrero de 2005, por el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; por lo se declaró sin lugar el amparo constitucional interpuesto por la sociedad mercantil INSPECTORES DE RIESGOS ASOCIADOS, S.A.

Bajo dicho recurso, los solicitantes argumentaron:

⁴²⁷ Se trató de un caso de revisión constitucional de la sentencia dictada el 28 de marzo de 2005, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual se declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad mercantil Banesco, Banco Universal, C.A. contra la decisión dictada el 2 de febrero de 2005, por el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; en consecuencia, revocó la sentencia apelada y declaró sin lugar el amparo constitucional interpuesto por la sociedad mercantil accionante. La sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/4975-151205-05-0952.htm>

[Consultada el 28 de noviembre de 2012].

“Que la sentencia objeto de revisión, violó el principio de congruencia, establecido en el artículo 243.5 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la misma tergiversó los argumentos alegados en la instancia, decidiendo sobre hechos los cuales no fueron objeto de la pretensión de amparo constitucional.

Que el objeto de la acción de amparo no versaba sobre el incumplimiento de una norma de rango legal, sino en la falta de actualización financiera por parte de Banesco ante el Sistema de Información Central de Riesgos, no modificando el estatus del riesgo crediticio, generaba la violación de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 112 y 177 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Que al efecto denunció la violación de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso, consagrados en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En cuanto a la sentencia sujeta a revisión, como se observa, parte de la construcción argumental del Tribunal Superior, fue establecer las razones por las cuales había declarado sin lugar el amparo solicitado. De ella conviene rescatar:

“De la revisión de la solicitud de amparo se evidencia, que la parte accionante deriva las pretendidas lesiones de orden constitucional de la exigencia, por parte de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, de mantener actualizado el Sistema de Información Central de Riesgos.

(...) dada la exposición de la accionante sobre la norma de rango legal, artículo 192 del Decreto N° 155 con fuerza de Ley de Reforma de la Ley

General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que a su juicio, respalda el ejercicio de sus derechos a disponer de bienes y servicios públicos de calidad y a la libertad económica y garantía al libre comercio, respectivamente, consagrados en los artículos 117 y 112 de la Constitución, no podría esta Alzada entrar a determinar la vulneración de esos derechos sin antes hacer un análisis del régimen jurídico infraconstitucional, a que se ha hecho referencia, lo cual rebasa el ámbito del amparo constitucional, donde lo esencial para la determinación o no de la lesión denunciada, es la confrontación directa entre el hecho u acto calificado como dañoso –en el caso de autos la permanencia del accionante en el Sistema de Información Central de Riesgos- y las disposiciones constitucionales relativas a los derechos que se dicen conculcados, motivo por el cual la misma debe desestimarse, y así se declara.

De manera que, conoce la SC (bajo su potestad de centralizar de revisión de las decisiones derivadas en amparo, conforme lo establece el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución) de un caso de supuesta actualización y por ende violación a las libertades económicas y la garantía al libre comercio, por parte del Sistema Información de Riesgos (SICRI). Nótese, no se maneja bajo la figura del habeas data, y mucho menos se plantea la violación de los artículos 28 o 60 de la Constitución, sino de la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y al debido proceso, consagrados en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A partir de lo afirmado, el primer asunto que debía resolver la SC era determinar “...si en el presente caso ciertamente la presunta vulneración del deber legal establecido en el artículo 192 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley

General de Bancos y otras Instituciones Financieras, por parte de las instituciones financieras de actualizar el Sistema de Información Central de Riesgos, vulnera de manera fundamental otros derechos constitucionales.”.

Se trata, por tanto, del establecimiento en Venezuela del llamado registro de información de riesgos crediticios, en el cual se encuentra el historial crediticio de los clientes de las instituciones financieras, con la correspondiente información del riesgo crediticio asignado a un determinado cliente, de conformidad con lo establecido en el Decreto Presidencial de Sistema de Información Central de Riesgos publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.479 del 19 de junio de 1998.

En esa revisión y determinación con base al Decreto Presidencial de Sistema de Información Central de Riesgos y la Constitución la SC establece un conjunto de criterios que tienen una importancia en la materia que ocupa, toda vez que:

- Asume el término dato y algunos criterios que tienen que ver con su tratamiento. Principalmente, la obligación para el administrador (entrega, seguridad y carácter confidencial). Ello se desprende de las consideraciones previstas sobre el Sistema de Información Central de Riesgos, el cual “...al estar constituido por las mismas instituciones financieras (artículo 2 *eiusdem*) y, son estas entidades las cuales se encuentran obligadas a suministrar dichos datos (artículo 5), datos éstos que deberán mantenerse en la más estricta **seguridad y con carácter confidencial** (artículo 9), y que sólo serán suministrados a los interesados (artículo 10) y a las demás instituciones financieras, sin relevar la institución acreedora de la obligación crediticia (artículo 6).”.⁴²⁸

⁴²⁸ Resaltado nuestro.

- Asume el derecho a la autodeterminación informativa y sus principios. Ello, se desprende de la afirmación que "... la utilización de dicho sistema no se constituye como un mecanismo arbitrario y anárquico de los datos personales de los usuarios de la cartera crediticia bancaria, siempre y cuando se respeten los derechos y principios básicos de la **autodeterminación informática**, así como los principios de proporcionalidad, racionalidad, confidencialidad, veracidad y utilización acorde con la solicitud recabada, sin que se acuerde una intromisión en los datos personalísimos del ciudadano (vgr. Enfermedades, relaciones sexuales, antecedentes penales)".⁴²⁹ La sentencia, posee una riqueza importante en lo que respecta al derecho de protección de datos, porque establece su existencia en Venezuela, además de los principios que son propios a dicho concepto (proporcionalidad, racionalidad, confidencialidad, veracidad y utilización acorde a la solicitud), pero a la vez reconociendo la existencia de datos sensibles o de tratamiento especial o "*datos personalísimos*".
- Vinculación de los derechos o *datos personalísimos* con el derecho a la protección de datos de carácter personal. Al entrar al análisis de dicho derecho a la protección de datos de carácter personal, si bien la SC lo asume como autodeterminación informativa, además la SC a lo vincula con el artículo 60 de la Constitución, porque éste –según su decir- plantea límites, afirmando que "...los derechos personalísimos del ser humano como la intimidad, el honor, su propia imagen, confidencialidad, reputación y vida privada, consagrados en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sólo operan contra los órganos de la Administración sino contra los particulares, y su objeto de protección se encuentra realmente dirigido a las injerencias de los medios informáticos consagrados en el único aparte del referido artículo cuando expresa: "*La ley limitará el uso de la*

⁴²⁹ Ídem.

informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

- Establece que el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal (asumido como autodeterminación informativa) nace a partir del artículo 60 de la Constitución. En ese orden, dispone que –refiriéndose al artículo 60- “El precitado artículo consagra el llamado derecho de autodeterminación informativa el cual tiene como consecuencia el control que posee cada ciudadano frente a la información que les concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, dignidad y su libertad ante las injerencias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no sólo sus relaciones afectivas o sexuales, sino también la esfera de confianza que abarca toda la información de un sujeto como afinidad o parentesco, entre otras. Asume así la SC, el nacimiento del nuevo derecho desde el artículo 60⁴³⁰ de la Constitución, sin tomar en cuenta el artículo 28, ni ninguna de las previsiones judiciales de las sentencias ya comentadas,⁴³¹ y además fundamentándose en el profesor PÉREZ LUÑO, quien “...entiende que la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, son en cierto modo sinónimos, ya que constituyen un nuevo derecho fundamental que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en base de datos, controlar su calidad o que impliquen la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados; y disponer sobre su transmisión. (Vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María; “*La Defensa de la Intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*”, Editorial Aranzadi, 1999, pp. 25-26).”.

⁴³⁰ Que como ya se ha afirmado, representa una copia –disminuida- del artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978, y disminuido porque sólo incorporó ese numeral y no todo el artículo.

⁴³¹ Sentencias Nros. 1048 (2000), 1050 (2000), 1053 (2000), o la 332 (2001), todas de la misma Sala Constitucional.

- El reconocimiento de los principios de consentimiento, información, protección y secreto. Dispone la SC que además de los principios descritos (confidencialidad, proporcionalidad, finalidad, entre otros), existe, además “...el derecho de información en la recopilación de datos, el consentimiento del afecto, la protección de los datos y el deber de secreto, así como la seguridad de los mismos.” En todo caso, no hace la SC –mediante la sentencia- un exhaustivo desarrollo de dichos principios, sino que los plantea, con el objeto luego de atender la actualización necesaria que debe existir en el SICRI y bajo ese razonamiento acordar que la “... falta de remisión de la entidad financiera, ha menoscabado de manera directa y flagrante el derecho constitucional a la libertad de empresa de la accionante, por cuanto ésta se ha visto perjudicada para la solicitud de otros créditos con otras instituciones financieras, como consecuencia de su calificación dentro del sistema de riesgos crediticios.”.
- La incorporación de los términos “derecho a la protección de datos”. Establece también la SC los término de protección de datos al referirse a otros principios de la materia al indicar “...Así pues, dentro de dichos principios inspiradores de la protección de datos personales...”. Con ello, pareciera aludir indistintamente a autodeterminación informativa, libertad informática y protección de datos.

Ahora bien, aunque la sentencia dispone que el derecho a la autodeterminación informativa atiende al control sobre información personal, sea íntima o no, dentro de su argumentación la SC vuelve a indicar que debe existir ponderación entre “...la libertad de información y el derecho a la intimidad, honor y confidencialidad...”. Así como, al disponer que deben existir otros principios en el derecho a la protección de datos, que ellos se encuentran “...en consecuencia, íntimamente relacionados con el derecho a la intimidad...”.

En todo caso, se aprecia el establecimiento de un nuevo derecho en Venezuela, cuyo punto de partida es el artículo 60 de la Constitución venezolana, el cual se asume bajo una terminología indistinta (autodeterminación informativa, libertad informática o protección de datos), entendido –bajo la visión de la SC, tomando como base la posición de Pérez Luño- como un nuevo derecho fundamental, con el cual se garantiza la facultad de conocer y acceder a la información “...a las informaciones que les conciernen archivadas en base de datos, controlar su calidad o que impliquen la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados; y disponer sobre su transmisión.”. Que además, el mencionado derecho se vincula directamente con el derecho a la intimidad y finalmente, el cual se sustenta en un conjunto de principios: entrega de la información, seguridad, carácter confidencial, finalidad, proporcionalidad, consentimiento, información, protección y secreto.

No cabe duda que, el avance, reconocimiento y nuevo criterio coloca en una posición distinta al nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, pero una clara confusión entre la concepción desde el habeas data y ahora desde el artículo 60, porque al asumir el derecho y apreciar los argumentos expresados por la SC, tanto en las sentencias 1048, 1050, 1053, 332, y ahora la sentencia Nro. 4975, en ambos casos se habla de lo mismo (aunque con posibilidades de mejora), pero en definitiva de lo mismo, sin embargo, bajo un énfasis procesal y otro desde el ámbito de la progresividad de los derechos fundamentales.⁴³²

⁴³² De hecho en la ya citada sentencia 1050, del 23 de agosto de 2000, la SC estableció –en relación al artículo 28- lo siguiente:

“El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras. [...] y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son:

Sin embargo, esa visión integradora no aparece sino después de seis años. A partir de la sentencia Nro. 1318,⁴³³ como a continuación se plantea.

2.2 La visión integradora del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal.

Como se afirmó, con la sentencia Nro. 1318, del 4 de agosto de 2011, caso **GERMÁN JOSÉ MUNDARAIN HERNÁNDEZ** (como Defensor del Pueblo), donde se plantea lo que se ha denominado, la visión integradora de la SC y lo que se asume como una oportunidad de articular esas dos posiciones desde el mismo Tribunal.

-
- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
 - 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
 - 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
 - 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
 - 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
 - 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
 - 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

⁴³³ Se trató del recurso de nulidad parcial por inconstitucionalidad del artículo 192 del **DECRETO N° 1.526 CON FUERZA DE LEY DE REFORMA DE LA LEY GENERAL DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS**, del 3 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001, dictado por el Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el literal d del artículo 1 de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 7.076 del 13 de noviembre de 2000, y, por vía de consecuencia, “*sea declarada la nulidad parcial de los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.484, de fecha 26 de junio de 1998, emitida por la Junta de Emergencia Financiera*”.

La sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1318-4811-2011-04-2395.html>

[Consultada el 28 de noviembre de 2012].

En el presente caso, conoce la SC de un recurso de nulidad contra el Decreto Nro. 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. De manera que atiende, en cierto sentido a un caso parecido al de 2005, aunque aquí bajo una connotación mayor (nulidad de la Ley), siendo la argumentación del Defensor del Pueblo la siguiente:

“sea declarada la nulidad parcial de los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.484, de fecha 26 de junio de 1998, emitida por la Junta de Emergencia Financiera”, con base en los siguientes argumentos:

1.- Que “...(s)obre la base de lo dispuesto en el artículo 192 del DLRLGBIF, denunciado como inconstitucional, en concordancia con la normativa contenida en la Resolución número 001-06-98 dictada por la Junta de Emergencia Financiera, los bancos, entidades de ahorro, otras instituciones financieras y demás personas jurídicas cuyas leyes especiales les permita o atribuyan facultades crediticias y que hayan sido autorizadas para ingresar al Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI), han venido utilizando la información contenida en dicho sistema en detrimento de los deudores, en el sentido de que los entes crediticios distintos a aquél que estableció la relación jurídica con el beneficiario del crédito, manipulan sus datos de identificación, el resumen de su deuda y su situación de morosidad, a los fines de calificarlo según su situación crediticia y establecer su capacidad de pago, estigmatizándolo como de alto o bajo riesgo para asumir nuevas obligaciones crediticias”.

2.- Que “(p)or una parte el Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI) otorga la información a la entidad ajena a la relación crediticia del deudor, sin el conocimiento, autorización ni consentimiento de éste, y por otra parte, la entidad luego de manipular y calificar la

información suministrada, no comunica al usuario las razones por las cuales le niega el crédito, configurándose una verdadera sanción vitalicia - muerte civil- que le impide al deudor contar con los servicios de la banca a pesar de poder haberse modificado las condiciones de capacidad de pago del mismo”.

3.- Que “...de acuerdo al artículo 6 de la Resolución Número 001-06-98 dictada por la Junta de Emergencia Financiera con base en la norma impugnada, ‘en ningún momento se identificarán a las instituciones acreedoras’. Es decir, paradójicamente se previó una medida de protección para la banca en cuanto a no revelar la identificación de la entidad acreedora, pero no se estableció ninguna medida que garantizara la protección de los datos personales del usuario, los cuales son utilizados indiscriminadamente e ilimitadamente incluso por instituciones bancarias ajenas a la relación jurídica establecida por el deudor”.

4.- Que “...el uso indiscriminado e ilimitado por parte de la banca respecto de tales registros, no solamente ha desvirtuado la ratio essendi del SICRI, cual es la evaluación de los niveles de riesgo del sistema financiero nacional, sino que también lesiona derechos subjetivos, legítimos, personales y directos de los usuarios de la banca, y viola íntegramente sus derechos fundamentales de acceso a la información y a su vida privada e intimidad, contemplados en los artículos 28 y 60, respectivamente de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

5.- Que “...el SICRI como ente recopilador de datos personales de los beneficiarios de créditos tiene la obligación, en primer lugar de dar el uso adecuado a la información que registra, y en segundo lugar, de respetar el derecho que tienen los usuarios a la protección de la vida privada e intimidad...”.

6.- Que, de conformidad con el artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, en concordancia con los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Resolución Número 001-06-98 dictada por la Junta de Emergencia Financiera, se

permite que *“...terceros ajenos al deudor tengan acceso a la información registrada en los archivos del SICRI por el hecho de que la data se encuentra completamente disponible para los integrantes del sistema (entidades financieras y de carácter crediticio) sin ningún tipo de restricción y sin que el particular tenga conocimiento de tal información”*.

7.- Que *“(e)n cuanto al segundo derecho reconocido en el artículo 28 constitucional, es decir, el derecho de acceso por parte del particular a la información que sobre su persona o sus bienes haya sido recopilada, debe señalarse que en el presente caso se encuentra total y absolutamente vulnerado en perjuicio de los beneficiarios de los créditos, toda vez que el SICRI difunde la información personal relacionada con la situación crediticia del deudor a todos los bancos y entidades crediticias, sin que este tenga conocimiento del manejo que se efectúa de tales registros, y por lo tanto sin su consentimiento ni autorización”*.

8.- Que, *“(l)a banca ha continuado desarrollando tales prácticas en perjuicio de los deudores incluso en desacato de las directrices emanadas del órgano rector del sector como lo es la propia SUDEBAN que no solo no se hace responsable de la información errada o inexacta (artículo 12 de la Resolución N° 001-06-98) sino que a su vez ha instruido a las instituciones financieras mediante las circulares BSIF-GTI-6745, de fecha 14 de septiembre de 2001; la Resolución 146-02, de fecha 28 de agosto de 2002, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.517, de fecha 30 de agosto de 2002, en el sentido de no solicitar la consulta detallada del SICRI como un requisito para el trámite de un crédito”*.

9.- Que igualmente la banca, mediante la circular SBIF-CGCJ-GALE-03585 del 17 de marzo de 2004, *“...instruye a las instituciones financieras a que deben aperturar las cuentas de nómina a pesar de que los cuenta habientes reflejen posiciones deudoras negativas en el SICRI...”*.

10.- Que tales situaciones, violan a los usuarios el derecho constitucional a obtener bienes y servicios públicos de calidad *“...ya que el servicio*

bancario es un servicio público tal como se desprende de lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”.

11.- Que igualmente se violan a los usuario del sistema financiero “...su derecho a la vida privada, intimidad y confidencialidad...”, previsto en el artículo 60 constitucional.

I. Solicitaron: a.- Que de conformidad con el artículo 21, párrafo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se sustancie y tramite el presente caso como de mero derecho. b.- Que se declare la nulidad parcial del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y, c.- Que, por vía de consecuencia, se declare la nulidad parcial de los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, del 26 de junio de 1998, dictada por la Junta de Emergencia Financiera, y, de forma subsidiaria de ser improcedente la nulidad parcial solicitada, los mismos sean desaplicados y reinterpretados.

De esta manera, es interesante como el Defensor del Pueblo, delata que las instituciones financieras, por vía del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y con base a los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, del 26 de junio de 1998, vulneran el artículo 28 y 60 de la Constitución.

Bajo esa petición, si bien la SC advierte que la nulidad solicitada era sobre el artículo 192, el cual se mantiene igual tanto a la Ley General de Bancos –citada- del año 2001, aunque se produjo la reforma a la Ley, mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892 del 31 de julio de 2008, luego por la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.947 extraordinario del 23 de diciembre de 2009, y posteriormente, por la Ley de Reforma Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la Gaceta Oficial

N° 39.491 del 19 de agosto de 2010; sin embargo, mediante la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, se modificó la regulación contenida en el mencionado artículo 192 objeto del recurso de nulidad interpuesto, por el artículo 90. Disposición que se mantiene exactamente en el artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.627 del 2 de marzo de 2011.

En dicho artículo 90 se dispone que:

“Artículo 90

Definición y uso del Sistema

El Sistema de Información Central de Riesgos es una base de datos o registro de la actividad crediticia del sector bancario nacional bajo la responsabilidad de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, el cual permite consultar la situación crediticia de los distintos usuarios y usuarias de las instituciones y cuya finalidad es precisar los niveles de riesgo.

*El Sistema de Información Central de Riesgos será utilizado por las instituciones bancarias para realizar consultas automáticas de la información consolidada en el Sistema. **Queda terminantemente prohibido el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en esta Ley, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación.***

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario solicitará información a otras instituciones públicas y privadas sobre el comportamiento en la cancelación oportuna de servicios públicos de las personas naturales o jurídicas, sean usuarios o no del sector bancario nacional, a fin de recopilar información adicional para facilitar la evaluación de riesgos, contribuir con las normas de identificación del usuario y

usuaria para la prevención de legitimación de capitales, y facilitar el acceso a productos crediticios a las personas sin historial bancario.

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará la normativa prudencial mediante la cual regulará, lo relacionado con la forma y oportunidad de transmisión, calidad de los datos transmitidos, exclusión o inclusión de usuarios, tiempo de permanencia en el Sistema de Información Central de Riesgos, verificación de la veracidad de la información y tramitación de reclamos”.

De esta forma, y con base a la nueva disposición, la SC ante la nueva regulación del “Sistema de Información Central de Riesgos”, evidencia que se generó una “...modificación del contenido de la norma originalmente impugnada, y que los argumentos contenidos en el recurso de nulidad no son trasladables a la norma contenida en el Parágrafo Único del artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual se incluye en una retícula normativa relativa al sigilo bancario.”.

Alude también la SC, a los criterios previstos en la sentencia Nro. 4975 del año 2005, antes comentada en cuanto al (SICRI). En todo caso, no posee desperdicio la sentencia, porque aunque establece que el “...recurso ha perdido su objeto respecto del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001 -artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario- y, por vía de consecuencia, “los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.484, de fecha 26 de junio de 1998, emitida por la Junta de Emergencia Financiera”,⁴³⁴ la SC aprovecha la oportunidad

⁴³⁴ Es interesante la sentencia, porque nos recuerda vía paralelismo –a nuestro modo de ver- la situación presente con las sentencias 290/2000 y 292/2000 del TC Español, porque aún con la

para ratificar la existencia del derecho a la protección de datos de carácter personal bajo una visión integradora.

Esos argumentos se pueden agrupar a los fines didácticos de la siguiente manera:

- La Inexistencia de un marco normativo sistémico en materia de protección de datos en Venezuela. Plantea la SC, que “...en la actualidad no existe un marco legal que regule en forma sistematizada la protección de datos y particularmente el llamado derecho de autodeterminación informativa, cuyo reconocimiento y contenido se deriva de la retícula normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la jurisprudencia vinculante de esta Sala, la cual reiteradamente ha señalado que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata (Cfr. Sentencia N° 1.050/00), en tanto los derechos y garantías constitucionales, cuyo ejercicio no han sido desarrollados por la ley, no por ello pierden vigencia y se hacen inaplicables, sino por el contrario vinculan de forma inmediata el ejercicio de las competencias entes y órganos que integran la administración y de los derechos y deberes de la sociedad en general.” Nótese aquí, como la SC integra la posición de habeas data que contiene la segunda sentencia Nro. 1050 del año 2000, en abordar el tema, y la conecta con la nueva concepción que inicia con la sentencia Nro. 4975 del año 2005. Aunque olvida la regulación prevista en el 2010, prevista en la nueva ley del Tribunal Supremo. Además, asume en primer término uno de los conceptos ya establecido “autodeterminación informativa”.
- La Constitución estableció de forma inicial una garantía judicial. Asume la Sala con valentía, que a los efectos de darle vida al artículo 28 (habeas data),

reforma de la LORTAD por la LOPD, Tribunal entro en la revisión del nuevo derecho y hoy son una de las bases del régimen de protección de datos.

“... realizó un conjunto de afirmaciones vinculantes en torno al derecho de toda persona de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados...”,⁴³⁵ para lo cual vincula la presente decisión a la ya citada sentencia Nro. 332/01. Ese criterio esencial de separar el habeas data (asumido ahora como garantía judicial) del derecho al acceso de la información y datos (concebido ahora como autodeterminación informativa), es de vital importancia en la construcción del derecho, unificando los dos criterios plasmados y asumidos. Por lo cual se ratifica la valentía y la posición de integración con las decisiones originarias. Así mismo, ello se confirma cuando la SC dispone que al analizar y traer a la sentencia aspectos referidos de la decisión Nro. 332/01, “...El anterior análisis, si bien se realizó fundamentalmente en orden a regular el ejercicio del *habeas data*, constituyen consideraciones de orden sustantivo que condicionan la regulación (legal o sublegal) vinculada a la protección de datos y, por lo tanto relevantes para el cumplimiento del deber de desarrollar el contenido del artículo 28 y otras normas vinculadas al mismo,...”. Es decir, asume la SC haber confundido el orden sustancial, referido al derecho fundamental con el orden procesal derivado de la garantía judicial (*habeas data*).

- Se establece en Venezuela el derecho a la protección de datos de carácter personal. Dispone la SC que la Constitución de Venezuela, recoge el derecho a la protección de datos de carácter personal, y lo concibe como “...un derecho fundamental autónomo que subyace en el contenido de los artículos parcialmente transcritos –refiriéndose a los artículos 20, 28, 60, 143-y que tiene como finalidad cardinal, permitir que todas las personas puedan

⁴³⁵ Resaltado nuestro.

controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, que evitar los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados. [...] “conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables” -Cfr. ANTONIO PÉREZ LUÑO. *Nuevos Derechos Fundamentales en la Era de la Tecnología: la libertad informática. Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, N° 2, 1989/90, p. 172-173-.” Ahora bien, con la presente sentencia se integra a las bases constitucionales del nuevo derecho los artículos: 20 (libre desenvolvimiento de la personalidad, 28 (acceso y control de la información), el 60 (vida privada) y el 143. (acceso a la información pública), así como, asume el concepto descrito por el profesor Pérez Luño.

- Se establece que el derecho a la protección de datos de carácter personal trasciende a la vida privada. Dispone la SC que el concepto del derecho a la protección de dato va más allá del “...resguardo del ámbito íntimo de la vida privada, y alcanza la posibilidad de controlar esa información, a los fines de asegurar a las personas frente al riesgo que supone el acopio y transmisión de sus datos, como una cuestión que en muchos casos se extiende (más allá del interés particular) a la necesidad de la sociedad en general de contar con medios que la protejan, ante el uso indebido de su información, la cual puede conducir a la negación de derechos fundamentales -vgr. participación- o en la ineficacia de las instituciones que hacen posible su ejercicio.”. También destaca que “... el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, claramente diferenciado del derecho a la intimidad personal y familiar de las personas...”. Con ello se ratifica que se está ante un derecho autónomo distinto a la vida privada.

- El derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho con un reconocimiento internacional (a nivel normativo). Dispone la SC que la regulación del derecho a la protección de datos, corresponde a un interés internacional que las sociedades modernas han desarrollado a nivel mundial. Algunos ejemplos son “...la Organización de las Naciones Unidas -vgr. Asamblea General, Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990-, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -vgr. Directrices Relativas a la Protección de la intimidad y de la Circulación Transfronteriza de Datos Personales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)-, normativas generales a nivel regional, como el Convenio Nº 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal o a nivel nacional, como en México, con normas como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.
- El derecho a la protección de datos de carácter personal, posee un reconocido judicial (el caso de Colombia o el caso de Español). También, cita la SC algunas consideraciones sobre el habeas data en Colombia (aludiendo a la sentencia T-414/92, en la cual y entre otras afirmaciones se indicó que”...*Por eso, a partir de la vigencia del art. 15 de la Carta del 91 y en desarrollo del mismo es indispensable la regulación integral del poder informático para poner coto a sus crecientes abusos. Así lo exige la adecuada protección de la libertad personal frente a los poderosos embates de las nuevas tecnologías”. O el caso español, a través de la sentencia 292/2000, ya comentada y que se refiere al contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal, en la cual afirmó que “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o*

un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”, añadiendo que “estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero” y, concluye que “son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”.

- La existencia de un conjunto de principios o garantías mínimas ante el tratamiento y procesamiento de datos, sean electrónicos o no, públicos y privados, salvo las excepciones de Ley. En ese orden y dirección, la SC agrupa nueve principios en materia de protección de datos como reglas o garantías para su tratamiento o procesamiento. Esos principios con carácter vinculante frente a toda normativa o sistema que contenga datos personales o cualquier tipo de información referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables, son los siguientes:

“1.- El principio de la autonomía de la voluntad. Lo cual comporta la necesaria existencia de un consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales.” En todo caso, plantea la Sala que las leyes pueden establecer excepciones al consentimiento. Ejemplo de ello es el levantamiento del secreto bancario cuando la información sea para fines oficiales (artículo 89 de la Ley de Instituciones Bancarias del Sector Público), en todo caso prevé el mismo artículo que “...*Los receptores o receptoras de la información a que se refiere el presente artículo, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido*”. Otro ejemplo, que plantea la Sala es en los casos de archivos policiales, donde tampoco se atenta contra el derecho fundamental (“...*sentencia del 29 de octubre de 2004 (caso: María Isabel Mijares Herbilla), [...] (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.526/09.)*”). Plantea la SC que con dicho principio se cimienta también el deber de información al interesado previamente o al momento de realizarse la recopilación, así como la identificación del responsable de los mismos, sobre los fines para los cuales se recogen los datos y las formas de hacer efectivo sus derechos frente a la recogida o tratamiento. Por esa razón, establece que dichas normas deben hacerse una realidad, mediante la regulación en el sistema bancario. Aquí, pareciera la SC integrar en un sólo principio el consentimiento y el derecho de información, además de establecer algunas excepciones que pueden relevar el consentimiento.

“2.- El principio de legalidad.” La recopilación de datos personales comporta que la limitación a la autodeterminación informativa, sea el resultado de normas de rango legal. Así, cualquier limitación al derecho a la “*autodeterminación informativa*” es admisible en la medida que resguarde un interés general superior que la ley tutele directamente o se fundamente en la Constitución, advirtiéndose en todo caso que las restricciones deberán ser

objeto de interpretaciones estrictas, por constituirse en normas restrictivas de derechos.” Así mismo, entera la SC en dicho principio, que toda recogida o procesamiento no debe hacerse por métodos desleales o ilegales, ni debe ser utilizada para fines contrarios a los principios y garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Aunque puede la Ley autorizar ciertos casos particulares por motivos de seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moralidad, por lo cual deberá analizarse cada caso en concreto, siempre que sea estrictamente necesario y no excesivo. Otro tipo de casos son aquellos datos que atiendan a la “...ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial y la vida sexual del afectado, los cuales sólo podrán ser tratados con su consentimiento, a menos que el afectado los hubiera hecho manifiestamente públicos, o cuando una ley así lo disponga.”

“3.- El principio de finalidad y calidad. La recopilación de datos personales debe responder a finalidades, motivos o causas predeterminadas, que no sean contrarias al ordenamiento jurídico constitucional y sectorial, lo cual se constituye además en un requisito necesario para obtener un consentimiento válido de conformidad con lo indicado en el principio de autonomía de la voluntad.” Por ello la finalidad debe ser determinada, explícita y legítima, lo cual implica la proporcionalidad, adecuación, pertinencia y no excesiva.

“4.- El principio de la temporalidad o conservación. La conservación de los datos se extiende hasta el logro de los objetivos para las cuales han sido elaborados, vale decir, que justificaron su obtención y tratamiento.”. Por ello, toda la información que sobre las personas sea recogida o registrada en entidades públicas o privadas debe ser actualizada; comporta para las entidades que se encargan de la recolección, tratamiento y circulación de datos la obligación de actualizar la información incluso de oficio.

“5.- El principio de exactitud y de autodeterminación. Los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, respondiendo a la verdadera situación de la persona a la que se refieran, ya que toda actividad que comporte la recopilación de datos personales puede ser objeto de control, el cual posee cada ciudadano frente a la información que les concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, dignidad y su libertad ante las injerencias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no sólo sus relaciones afectivas o sexuales, sino también la esfera de confianza que abarca toda la información de un sujeto como afinidad o parentesco, entre otras.” Para ello, se deben otorgar a los interesados procedimientos claros y expeditos para recabar del responsable del uso o resguardo, la confirmación de la existencia o no del tratamiento de datos que le conciernen, además, de la información relativa los fines de dichos registros y los destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; con lo cual se permitan-en el caso que así sea necesario- la rectificación o cancelación de los datos que pudieran resultar incompletos, inexactos, inadecuados o excesivos y lograr, que tales modificaciones sean del conocimiento de aquellos a quienes se les haya comunicado la información errada, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable.

“6.- El principio previsión e integralidad. La tutela de los derechos fundamentales vinculados con la recopilación de datos personales, debe plantearse inicialmente en relación con la protección del individuo contra la recopilación, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona en los términos antes expuestos, pero el análisis de la posible afectación de sus intereses o derechos, no puede hacerse en todos los casos aisladamente -vinculado a registros de información determinados-, sino necesariamente debe tomar en consideración los datos que integran otros registros y su posible vinculación, ya que si bien éstos pueden carecer en sí mismo de interés, alcanzan un nuevo valor o

significado de referencia, en relación con otros sistemas de registro de datos, más aún si se tienen presentes los actuales avances tecnológicos, por lo que no puede afirmarse que algunos datos carezcan *per se* de interés o relevancia jurídica.”

“7.- **Principio de seguridad y confidencialidad.** Corolario de los anteriores principios, es la necesaria garantía -según los casos- de confidencialidad, de no alteración de datos por terceros y del acceso a tales datos por parte de las autoridades competentes de conformidad con la ley. Por tanto, deberán adoptarse las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para proteger los datos contra su adulteración, pérdida o destrucción accidental, el acceso no autorizado o su uso fraudulento.” Dicho principio lo vincula la SC con el de finalidad y uso, quedando en aquél que maneja los datos personales, la obligación de guardar la debida reserva aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos. Ello a su vez, lo relaciona con la transferencia de datos, incluso a nivel internacional.

“8.- **Principio de tutela.**” Porque los ciudadanos “...deben contar con un medio extrajudicial que garantice su derecho a la protección de datos personales, lo cual se concreta en la existencia de órganos o entes públicos que ejercen dicha competencia, por lo que además de conocer de las reclamaciones que les sean dirigidas por los interesados, deberán en el marco del ordenamiento jurídico aplicable, tener la competencia para elaborar o implementar modelos simplificados basados en estándares técnicos, que permitan generar y medir el nivel de eficacia de las estructuras organizativas y procedimientos vinculados al cumplimiento y el grado de protección de los datos personales.”

“9.- **Principio de Responsabilidad.** La violación del derecho a la protección de datos personales debe generar de conformidad con el ordenamiento

jurídico aplicable, sanciones de tipo civil, penal y administrativas, según sea el caso.”

Con lo ya comentado, no cabe duda que la SC pudo deslindar y establecer una posición diferente a la concebida en las sentencias del 2000 y 2001 y se avanza en la diferencia entre el derecho y la acción judicial de habeas data.

Sin embargo, el criterio no ha sido absoluto ni se ha mantenido por la SC, y ello es apreciable en la sentencia Nro. 568,⁴³⁶ del 8 de mayo del 2012, en el caso JOSÉ RAFAEL CASTAÑARES FERNÁNDEZ. Ante una nueva acción de amparo que establece la SC que:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula el derecho a la vida privada y a la protección de datos en su artículo 60, al establecer:

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.

Asimismo, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, integrante del bloque de la constitucionalidad, establece:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

⁴³⁶ Sentencia ya cit. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/568-8512-2012-11-0855.html> [Consultada el 29 de noviembre de 2012].

Con las normas citadas se entiende que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida privada y la información referente al entorno personal, garantizando al justiciable que ante cualquier injerencia arbitraria, esto es no justificada, de sus datos podrá reclamar la limitación de su difusión; ello en virtud de las características que dimanar de la delimitación que realizó el Constituyente de dicho derecho y de su naturaleza relativa que le permite al legislador restringirlo para tutelar otros derechos o bienes constitucionales.”

Es decir, que la SC olvidó incorporar al artículo 20, 28, 143, como lo dispuso la sentencia Nro. 1318/2011, además de vincularlo con el derecho a la vida privada, cuando había establecido que se trataba de datos íntimos o no. Esa misma confusión se desprende de la siguiente aseveración:

“El hecho es que toda regulación o actividad vinculada al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal comporta la garantía de que los datos correspondientes (entendiéndose por dato toda información relacionada con un individuo identificado o identificable) sean tratados de modo leal y *respondan para fines concretos*, sobre la base del consentimiento del interesado o *como consecuencia de algún otro fundamento legítimo, previsto legalmente* (Vid. fallo N° 1318/2011), pues, al formar parte del ámbito privado de la persona, su tratamiento debe estar sometido a restricciones concretas de la ley.

Con lo cual, vuelve atrás la SC al vincular el derecho a la vida privada con el derecho a la protección de datos de carácter personal, sobre la base del artículo 60.

De manera que, superado el escollo y dicotomía planteada por la SC desde el 2000 al confundir el habeas data con el derecho a la protección de datos de carácter personal, y establecido el nuevo derecho a partir del 2011 –a pesar de las

diferencias en el 2012-, aun queda por definir su contenido esencial, lo cual bajo el hilo conductor marcado por la SC, se intentará establecer. Por lo que se trata de una aproximación.

III. El contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela. Una aproximación.

Tal como se ha indicado, la visión integradora que asume la SC en el año 2011, mediante la sentencia Nro. 1318, permite que podamos hablar de la existencia y reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela. Sin embargo, es preciso que a partir de la mencionada sentencia podamos hacer referencia al contenido esencial del derecho ante los criterios esgrimidos. Se trata por tanto, de asumir desde las previsiones constitucionales el objeto de tutela y apreciar si existe un tronco común centrado en la vida privada y por ende poder establecer una definición sobre el nuevo derecho.

1. La inexistencia de un marco normativo sistémico en materia de protección de datos en Venezuela.

Bajo lo indicado por la SC, en Venezuela "...no existe un marco legal que regule en forma sistematizada la protección de datos y particularmente el llamado derecho de autodeterminación informativa, cuyo reconocimiento y contenido se deriva de la retícula normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la jurisprudencia vinculante de esta Sala...". De hecho, el énfasis real ha estado en el ámbito jurisprudencial. En todo caso, olvida la SC que el 11 de mayo del 2010 la Asamblea Nacional de Venezuela, sancionó una nueva Ley

Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,⁴³⁷ y con todos los vacíos de las disposiciones que se plasman desde los artículos 167 al 178, se concibe el acceso a la información y su control, como parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal, además, de considerarla –aunque muy restringida- la primera regulación del artículo 28 de la Constitución (independiente que se restringió al habeas data). De forma que, ciertamente la Constitución marca la previsión y es la jurisprudencia -de la SC- que desde el año 2000 (con la sentencia Nro. 1048), ha dado desarrollo al nuevo derecho, y que en la actualidad su garantía judicial (habeas data) ha sido previstas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. De modo que, si bien no existe una regulación sistémica en nuestro país sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal, es una labor pendiente de la Asamblea Nacional, a través de la cual se integre esa posición de articulación de las dos vías transitadas por el Tribunal Supremo de Justicia (habeas data y derecho fundamental), en la que se desarrollen los principios, derechos, entes de protección, garantías judiciales y extrajudiciales, las sanciones ante el incumplimiento y los procedimientos administrativos, todo lo cual tiene su punto de partida en la sentencia Nro. 1318 de 2011.

2. La existencia inicial de una garantía judicial a nivel Constitucional.

Uno de los asuntos que se aplaude, es que la propia SC haya asumido que la figura del habeas data debe entenderse como una garantía judicial, se puede pensar que la confusión anunciada y principalmente la incorporación de garantías en el contexto constitucional, han permitido ese margen de contradicciones y confusiones, de los cuales no escapó nuestro país. No parece correcto pensar en el habeas data como

⁴³⁷ Reimpresión y correcciones finales que fueron publicadas en la Gaceta Oficial N° 39.522 del 01 de Octubre de 2010.

un derecho o como un derecho instrumental.⁴³⁸ Se debe ver como indica Pérez Luño, como:

“un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática. [...] no se trata de derechos fundamentales stricto sensu, sino de instrumentos o garantías procesales de defensa de la libertad personal...”⁴³⁹

El habeas data no es más que una garantía judicial, un mecanismo de protección, cuyo fin es permitir la plena vigencia del derecho a la protección de datos de carácter personal, por lo que no debe confundirse con el derecho, ni con las facultades que nacen de él (acceso, la actualización, rectificación o cancelación), de manera que como vía procesal hará posible la materialización de aquel. Dicho instrumento, tiene regulación –en Venezuela- en el artículo 28 de la Constitución, y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en los artículos 167 al 178.

De modo que, no está concebido como una vía para garantizar el derecho a la intimidad, ni otro derecho fundamental, sino como garantía judicial de protección del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, toda vez que este

⁴³⁸ A diferencia a de lo que opina Ortiz Ortiz, al manejar una doble concepción del habeas data (derecho y garantía), Obra cit. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... Pág. 107. Véase Puccinelli, O. El habeas data en Indoiberoamérica... Pág. 66 y ss. También la cit. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*... 2004... Pág. 93 y ss.

Dicha opinión difiere de la asumida por Puccinelli, quien afirma que tanto “el derecho de la protección de datos” como “el derecho a la protección de datos”, son meramente derechos instrumentales, porque no tienden técnicamente a la protección de dato en sí, sino a los derechos que pueden ser lesionados a partir de su desprotección, el honor, la intimidad, la autodeterminación. Véase Puccinelli, O. El habeas data en Indoiberoamérica... Pág. 66 y ss. También la cit. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (Proceso y Constitución, Nro. 1)*... 2004... Pág. 93 y ss.

⁴³⁹ Véase Pérez Luño, A. “Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data.” Edición a cargo de Luis García San Miguel Rodríguez-Arango... Págs. 40 y 41.

derecho se diferencia claramente de la intimidad o la vida privada.⁴⁴⁰ Lo cual no quiere decir, que como consecuencia y resguardo o plena vigencia del derecho a la protección de datos, también puedan resguardarse otros derechos (derecho de la vida privada). De manera que como afirma la SC, se trata de “...la necesidad de la sociedad en general de contar con medios que la protejan, ante el uso indebido de su información, la cual puede conducir a la negación de derechos fundamentales...”⁴⁴¹

Se trata de un “remedio constitucional”, pero no el único, toda vez que corregirá algunas irregularidades en el proceso de tratamiento de datos, garantizando el acceso a la información recopilada o después de la recopilación dará la facultad a su titular a solicitar la actualización, corrección o cancelación o confidencialidad, de aquella información que repose en archivos o cualquier estructura de datos, pero carecerá del carácter preventivo frente a acciones que atenten contra los derechos y libertades fundamentales en la regulación del tratamiento, por lo que sólo se reducirá a un mecanismo más.⁴⁴²

⁴⁴⁰ A diferencia de lo que ha asumido Colombia, en donde el proceso en el habeas data se ha seguido así:

- 1) Existe una primera etapa en Colombia, dada por la confusión entre intimidad y habeas data. Ello se refleja en las sentencias T-424 de 1992, es decir se consideró que “.. al abordar un problema que tangencialmente involucraba una base de datos (96), la Corte consideró que el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones personales recogidas en banco de datos, consagrado en el artículo 15 de la Carta, constituía una forma de protección de “la esfera íntima de las personas”,...”, es decir, plantea la Corte, la asociación de bases de datos personales, el habeas data y la intimidad.
- 2) Se plantea el habeas data como un derecho, de acuerdo a la madre del derecho, la sentencia T-444 de 1992. Aquí incluso se emplea la expresión autodeterminación informativa, que además se utiliza como sinónimo del habeas data.
- 3) Luego en la sentencia SU-082 de 1995 se va a considerar a la autodeterminación informativa como el “núcleo esencial” del habeas data, integrado – a su decir- por la autodeterminación informativa y la libertad, en general, y en caso particular la económica.

Véase, Upegui Mejía, J. *Habeas data. Fundamentos, naturaleza, régimen*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Págs. 78 y ss.

⁴⁴¹ Sentencia 1318/2011.

⁴⁴² Véase Argüello Téllez, F. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*, en el artículo: Protección de datos personales: “La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica)... Págs. 80-82.

De hecho, bajo la tesis de los derechos fundamentales y la integración que hoy se plantea entre ellos y las garantías institucionales, y aun asumiendo que "...el núcleo esencial de la garantía institucional y del contenido esencial del derecho fundamental responden a la misma idea-fuerza: asegurar la primacía de la Constitución sobre el legislador, exigir un límite que aquél no puede sobrepasar...", el asunto es que no se trata de la misma figura.⁴⁴³

Bajo lo ya comentado, el nuevo derecho a la protección de datos, demanda de garantías propias (judiciales y extrajudiciales) que permitan su plena vigencia; papel que hasta la fecha se ha dejado en manos del *habeas data*, pretendiendo que él únicamente resuelva un sinnúmero de situaciones. Por ello, la necesaria educación en la materia y el abordaje progresivo desde diferentes ámbitos (a nivel público y a nivel privado) que pueda traducirse en una legislación especial.

3. El derecho a la protección de datos, autodeterminación informativa o libertad informática en la Constitución de 1999.

Asume la SC que la Constitución de Venezuela, recoge el derecho a la protección de datos de carácter personal, autodeterminación informativa o libertad informática, y lo

⁴⁴³ Baño León, J. *Revista Española de Derecho Constitucional* (artículo: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española"). Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988. Pág. 169. El mismo autor, incluso establece que "La distinción dentro de los derechos fundamentales de «derechos» y «garantías institucionales» tiene muy poca utilidad si con ella se pretende construir dos regímenes jurídicos diferenciados. Ambos aspectos forman parte de los derechos fundamentales, como también forman parte de ellos las particulares visiones que las distintas concepciones teóricas aportan a los mismos (28). Al igual que la oposición antitética entre igualdad y libertad es siempre una falsa alternativa, pues ambos son valores complementarios, también la libertad individual y la función objetiva de los derechos fundamentales han de armonizarse. Sólo respecto a cada derecho fundamental y en cada caso de aplicación será posible establecer el punto de equilibrio." Pág. 179.

concibe como “...un derecho fundamental autónomo que subyace en el contenido de los artículos...” 20, 28, 60 y 143.

En ese orden de ideas, establece el Tribunal que el nuevo derecho tiene como finalidad cardinal, permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, evitar que los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados. Por ello, siguiendo a PÉREZ LUÑO, lo concibe como el[...] “*conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables*”.

Así mismo, se establece que el nuevo derecho va más allá del “...resguardo del ámbito íntimo de la vida privada...”, lo cual como indica la SC, y derivado de las previsiones del artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, éste es un derecho y se encuentra diferenciado “... del derecho a la intimidad personal y familiar de las personas...”.

Ahora bien, se deben revisar dos aspectos: 1) la base constitucional, bajo el contexto de los artículos constitucionales: 20 (libre desenvolvimiento de la personalidad, 28 (acceso y control de la información), el 60 (vida privada) y el 143 (acceso a la información pública), lo cual conecta la vinculación del derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho a la vida privada, 2) El asunto de su concepción: derecho a la protección de datos de carácter personal, autodeterminación informativa o libertad informática, bajo la posición del profesor Pérez Luño.

A continuación se analiza la base constitucional y por ende establece el contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal.

3.1 El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, conforme al artículo 20 de la Constitución.

Como ya se comentó, no es absoluta la posición de la SC, en relación a la normativa constitucional que establece el derecho a la protección de datos de carácter personal, de la cual deriva su contenido esencial.⁴⁴⁴

En todo caso, si bien pareciera que esa visión integradora permite avanzar, existen muchos vacíos dejados por la sentencia Nro. 1318 y una falta de contenido del derecho, mezclando criterios y obviando los aspectos fundamentales.

Por ello, al establecer el contenido esencial se aprecia que la SC se equivocó al incorporar cuatro artículos, que –a criterio muy personal- no plantean –todos- el contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal.

En el caso del artículo 20, el cual establece que:

“Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.”

No cabe duda, que al incorporar la SC el artículo 20, no es sino una forma de enlazar la construcción del derecho a la protección de datos de carácter personal, bajo la esencia plasmada por el Tribunal Constitucional Alemán, quien ante la ausencia expresa del derecho recurre a la dignidad para establecer el derecho a la

⁴⁴⁴ Se debe recordar las diferencias entre la sentencia Nro. 1318 del año 2011 y la Nro. 568 del 2012, ya comentadas, toda vez que en la primera establece los artículos 20, 28, 60 y 143; mientras que en la segunda establece el artículo 60.

autodeterminación informativa ("*informationelle Selbstbestimmungsrecht*"), conforme a la sentencia del censo del 15 de diciembre de 1983.⁴⁴⁵

El asunto es que olvida la SC, que la construcción y reconocimiento en Alemania del derecho autónomo a la protección de datos de carácter personal, fue establecida bajo el tronco común del derecho a la personalidad, en el cual se integran el derecho a la autodeterminación informativa, la vida privada o a la íntima, entre otros derechos.⁴⁴⁶

Ello se asume así, porque al abandonar el criterio de las esfera y ante la inexistencia de disposición expresa en la Ley Fundamental de Bonn, se vinculó el derecho a la **autodeterminación informativa** con el derecho a la personalidad previsto en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn que establece que: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuanto no lesionen los derechos ajenos y no contravengan el orden constitucional establecido o las buenas costumbres.", en concordancia con el artículo 1.1., que dispone que: "La dignidad del ser humano es inviolable y es obligación de todos los poderes estatales respetarla y protegerla."

De acuerdo a lo dicho, la opción alemana fue dada por la Constitución bajo el tronco común de la personalidad. Sin embargo, esa salida constitucional, no puede ser aceptable en Venezuela, porque el derecho a la protección de datos de carácter personal ciertamente se relaciona con todos los derechos fundamentales y se identifica también con valores como la libertad, la personalidad, la libre

⁴⁴⁵ La mencionada sentencia, se encuentra traducida al español por Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (IV Jurisprudencia Constitucional Extranjera)*. número 33. 1984. Págs. 126 a la 170, como ya fue indicado.

⁴⁴⁶ Véase Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. ... Pág. 382.
Véase también la obra citada: Murillo de la Cueva, P. L. y Piñar Mañas, José Luis, en *El derecho a la autodeterminación informativa* ("Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro", escrito por Piñar Mañas, José Luis). Pág. 90.

determinación o incluso la intimidad o la vida privada, entre otros; pero su contenido rebasa el contenido de los derechos hasta ahora expresados, por lo que posee una categoría nueva y reclama un ámbito de protección distinto o necesario adaptar a su especificidad.⁴⁴⁷

De hecho, como afirma Pérez Luño, "...negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, para englobarlo en el libre desarrollo de la personalidad, dificulta la relación directa de aquél con otros derechos fundamentales".⁴⁴⁸ Incluso el mismo autor, establece que disolver el nuevo derecho en el ámbito de otros valores o derechos, se corre el riesgo de relativizarlo y comprometer su efectiva realización.⁴⁴⁹

Se comparte en lo particular dicha apreciación, porque no se puede incorporar y establecer que del artículo 20 de la Constitución venezolana podamos derivar y deducir el contenido esencial del nuevo derecho, porque sería una negación de su autonomía y se entraría entonces en contradicciones incluso con el propio artículo 28 y 60 de la Constitución.

Con ello, no se está negando que pueda vincularse con otros derechos fundamentales y con los valores descritos, pero tal como ha dicho la Sala, se trata de un derecho fundamental autónomo, pero su contenido no subyace del artículo 20 de la Constitución venezolana, porque no se trata de un derecho de la personalidad, como sí lo es la vida privada.

⁴⁴⁷ Serrano Pérez. M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 68 y 71. relación directa de aquél con otros derechos fundamentales".

⁴⁴⁸ Pérez Luño, A. "El derecho a la autodeterminación informativa". *II Jornadas de Estudio sobre Protección de datos y Derechos fundamentales*, Anuario de Jornadas, 1989-1990, Servicios de Estudios del IVAP. Oñati. 1991. Pág. 326.

⁴⁴⁹ Ídem. Pág. 329.

Por dicha razón, su contenido esencial nace de los artículos 28 y 60, de la Constitución que en definitiva son aquellos que permitirán establecer el bien jurídico protegido.

En todo caso, antes de desplegar una posición en dichas líneas, es importante comentar también la vinculación que plantea la SC con el derecho a la protección de datos de carácter personal y el artículo 143 de la Constitución.

3.2. El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, conforme al artículo 143 de la Constitución.

Por su parte dispone el artículo 143, que:

“Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, **tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada**, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.” (Resaltado nuestro).

Es necesario además acotar, que ya la SC había separado dicha disposición del habeas data, en el caso *Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello*, sentencia Nro. 1050, del 23 de agosto de 2000,⁴⁵⁰ donde se afirmó que el artículo

⁴⁵⁰ Se trató de un recurso de amparo remitido por la Sala Electoral a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, incoado por los ciudadanos **RUTH CAPRILES MÉNDEZ Y OTROS**,

28 se diferenciaba del 143 de la Constitución, siendo éste último quien "...otorga a los ciudadanos otro derecho a la información, el cual debe ser cumplido por la Administración Pública, con el fin que los administrados conozcan el estado de las actuaciones en que están directamente interesados, así como las resoluciones que se adopten...".

Lo que Brewer establece como el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos, pero teniendo como límites en materia la seguridad interior y exterior, la investigación criminal, o la vida privada, de acuerdo a la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial.⁴⁵¹

Ahora bien, en el caso español, ya se ha indicado que existe diversidad de opiniones sobre el tema, debido a que la disposición paralela se encuentra en el 105 b), de la Constitución Española de 1978. En ese orden, Pérez Luño afirma que forman parte del sistema constitucional de la libertad informática o autodeterminación informativa,⁴⁵² los artículos 18.4 y 105 b), y que son preceptos constitucionales que se complementan.

contra el Consejo Nacional Electoral. Dicha sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-2378%20.htm>
Consultada el 19 de noviembre de 2012.

⁴⁵¹ Brewer Carias, A. *Revista de Derecho público* N° 120/2009 (artículo: "El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: Las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional). Editorial jurídica venezolana. Venezuela. 2009. Págs. 185 a la 191.

⁴⁵² Obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Pág. 159. Afirma el autor que la autodeterminación informativa o libertad informática halla su reconocimiento inmediato en ambos artículos.

Véase también, Pérez Luño, A. "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978". *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 9, mayo-junio 1979. Págs. 62-63.

Sin embargo, tal como afirma Serrano Pérez, dicho artículo 105, no puede entenderse como complemento ni un reflejo más de la informática, porque el mismo no está previsto para preservar derecho fundamental alguno, sino que se trata del control de la información, referido únicamente a la Administración y su actuación.⁴⁵³

De manera que, el artículo 143 de la Constitución de Venezuela y con el criterio correcto de la SC en la sentencia Nro. 1050 del año 2000 no puede confundirse con el nuevo derecho a la protección de datos y especialmente su contenido esencial no subyace del artículo 143, porque si bien se refiere a la vida privada y pudiera relacionarse con el artículo 60 constitucional, lo cierto es que el artículo 143 implica una "...facultad positiva de los administrados en relación a la Administración, pero enmarcada en la obligada transparencia que ha de guiar la actuación administrativa, no en el respeto a los derechos fundamentales, aunque esto último sea la finalidad implícita de aquéllas."⁴⁵⁴

Por dichas razones, no puede incorporarse tampoco el artículo 143 de la mencionada Constitución dentro de las previsiones que permiten el nacimiento del nuevo derecho fundamental y mucho menos derivar su contenido esencial.

3.3. El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, conforme a los artículos 28 y 60 de la Constitución.

Quedan así los artículos 60 y 28 de la Carta Fundamental venezolana.

En el caso del artículo 60 de la Constitución, es importante compararlo, en la siguiente tabla con el artículo 18 de la Constitución Española:

⁴⁵³ Para tener argumento e información detallada, véase la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 127-130.

⁴⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 130.

| Artículo 18 de la Constitución Española | Artículo 60 de la Constitución de Venezuela |
|---|---|
| <p>1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.</p> <p>2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.</p> <p>3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.</p> <p>4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.</p> | <p>Artículo 60. 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.</p> |

Como puede apreciarse, el artículo 60 de la Constitución venezolana, sólo extrajo del artículo 18 de la CE, el apartado 1 y el 4.⁴⁵⁵ Sin embargo, incorpora y reconoce expresamente la vida privada, confidencialidad y reputación a diferencia de la CE; y tal como se ha visto, reguló de manera independiente el domicilio y el secreto a las comunicaciones (de acuerdo a los artículos 47 y 48 de la Constitución, respectivamente).

⁴⁵⁵ Véase obra cit. Fernández Segado, F (Coordinador). *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. (artículo "La Constitución Española de 1978 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999: Algunas influencias y otras coincidencias. Escrito por Brewer Carías, A.). Págs. 773 y 774.

En el caso español, sólo existía y sólo fue el artículo 18.4 (a nivel constitucional) el punto de partida y de donde el TC extrae el contenido esencial (a través de la sentencia 292/2000), y es en esa sentencia donde emerge el derecho a la protección de datos de carácter personal, el cual no estaba previsto en la Constitución de 1978.

En el caso de Venezuela, no sólo se aprecia el artículo 60, sino que además debe revisarse conjuntamente con el artículo 28, porque ambos prevén el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal y además son artículos que se complementan. Por ello, y a diferencia de España la solución de formulación del nuevo derecho, debe hacerse desde la deducción del contenido del artículo 60 en concordancia con el contenido del artículo 28 de la Constitución, para así poderle dar una fundamentación constitucional satisfactoria⁴⁵⁶

Bajo ese esquema el artículo 60 de la Constitución venezolana, plantea que el tratamiento de datos personales puede generar abusos y daños en diversos derechos de las personas (honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación) y que el riesgo puede ser mayor si se hace por la vía informática. De manera que, su tratamiento puede hacerse de forma automatizada o no, pero ciertamente la vía informática plantea riesgos de mayor nivel, especialmente ante los actuales avances que presenta.

Ahora, surge la pregunta ¿Se puede desde esos derechos establecer el contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal?

Con base a ello, conviene reiterar que esa vinculación que se hará atañe al derecho a la vida privada (cuyo derecho engloba a otros: intimidad, honor, reputación, entre otros), como ya se ha indicado.

⁴⁵⁶ Véase obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos personales*. Págs. 27 y ss.

Se debe recordar, además, que en el caso venezolano, de forma intencional o no, la SC ha construido un concepto amplio denominado derecho a la vida privada y ha venido aceptando que el derecho está formado por la intimidad, en el cual incluso podríamos agregar la confidencialidad, propia imagen y reputación, entre otros.

Ello se deduce de las citadas sentencias:

- La sentencia Nro. 1718, donde la Sala establece una noción integral de la intimidad, al indicar que: "...dicha previsión es compatible con el derecho **a la protección a la intimidad de la vida privada**,...". (Resaltado nuestro).
- La sentencia Nro. 701, en el cual la Sala Constitucional indica que "...El derecho a la intimidad personal y familiar forma parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada...".
- La sentencia Nro. 745, donde se asume al artículo 60 como aquél que establece el derecho a la vida como "...un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento constitucional, en principio, sin ningún tipo de distingo, enmarcado en los denominados derechos de la personalidad...".
- Y la otra sentencia, es la Nro. 568, en la cual se establece que el ordenamiento jurídico constitucional reconoce "...la vida privada y la información referente al entorno personal...".

Lo planteado, conduce entonces a señalar necesariamente la diferencia que merece la vida privada (que incluye a la intimidad y otros derechos) y el derecho a la protección de datos de carácter personal.

De acuerdo a esto, por ejemplo en el caso del honor, Lucas Murillo⁴⁵⁷ muy certeramente afirma, que son muy escasas las amenazas que para él representa la informática, lo cual incluso se puede extender a la propia imagen, la reputación, la confidencialidad, y es que sin desconocer la importancia de los aludidos derechos, frente al tratamiento de datos, no son ellos los que realmente están en juego. Por esa razón, los derechos deben ser descartados y no pueden entenderse que marcan el objeto de protección del derecho a la protección de datos de carácter personal, aunque de manera residual puedan protegerse.

En todo caso, para poder establecer con claridad esas diferencias entre el derecho a la vida privada (que incluye a la intimidad y otros derechos) y el derecho a la protección de datos de carácter personal, conviene incluir algunas de las consideraciones que el TC estableció en la comentada sentencia 292/2000 (que además fue citada por la propia SC en la sentencia 1318/2011), toda vez, que plantea la autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal y además presenta una argumentación favorable y precisa sobre su contenido y objeto, en contraposición al derecho a la intimidad (que se debe entender como parte del derecho a la vida privada).

Además, con la citada sentencias 292/2000, el TC da vida en España al derecho a la protección de datos de carácter personal, a través del artículo 18.4 de la CE, que corresponde en Venezuela al artículo 60 de la Constitución –como ya se aprecio-.

Afirma así el TC que el derecho a la protección de datos de carácter personal posee un objeto “...más amplio que el del derecho a la intimidad, [...]. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o

⁴⁵⁷ Ídem.

no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.” (F.J. 5).

Además, indica el TC que “...el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, [...] También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que **sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona**, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.” (F.J. 5).

Por lo referido, el TC en la descrita sentencia plantea a la intimidad como el poder de “...excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno...”[...] es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida...”; por otro lado el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado....” (F.J. 6).

Por eso, el contenido y el objeto de la vida privada y el derecho a la protección de datos serán distintos. La vida privada comprende la intimidad o esa visión restringida, concebida como aquella no injerencia o exclusión, a través de la cual se impone a otros a que se abstengan de interferir en el ámbito de lo íntimo o hacer uso de lo conocido, y a la vez comprende la potestad de decidir o permitir aquello que otros pueden conocer a nivel personal o a nivel familiar. Mientras que el derecho a la protección de datos otorga a los ciudadanos un conjunto de facultades que impondrán a otros, y un poder de disponer sobre los datos personales (privados o no). Se trata de un verdadero poder y control de establecer a quién le otorgo mis

datos personales y controlar su uso, finalidad, así como la posibilidad de solicitar su actualización, rectificación y cancelación.

De manera que, si bien es acertado el criterio de la SC al establecer la autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal, especialmente al aceptarlo como un nuevo derecho y además autónomo, porque incluye datos íntimos o no, el asunto es que ello se deduce del contenido del artículo 60 de la Constitución –y del artículo 28, como se verá-.

De manera que, cuando el artículo 60 de la Constitución establece que “la ley limitará el uso de la informática” no se debe entender como aquella habilitación que hace la Constitución para crear barreras a la informática, porque en definitiva no es sobre ella la limitación, sino que se debe entender que esos límites son sobre el tratamiento que se hace sobre los datos personales, cuyo mayor riesgo se plantea cuando dicho tratamiento se hace por la vía informática.⁴⁵⁸

De allí, la autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal del derecho a la vida privada (previsto también en el mismo artículo 60 de la Constitución), tanto en su objeto y su contenido, porque el primero no solo incluye datos personales relativos a la vida privada de las personas, sino también aquellos que identifican o permiten identificar a las personas, independientemente de su utilidad o índole, siempre que constituya una amenaza para las personas. Mientras que el segundo sólo se circunscribe al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar, y concluye con ellos.

En ese orden y dirección, bajo esa visión el propio artículo 60 permite deducir la autodeterminación (o el consentimiento) y la existencia de un conjunto de facultades

⁴⁵⁸ Asumiendo y compartiendo la tesis de Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...*Pág. 156.

para los ciudadanos, cuya realidad hace que se encuadre en y bajo una nueva categoría que claramente rebasa los límites de la vida privada (y todos los derechos de la personalidad que la integran), llamada derecho a la protección de datos de carácter personal.

Por esa razón, tiene un valor fundamental la comentada sentencia 292/2000 del TC, de la cual nació el nuevo derecho en España. Pero además, también tienen cabida en Venezuela los Instrumentos, Tratado y Convenios Internacionales, de los cuales también nace el nuevo derecho, con base al artículo 22 de la Constitución. Dicha disposición pudo haber sido utilizada por la SC, porque en él se establece que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherente a la persona, no figuren expresamente en ellos....”.

Es decir, el artículo 22 de la propia Constitución establece un “contorno abierto”⁴⁵⁹ que sobre la “...progresividad de los derechos humanos ahora también de rango constitucional, debe tener en cuenta que los estándares que emanan de los Tratados y su jurisprudencia internacional, constituyen un parámetro mínimo, es decir, un piso nunca un techo para la protección de la persona...”⁴⁶⁰

Por ello y además de la aludida sentencia, a dicha argumentación se puede agregar, entre otros, algunas declaraciones y reconocimiento que a nivel de Latinoamérica se han planteado sobre el tema en cuestión. Casos concretos son: a) la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (derivada de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y Gobiernos, donde participaron 21 países Iberoamericanos,) en la

⁴⁵⁹ Tal como lo indica Ayala Corao. C. En el artículo “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos”. Véase *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. VVAA. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Pág. 873.

⁴⁶⁰ Ídem.

cual se expresó que: “45... la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas...”⁴⁶¹ o b) la Asamblea General de la OEA, donde además de considerar “[...] ... la creciente importancia de [...] la protección de datos personales, así como la necesidad de fomentar y proteger el flujo transfronterizo de información en las Américas...”⁴⁶²

Otro ejemplo de lo que estamos aludiendo, es la Directiva 95/46/CE, en donde así como se reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal, se plantean un conjunto de definiciones que obvió la SC y que son necesarias para perfilar el nuevo derecho. Por ejemplo, los conceptos de datos personales, concebido como: “toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”)...”, o el concepto del “consentimiento del interesado,” establecido como: “toda manifestación de voluntad, libre específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.”⁴⁶³

Otros conceptos, nacen en la LOPD,⁴⁶⁴ como es el caso de el Tratamiento de datos, concebido como las: “Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida...”, o también Afectado o interesado, quien es la: “Persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento...”.

⁴⁶¹ Celebrada en fecha 15 de noviembre de 2003, la cual se encuentra publicada en la Pág. Oficial de la Red Iberoamericana (www.redipd.org/reuniones/xxii-cumbre-iberoamericana-ides-idphp.php). Revisada el 19 de abril de 2012.

Véase también, la obra Piñar Mañas, J. L. *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2006. Págs. 17 y 18. Véase además la obra cita. Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae* 2.... Pág. 204.

⁴⁶² Cuadragésimo Primer Período Ordinario de Sesiones, 5 al 7 de junio de 2011, en San Salvador, El Salvador. OEA/Ser. P. AG/doc. 5176/11, 26 de mayo de 2011.

⁴⁶³ Véase el artículo 2.

⁴⁶⁴ Véase el artículo 3.

Con base a todo lo dicho, no cabe duda que es nuevo derecho, se asume como autónomo de otros derechos y especialmente del derecho a la vida privada, porque de acuerdo al artículo 60 posee un objeto y contenido diferente y de este artículo se deduce la importancia de proteger a los ciudadanos ante el tratamiento de los datos personales (públicos o privados), bajo sistemas automatizados o no. Derecho que posee dos ejes centrales que se compagina con los principios que la SC plante en la descrita sentencia 1318/2011 y que se pueden resumir así:

1.- **El principio de la autonomía de la voluntad.** Aquí integra la SC el principio del **consentimiento** (previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales), así como, **el deber de información** al interesado previamente o al momento de realizarse la recopilación, así como la identificación del responsable de los mismos, sobre los fines para los cuales se recogen los datos y las formas de hacer efectivo sus derechos frente a la recogida o tratamiento.

2.- **El principio de legalidad.** Aquí la SC se refiere al **principio de la protección del dato (Calidad de los datos)**, al aludir a los métodos de su recolección, lo cual implica que no sean desleales o ilegales, ni debe ser utilizada para fines contrarios a los principios y garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Pero en dicho principio también hace alusión a los **datos sensibles o especialmente protegidos**, como la "...ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial y la vida sexual del afectado...".

“3.- **El principio de finalidad y calidad.** Vuelve aquí la SC a aludir al **principio de la protección del dato y especialmente en cuanto a su finalidad autorizada**, al establecer que la finalidad debe ser determinada, explícita y legítima, lo cual implica la proporcionalidad, adecuación, pertinencia y no excesivos, pero también la **Pertinencia**.”

4.- **El principio de la temporalidad o conservación.** Se trata aquí del **principio de conservación (exactitud y actualización)** dentro del **principio de la protección del dato.**

“5.- **El principio de exactitud y de autodeterminación.** Se trata aquí también del **principio de conservación (exactitud y actualización)** dentro del **principio de la protección del dato, pero también** y dentro de éste al **Deber de la organización en la recogida del dato**

“6.- **El principio previsión e integralidad.** Este principio tiene que ver con el anterior.

“7.- **Principio de seguridad y confidencialidad.** Aquí se plantea el nuevamente el **principio de protección del dato y el deber de secreto.**

“8.- **Principio de tutela.**” Este principio se conecta incluso al artículo 28, porque además de establecer el conjunto de facultades, estableció también la acción judicial para hacer posible la tutela del derecho a la protección de datos de carácter personal.

“9.- **Principio de Responsabilidad.** Aunque no se define así, pareciera plantear la responsabilidad legal y la posibilidad del **derecho a una indemnización.**

Por todo ello, en Venezuela se comenzó a entender el nuevo derecho desde la garantía y por ende desde el acceso y los derechos de control, pero se olvidó que el derecho a la protección de datos de carácter personal se encuentra construido desde la sentencia 292/2000 del TC bajo dos ejes centrales. Uno el consentimiento

y he allí la autodeterminación, y en segundo término, el acceso y control sobre los mismos.

Con base a lo comentado, el punto de partida está en el consentimiento, en la potestad y poder que existe en los seres humanos, asociados al tratamiento, uso y destino que sobre los datos produce la informática y su utilización.

Ese poder está reflejado en el artículo 60, es cada ciudadano quién decide a quiénes, cuándo, dónde y por qué otorga información (expresa o tácitamente) a otros, a permitir que las utilicen, y luego, a partir de allí, tiene las facultades que prevé el artículo 28 de la Constitución, esto es, acceder a la información, conocer la utilización y finalidad, y dependiendo de las afecciones o su uso, puedo solicitar la actualización, la rectificación o la destrucción de los mismos.

Por todo lo antes expuesto, tiene razón de ser el artículo 28 –como se ha comentado-. Es decir, es en el artículo 60 donde se deduce la existencia de un nuevo derecho, ante el tratamiento de los datos personales, así como, permite deducir de él ese poder de las personas que nacen desde su consentimiento en otorgar sus datos (privados o no) para su tratamiento (ante cualquier tercero, sean particulares o el Estado), cuyo tratamiento plantea un conjunto de principios, pero a su vez, que de ese nuevo derecho nacen una serie de facultades que se expresan con claridad en el artículo 28 de la Constitución venezolana.

El artículo 28 establece que: “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.”

¿Implica ello, que las personas tienen derecho a recopilar información? ¡No!
¿Implica que el punto de partida es el acceso a la información? ¡No!. El asunto es que visto sólo el artículo 28 se cae en la posición plasmada por el Tribunal Supremo desde el año 2000, y se olvida del complemento en el año 2011, que era el artículo 60 constitucional.

En este aspecto, también se puede recordar lo que el TC dispuso en la sentencia 292/2000, al establecer las facultades que para los ciudadanos derivan del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Afirmó así el TC que los ciudadanos pueden “...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.” (F.J. 7).

De manera que, frente al derecho los ciudadanos van a poseer un conjunto de facultades que se expresan en: “consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.” Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: “saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se “informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.” (F.J. 7).

Integra así el derecho un conjunto de facultades que atiende a la defensa frente al conocimiento de los datos, sean éstos del ámbito íntimo o no, pero a la vez

comprenden facultades que permitirán un conjunto de acciones sobre el manejo, seguimiento y destino de los datos de las personas, estén en manos del Estado o de los particulares, conjugando y manteniendo en su titular ese poder de consentimiento –expresado en las diversas facultades- sobre los datos que lo acompañará a donde quiera que vaya.

Es así como el derecho a la protección de datos existe en Venezuela y éste nace de los artículos 60 y 28 de la Constitución, así como nace para él una vía judicial de protección, conocida como el habeas data. Derecho que debe desarrollarse sobre cada uno de los principios que de manera general se establecieron en la sentencia 1318/2011 por la SC y que ratifican que se está ante un derecho autónomo.

De manera que, se deduce el contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal, desde los artículos 60 y 28 de la Constitución venezolana, en los cuales se encuentran el principio del consentimiento o la llamada autodeterminación, que de acuerdo a Lucas Murillo es la piedra angular sobre la cual se cimienta el tratamiento de datos personales.⁴⁶⁵

Ese consentimiento y los derechos o facultades que hacen que el derecho a la protección de datos de carácter personal sea practicable, se plantean en su conjunto y complemento en los artículos 60 y 28 de la Constitución, donde se evidencia esa autodeterminación de cada ciudadano, sus libertades y su propia dignidad que además se comparten con el conjuntos de derechos que plantea la propia Constitución, y a la vez establecen (especialmente el 28) los derechos que permiten su práctica, que hacen posible el ejercicio del derecho fundamental y permitirán su protección

Existe así, en Venezuela, un nuevo derecho conocido como el derecho a la protección de datos de carácter personal, que nace con la Constitución de 1999,

⁴⁶⁵ Obra cit. *Informática...* Pág. 61.

cuyo contenido esencial nace de los artículos 28 y 60, a través de los cuales se establece la autonomía del derecho ante el derecho a la vida privada o cualquier otro derecho, y a través del cual se otorga a los ciudadanos el poder ante el tratamiento que se haga sobre sus datos personales, desde su recogida hasta su cancelación, porque los ejes centrales que sustentan el nuevo derecho están en el consentimiento del titular de los datos, así como en las facultades que nacen con el control que sobre los mismos (actualización, rectificación, cancelación).

Ahora bien, recordemos que aunque la SC, en la sentencia 1318/2011 avanzó y -a pesar de lo ya comentado- planteó el nuevo derecho desde diversos artículos (20, 28, 60 y 143), en la sentencia Nro. 568/2012, ante una nueva acción de amparo la SC parece abandonar dicho criterio, y vuelve atrás al vincular el derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho a la vida privada, sobre la base del artículo 60 y además olvidando el artículo 28.

Con esa decisión, pareciera concebirse un paralelismo entre la situación de Venezuela y la planteada por el TC en España, quien después de la sentencia 292/2000, vuelve al tronco común de la intimidad, a través de las sentencias 159/2009 del 29 de junio y la 173/2011 del 07 de noviembre –ya comentadas-.

De manera que, es un asunto que queda por resolver desde el Tribunal Supremo de Justicia, el tratar de hacer una construcción del nuevo derecho, definiéndolo desde los artículos 60 y 28 de la Constitución, sobre la base de los ejes indicados y los principios plasmados, por una parte; y por la otra, existe la necesidad de una legislación especial que permita la defensa ante la recogida y registros de los datos personales, donde se permita el control de ellos y como afirma Serrano Pérez, se pueda encontrar un "...equilibrio a partir de tres elementos interrelacionados entre sí

en las sociedades de la información, esto es, la informática, los ficheros y las libertades...”.⁴⁶⁶

3.4. El derecho a la protección de datos, autodeterminación informativa o libertad informática.

Finalmente, conviene asumir posición en cuanto a la denominación del nuevo derecho fundamental, por lo que parece correcto utilizar la denominación “derecho a la protección de datos de carácter personal”, aunque la SC asuma las terminologías libertad informática, autodeterminación informativa o por el contrario protección de datos personales.⁴⁶⁷

Ello se indicó, porque mientras la autodeterminación informativa alude fundamentalmente al derecho subjetivo, es decir, a aquella facultad de decidir sobre la información relacionada con la persona, que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, lo cual se traduce sólo en el consentimiento⁴⁶⁸ y por ende no engloba todo el contenido del derecho (yo decido a quién, cómo y cuándo otorgo mi datos a otros); así como, mientras la libertad informática, plantea algo más, incluso comprende a la propia autodeterminación informativa, esto es, atiende tanto a la libertad, como a la informática, de modo que permite la protección de nuestra libertad frente al uso de la tecnología (incluso dicho concepto se equipara al derecho de protección de datos personales),⁴⁶⁹ sin

⁴⁶⁶ Obra cit. Serrano Pérez, M. M, en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos*. Pág. 247.

⁴⁶⁷ Tanto en las sentencias 4975/2005 o 1318/2011.

Reiteramos además, que Ruiz, C., ha utilizada la terminología intimidad informática, como ya antes señalábamos, término que ciertamente genera confusión y se aleja incluso de la diferenciación que realiza el propio TC en la citada sentencia 292/2000, donde no solo diferencia la protección de datos (o libertad informática) de la intimidad, sino que además otorga el carácter positivo a la informática y no a la intimidad.

⁴⁶⁸ Véase obra cit. Lucas Murillo, P. Informática... Pág 56.

⁴⁶⁹ Véase Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 175-178.

embargo, se asume la denominación “derecho a la protección de datos de carácter personal”, y se concibe como un verdadero poder de disposición, una potestad de los ciudadanos y un control sobre los datos personales que posee, a través del cual se faculta a las personas a decidir cuáles datos proporciona o proporcionará, o cuáles puede recabar el tercero, cuya facultad no se agota allí, sino que se extiende al destino y uso que se le dará a los datos personales y ante ello solicitar su actualización, rectificación, cancelación, en y durante su tratamiento.⁴⁷⁰ De ésta manera, se está protegiendo a los sujetos como portadores físicos de ellos, pero a la vez al dato como elemento objetivo, pues el interés es que éste último se pueda mantener al día, bajo resguardo, seguridad y protección -que no se modifique-, siendo el fin real la protección de las personas a través de la protección de datos.

De esta manera el derecho a la protección de datos se entiende en Venezuela como un verdadero derecho fundamental, autónomo, que se traduce en una potestad/poder de control y disposición sobre los datos personales, y que se compone de un conjunto de facultades que se otorgan a los ciudadanos, para que ellos puedan decidir a quién o quiénes les proporcionará información -independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares-, estableciéndoles cuáles puede recoger, manteniendo, siempre, el seguimiento de su uso y finalidad. Ese control permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, teniendo el derecho a oponerse a su posesión y su uso, e incluso a su indemnización, utilizando para ello las acciones judiciales y extrajudiciales. Por lo que, el derecho a la protección de datos se concreta desde el consentimiento en la recogida que hagan los terceros, pasando por el conocimiento y acceso a los mismos -su almacenamiento, tratamiento, uso y destino-, hasta poder ejercer la oposición, cancelación, rectificación o actualización, si lo afectan e incluso solicitar la indemnización, de ser el caso.

⁴⁷⁰ Con base a la sentencia del TC 292/2000.

Frente a lo visto, queda mucho por hacer en el caso venezolano, sin embargo ya se han dado algunos pasos que son apreciables a nivel judicial y legislativo, pasos que no son suficientes pero que marcan el nacimiento y reconocimiento de un nuevo derecho que aunque nació en Venezuela en 1999 con la Constitución, su crecimiento ha sido lento y disperso, por lo que será necesaria una labor sistemática y coherente de nuestro Alto Tribunal de Justicia y de la Asamblea Nacional, ante los riesgos actuales que el tratamiento de datos provocan en cada ciudadano, porque tal como afirma Eugenio y Oliver Eugenio "...proteger los datos de una persona es proteger a la persona misma"⁴⁷¹. Sin embargo, las ideas antes descritas corresponden a una revisión preliminar.

⁴⁷¹ Eugenio, F. y Oliver Eugenio, L. "Protección de datos. Análisis comparado de la legislación de algunos países europeos: Alemania, España, Francia y Gran Bretaña". Boletín de la Facultad de Derecho. Nro. 7. UNED. Madrid. 1994. Pág. 228.

Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo, y a través del cual hemos presentado una visión crítica del derecho fundamental de la protección de datos de carácter personal en Venezuela, lo cual ha sido contrastado con el derecho comparado (Europeo y Latinoamericano), no cabe duda que podemos concluir con cuatro grandes aspectos que atienden a los capítulos revisados y al enfoque que se le dado a la presente tesis doctoral.

Sin embargo, conviene expresar que se trata de una visión y por ende una aproximación sobre el nuevo derecho, entendiendo la diversidad y riqueza que se plasma en Europa y en Latinoamérica, lo cual representa una oportunidad para continuar –a futuro- investigando sobre su vigencia y desarrollo en Venezuela.

En ese orden, son nuestras conclusiones las siguientes:

- 1) En cuanto al origen y nacimiento del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, podemos afirmar que su génesis radica en Norteamérica y su construcción y desarrollo en Europa, vinculándose en ambos casos con los derechos de la personalidad o asumiéndose como tales.

Ello se desprende de los siguientes aspectos:

- Reconocemos que Norteamérica basado en el derecho de libertad (conforme a la IV Enmienda) amplía el concepto de la *privacy* y la traslada de su ámbito de tutela desde la propiedad privada a los derechos de la personalidad (Intimidad, vida privada, entre otros). Siendo así, la *privacy* se vinculan con otros derechos que podemos catalogar como derechos de la personalidad (sin agotarse en ellos), y bajo el esquema del *common law* y la IV Enmienda de la Constitución,

se extiende su protección a otros (económicos, políticos, entre otros). Esos primeros pasos y nueva forma de comprender y extender el concepto de la *privacy* –que va más allá incluso de los derechos de la personalidad- marcan el nacimiento del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal y un punto de partida para todo aquel que pretenda establecer sus antecedentes. Así mismo, esa radicación y ampliación anglosajona permite su traslación al esquema europeo y el inicio de su desarrollo y difusión al ámbito Latinoamericano. Lo interesante es que Norteamérica no configuró la *privacy* a nivel constitucional, pero mediante ésta (por vía de la IV Enmienda) amplía su contenido y alcance.

- Es evidente que Europa -por su parte-, asumió el nuevo derecho desde la *privacy* Norteamericana. Sin embargo, no permeó su visión real al contexto europeo, sino que se vincula y a la vez se concibe como uno más de los derechos de la personalidad (a pesar de ser la *privacy* en el derecho Norteamericano más que eso). Esa primera posición la plantea Alemania, mediante su Tribunal Constitucional (a través la sentencia del Censo de 1983). Con ella se le da cabida al nuevo derecho, bajo la denominación de la **Autodeterminación Informativa**, en la Ley Fundamentan de Bonn, toda vez que ante la inexistencia expresa en el seno constitucional, la salida fue incorporarlo en el tronco común de la personalidad (previsto en el artículo 2.1.) y asumirlo como otro de los derechos. De esta forma el derecho a la protección de datos de carácter personal se coloca y entra en Europa desde la noción constitucional (por vía de interpretación judicial), pero dentro de los límites de los derechos de la personalidad. Con lo cual originariamente se le coloca una marca que se mantiene hasta el día de hoy, y que lo vincula especialmente con la intimidad.

- En el caso de España, si bien su previsión Constitucional es de 1978, a través del artículo 18.4., quien da inicio a su revisión principalmente es la doctrina, bajo las manos destacadas de Antonio Pérez Luño (con la denominación libertad informática) y luego Pablo Lucas Murillo (bajo la denominación alemana de Autodeterminación Informativa). El primero asumiéndolo y vinculándolo con la intimidad (posición que luego abandona) y el segundo defendiendo su autonomía y diferencia con ella. Sin embargo, y de forma paralela la construcción y reconocimiento del TC fue mucho más lenta, especialmente porque en los primeros casi veinte años (constados a partir de las primeras sentencias en 1984) su visión y vinculación del nuevo derecho se afianza desde la intimidad y desde los peligros que para ella planteaba la informática.

1.1. No cabe duda que la sentencia de mayor importancia en materia de protección de datos de carácter personal en España, es la sentencia 292/2000 del TC. En ella se reconoce por primera vez la existencia, autonomía y desarrollo del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, haciendo su deducción desde el artículo 18.4 de la CE. Así mismo, el derecho a la protección de datos de carácter personal se desvincula de los derechos de la personalidad (tanto en objeto y contenido), declarando su autonomía, estableciendo su objeto y contenido esencial, su integración internacional, y los límites de su ejercicio, asumiéndose como un verdadero poder de disposición y control sobre los datos personales, su finalidad y su uso (que va desde su recorrido hasta su cancelación), colocándose sobre dos pilares fundamentales: el consentimiento de sus titulares y las facultades que atiende al acceso y con ello a su rectificación, cancelación y oposición.

1.2. A pesar de lo antes dicho, debemos también afirmar que la posición del TC no ha sido absoluta y sostenida, toda vez que a pesar de haber avanzado

con los criterios planteados en la sentencia 292/2000 y haber reconocido la existencia y autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal, mediante las sentencias 159/2009 y 173/2011, el TC dio un salto atrás y volvió al tronco común de los derechos de la personalidad al volver a vincular el derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho a la intimidad.

- 2) Con respecto al derecho a la protección de datos de carácter personal y su nacimiento y desarrollo en Latinoamérica, podemos afirmar que su incorporación se produce a partir de la década de los años ochenta (en Guatemala, Nicaragua y Brasil, siendo la última quien por primera vez incorpora el término del habeas data), producto de la escalada democrática que trae consigo la reforma de la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos (basadas principalmente en las Constituciones de Portugal y España).

Sin embargo, el énfasis en Latinoamérica se centra en la garantía judicial (habeas data), la cual ha sido incorporada conjuntamente con el derecho en el ámbito constitucional (en la mayoría de los países), pero confundándose normalmente con éste o asumiéndose como tal.

Esa visión distinta del derecho a la protección de datos de carácter personal que plantea Latinoamérica, no sólo permite apreciar el amplio y complejo mundo desde nuestros países sino entender el proceso de formación, construcción y progreso de nuestro constitucionalismo. Son así, dos justificaciones que sustentan nuestra posición:

- La primera atiende a la visión que posee Latinoamericana con respecto al derecho de la protección de datos de carácter personal, producto de

su realidad política, jurídica e individual. Para ello existen varias razones:

-Primera razón: La inestabilidad política y jurídica de la región.

Lamentablemente la poca vigencia de nuestras democracias y constituciones, ante la constante atención que nuestros países han tenido que mantener frente a los diversos choques y pugnas políticas, y la falta de continuidad constitucional debido a la lucha por el poder, todo ello ha sido obstáculo para comprender la progresividad de los derechos fundamentales, siendo la respuesta incorporaciones espasmódicas, apresuradas o incompletas. Ello ha permeado también al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal -en la región- y por ello su desarrollo ha sido lento y confuso, toda vez que su génesis se basa en la búsqueda de obtener el simple acceso a la información ante el poder y el uso y abuso de la informática.

-Segunda razón: La inexistencia de tratados internacionales regionales,

que regulen y unifiquen la visión del derecho a la protección de datos de carácter personal. No existe –hasta la fecha- ningún tratado Latinoamericano sobre la protección de datos de carácter personal, sino posiciones políticas o intenciones, que no han podido concretarse y que marquen un camino a la uniformidad regional. Esas intenciones se han dado principalmente en el contexto de la OEA pero con muchas dilaciones.

-Tercera razón: La incorporación aislada de disposiciones constitucionales y legales que tratan de hacer frente a la informática.

Si bien es notable el interés en Latinoamérica de hacer frente al asunto de la informática y su impacto, lo que es claro y palpable es que ello se ha construido desde una actuación aislada por países, con lo cual es imposible hablar de criterios uniformes. Así mismo, es evidente

apreciar en muchos de los países Latinoamericanos que el esfuerzo terminó con la previsión constitucional (que es el caso de la mayoría). A ese contexto ha escapado Argentina, Costa Rica, o Colombia, quienes han avanzado a nivel legislativo y judicial.

- La segunda razón, atiende a la posición pragmática de Latinoamérica, al aceptar y asumir una nueva visión del derecho constitucional (el llamado Derecho Procesal Constitucional). Este no sólo le ha llevado a incorporar en su seno figuras procesales (amparo, habeas corpus y actualmente el habeas data), sino que además configurarlas como nuevos derechos constitucionales. Además, se ha tratado de crear un muro de contención frente al autoritarismo e inestabilidad constitucional, lo que ha generado la suplantación del derecho a la protección de datos, esto es, se le ha quitado su puesto, su autonomía (incluso es una negación de la visión progresiva de los derechos fundamentales), siendo la garantía (el habeas data) la figura con mayor desarrollo en las Américas o aquella en la cual se reduce el nuevo derecho. Ello se desprende de:

Primera razón: La incorporación de figuras procesales en el ámbito del derecho constitucional (Derecho Procesal Constitucional). Porque el camino tomado ha sido el procesal, de manera que Latinoamérica plantea su salida que incluye elevar al ámbito constitucional el remedio procesal constitucional aceptable y necesario para hacer frente a los ataques, abuso de la informática o principalmente los detentores del poder, así como, aquella oportunidad de acceso a la información y –en lo posible- logra un control sobre la misma. Eso permite que Latinoamérica se sitúe en el camino del habeas data y no en el del derecho a la protección de datos personales.

Segunda razón: Se asume el habeas data como un nuevo derecho o garantía, parte del derecho procesal constitucional. En este sentido la doctrina es diversa y poco pacífica, toda vez que al plantearse dentro del nuevo constitucionalismo la incorporación de figuras procesales como la del habeas data, el asunto es que se observa que se hable indistintamente de derecho, de garantía, de proceso o de acción. Por lo que a veces los autores le otorgan una naturaleza mixta (concebida como acción y derecho) o planteada como acción o proceso. Todo lo cual genera desconcierto y confusión y poco desarrollo en el verdadero derecho, este es, el derecho a la protección de datos de carácter personal.

- 2.1. Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal. Prefiriendo las Constituciones latinoamericanas incorporar las figuras del habeas data con énfasis en el control sobre el acceso a la información, el cual constituye el contenido esencial del llamado “derecho”.
- 2.2. El concepto del habeas data es variado. Toda vez, que se ha entendido como un derecho, otros lo definen como el derecho a la libertad informática (entendido como el acceso a la información) y otros, lo entienden como el acceso, uso y finalidad de la información; frente a éstos, se encuentran los que lo conciben como un derecho instrumental, a través del cual se protege a otros derechos (intimidad, vida privada). De manera que, dicha posición, diversidad y profundización en la garantía ha permitido la suplantación del derecho, su poco desarrollo y una visión distinta y pragmática que en definitiva no atiende a la progresividad de los derechos fundamentales.

3) No cabe duda que al apreciar el derecho a la protección de datos de carácter personal, su reconocimiento, desarrollo y evolución normativa, existen claras diferencias entre Europa y Latinoamérica. En el caso Europeo es evidente la doble dimensión en el desarrollo y la progresividad de los derechos fundamentales y la doble experiencia que ha permitido la inspiración de las diversas constituciones y legislaciones internas en los países partes, además de servir de complemento e interpretación, de fuente directa o indirecta del derecho a la protección de datos de carácter personal (Tanto por vía del Consejo de Europa, como por vía de la Unión Europea). Mientras que en el caso Latinoamericano el reconocimiento, desarrollo y evolución normativa ha sido más lento, menos profundo y más procesal, quedando mucho por hacer en el ámbito del la OEA. Todo ello se sustenta en las siguientes afirmaciones:

- Es evidente que desde los años setenta el Consejo de Europa emprendió un notable desarrollo normativo (a través de su Consejo de Ministros), procurando mediante reglas comunes dar efectividad a las garantías nacionales ante el flujo de información de un Estado a otro y tratando de establecer un equilibrio entre la protección de datos y el flujo de información, sin establecer limitaciones a la libre comunicación de datos a terceros, calidad del dato, su autenticidad, su almacenamiento seguro y su empleo. Ello se concretó con el Convenio 108, para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, del 28 de enero de 1981. Con él se avanzó en la necesaria regulación -con criterios claro y entre los países miembros- del tratamiento de todo ese caudal de datos de carácter personal que se había incrementado, y se propició el equilibrio entre éstos y su circulación, por una parte, y entre éstos y la vida privada por la otra. De manera que, el Consejo de Europa –mediante el

Convenio 108-, se constituyó en el promotor del desarrollo de la legislación de protección de datos entre los países Europeos firmantes, estableciendo los principios básicos para su formación, quedando en manos de los países la obligación de adopción de dichas medidas al derecho interno para hacer efectivo los principios base para la protección de datos de carácter personal.

- Ese esfuerzo Europeo de hacer frente y gestar el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, así como permitir la unificación de criterios de relevancia para los países integrantes, también es una labor de la Unión Europea. Ello se aprecia con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 y el Tratado de Lisboa de 2007, a través del cual se le da eficacia al primero, y se constituye una verdadera “Carta Constitucional” y por ende un nuevo derecho comunitario –a nivel europeo- con toda capacidad para imponerse a los propios Estados. Además, podemos resaltar que dentro del seno de la Unión Europea existe un instrumento jurídico de gran valor y considerado como el más importante en la materia (aunque no el único porque luego han derivado otras Directivas), como es el caso de la Directiva 95/46/CE, sobre Protección de Datos Personales, la cual permitió establecer las bases fundamentales en los Estados miembros de la Unión, para que ellos adecuaran sus normas internas a los principios comunes en materia de protección de datos y la cual a diferencia del Convenio 108 ha permitido una mejor protección y mayor firmeza y obligación para los Estados.

- 3.1. España, constituye un ejemplo de desarrollo legislativo y reglamentario en materia de protección de datos de carácter personal. Ello lo refleja la Ley Orgánica de Protección de Datos (15/1999) y su Reglamento (1720/2007).

Con dichos instrumentos no sólo se ha concebido un conjunto de principios, derechos, sino también un sistema de protección y sanciones dirigidas a hacer posible su pleno ejercicio y concreción. Todo cimentado en el consentimiento y el conjunto de facultades que posee el titular del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

- 3.2 En el contexto Latinoamericano los ejemplos no son muchos y el mayor énfasis no se plantea en las leyes de protección de datos de carácter personales. Un primera ejemplo es el caso de Brasil (pionero en la figura), el cual no tiene comparación, toda vez que posee una previsión Constitucional referente principalmente al habeas data en el artículo 5º, LXXII, de la Constitución brasileña de 1988, y una Ley N° 9.507 del 12 de noviembre de 1997, donde se regula el Derecho de Acceso a la Información y se reglamenta el "habeas data". Aquí el avance es netamente procesal y basado únicamente en el acceso a la información. Frente a él un esquema distinto y comparable con el sistema europeo, es el caso de Argentina, con una previsión constitucional (artículo 43 de la Constitución de 1994), pero a la vez una Ley de Protección de los Datos Personales, conocida como habeas data. A diferencia de Brasil, el modelo se basa principalmente en el esquema de la Directiva 95/46/CE y la LOPD 15/1999 española. De hecho, al comparar ambas legislaciones, las dos siguen el mismo patrón, aunque la Argentina incorpora la protección de datos a las persona jurídicas y además una garantía judicial (habeas data). Trabajo que además ha sido reconocido mediante decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, en fecha 30 de junio de 2003 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina.

4) En el contexto venezolano, el primer aspecto que debemos considerar y concluir, es que luego de hacer una revisión de las Constituciones venezolanas desde 1811 a 1999, no cabe duda que el antecedente constitucional del derecho a la protección de datos de carácter personal lo encontramos en el derecho a la vida privada, el cual ha permanecido en cada una de las constituciones revisadas. En cuanto a la intimidad, se trata de un nuevo derecho, de nacimiento reciente con la Constitución de 1999. Ahora bien, aunque en el artículo 60 de la Constitución venezolana de 1999, se concibe el derecho a la intimidad, e incorpora el derecho a la vida privada, la confidencialidad, reputación, y honor (entre otros), el TSJ a través de la SC ha construido un concepto integrador desde el derecho a la vida privada (entendiendo que todo forman parte de los derechos de la personalidad). Ello se deduce de las sentencias:

- La sentencia Nro. 1718, del 20 de agosto de 2003, en el caso *VESTALIA ARAUJO SAMPEDRO y otros*, donde la Sala establece una noción integral de la intimidad, al indicar que: "...dicha previsión es compatible con el derecho **a la protección a la intimidad de la vida privada**,...". (Resaltado nuestro).
- La sentencia Nro. 701, del 18 de abril de 2007, en el caso *WENDY COROMOTO GALVIS RAMOS*, en el cual la Sala Constitucional indica que "...El derecho a la intimidad personal y familiar forma parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada...".
- La sentencia 745, del 15 de julio de 2010, caso *ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO*, donde se asume al artículo 60 como aquél que establece el derecho a la vida como "...un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento constitucional, en principio, sin

ningún tipo de distingo, enmarcado en los denominados derechos de la personalidad...”.

- Y la otra sentencia, es la Nro. 568, del 8 de mayo del 2012, en el caso JOSÉ RAFAEL CASTAÑARES FERNÁNDEZ, en la cual se establece que el ordenamiento jurídico constitucional reconoce “...la vida privada y la información referente al entorno personal...”.

De acuerdo a lo dicho, afirmamos que es acertada la posición integradora que plantea el derecho a la vida privada, al incorporar en él a la intimidad, honor, propia imagen, confidencialidad y reputación, con los cual dio contenido al derecho que desde siempre ha sido parte de nuestra historia jurídica y constitucional.

En esa realidad, aceptamos que el derecho a la intimidad debe entenderse como parte del derecho a la vida privada, que comparte con éste su contenido y la posibilidad de lesión, porque aunque se puede partir de un ámbito interno y otro externo, los límites entre unos y otros no se ven de forma clara o evidente.

Entendemos por tanto, que el derecho a la vida privada es esa potestad de decisión y control que sobre sí tienen las personas, a través de la cual se establecen aquellas zonas reservadas del conocimiento de los demás o aquellas que deseo que otros conozcan, sea a nivel personal o familiar, y que permiten definir todo lo que les perturba en el desarrollo de su personalidad o aquello que quiero que hacer visible o no. Dicho concepto integra la intimidad, el honor, la propia imagen, la confidencialidad, la reputación, las comunicaciones, el domicilio, las relaciones personales, entre otros.

Además de lo ya afirmado, no cabe duda que antes de la Constitución de 1999 en Venezuela no se pueda hablar del derecho a la protección de datos de carácter personal, toda vez que su previsión se plantea por primera vez con ella (mediante los artículos 60 y 28), y aunque podemos apreciar que nuestra historia constitucional posee como punto de partida en el derecho a la vida privada y puede verse como un antecedente constitucional en Venezuela del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, es necesario aclarar que se tratan de dos derechos distintos que no pueden ser confundidos.

4.1. En relación a los antecedentes jurisprudenciales en Venezuela, podemos afirmar que existe dos caminos que se desarrollan en el mismo TSJ en su SC. Uno que inicia desde el año 2000, bajo la interpretación del habeas data asumiendo el derecho a la protección de datos de carácter personal como el derecho de habeas data y especialmente circunscrito en el derecho de las personas a recopilar información, así como el acceso a la información y su posterior actualización, rectificación y destrucción (fase netamente procesal y basada en el artículo 28 de la Constitución de Venezuela). Mientras que de manera paralela la misma SC avanza un segundo camino a partir del año 2005 bajo el esquema de la incorporación de la autodeterminación informativa, que luego mediante una visión integradora procede a reconocer el derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela (integrando así la posición inicial del habeas data al esquema del nuevo derecho bajo los artículos 20, 28, 60, y 143 de la Constitución).

El primer camino interpretativo del derecho a la protección de datos de carácter personal (desde la óptica del habeas data), se puede apreciar en las sentencias:

- La Nro. 1048 del 17 de agosto de 2000, en el caso **WILLIAM ORLANDO OJEDA OROZCO**.
- La Nro. 1050 del 23 de agosto de 2000, caso *Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello*.
- La Nro. 1053 del 31 de agosto de 2000, en el caso *William Ojeda*.
- La Nro. 332 del 14 de marzo de 2001, en el caso *INSACA*.
- La Nro. 2551 del 24 de septiembre (Caso Jaime Ojeda Ortiz), y
- La Nro. 1511 del 9 de noviembre del año 2009, caso Mercedes Josefina Ramírez.

De ellas se desprenden la primera visión de la SC que data desde el año 2000 y que se extiende hasta el año 2009, donde se puede concluir que el derecho a la protección de datos de carácter personal en Venezuela –en esa primera fase- se asume como el derecho de habeas data y por ende se entiende como:

- El derecho a recopilar información de otros.
- El derecho al acceso a la información, vinculado al acceso a la información pública (artículo 143 de la Constitución).
- Se trata de un derecho a controlar la información recopilada (actualizar, rectificar y cancelar).
- Que además de ser un derecho, también se trata de un instrumento procesal (una garantía para otros derechos), actuando como protector de los derechos de la personalidad.

- Un recurso cuyo procedimiento ha establecido el Tribunal Supremo de Justicia ante la ausencia legislativa.

El segundo camino interpretativo del derecho a la protección de datos de carácter personal, podemos concebirlo como esa visión integradora de la SC (basada en la progresividad de los derechos fundamentales), la cual mediante la revisión y conocimiento de casos vinculados al contexto bancario e información de riesgo de los usuarios, inicia un camino paralelo al del habeas data. Ese camino se inicia en el año 2005 con el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa y luego en el año 2011 avanza con el reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal. Ello se desprende de las siguientes sentencias:

- La Nro. 4975 del 15 de diciembre de 2005, en el caso G.A.N.B., Inspectores de Riesgos Asociados, S.A. Con ella se da inicio al camino paralelo al habeas data, reconocimiento y estableciendo la SC un nuevo criterio sobre el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, pero aun con una notable confusión entre éste (con base al artículo 60) y el habeas data (artículo 28), es decir, la sentencia asume criterios parecidos a las sentencias Nros.1048, 1050, 1053, 332, con la diferencia que ahora el énfasis no es procesal sino basado en la progresividad de los derechos fundamentales, incorporando los términos, dato, protección de datos, autodeterminación informativa (aunque vinculada a los derechos de la personalidad) y basada en los principios de información, seguridad, carácter confidencial, finalidad, proporcionalidad, consentimiento, información, protección y secreto.
- La Nro. 1318 del 4 de agosto de 2011, caso Germán José Mandarain Hernández (como Defensor del Pueblo). En ella se

establece lo que hemos denominado la visión integradora de la SC, porque se articula la posición procesal (habeas data), con la posición de progresividad iniciada con la sentencia Nro. 4975 /2005 y se asume el derecho a la protección de datos de carácter personal sobre la base de las disposiciones constitucionales 20, 28, 60 y 143.

No podemos dejar de reconocer que con la sentencia 1318/2011 Venezuela dio un salto importante al reconocer y distinguir entre el verdadero derecho fundamental (derecho a la protección de datos de carácter personal) y su garantía judicial (habeas data), postulando así su autonomía de los derechos de la personalidad y estableciendo las bases constitucionales. Todo lo cual -a pesar de nuestras diferencias u observaciones sobre los criterios esgrimidos-, sería egoísta dejar de reconocer la posición valiente de la SC al rectificar la posición original (plasmada del 2000 al 2009) y poder asumir los errores, pero principalmente proceder a su rectificación.

Sin embargo, con base a los criterios planteados en la sentencia 1318/2011 podemos indicar que:

- Reconocemos que con base a la sentencia 1318/2011 en Venezuela no existe una regulación sistémica sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal, sino una previsión constitucional y el camino avanzado por la SC, siendo una labor pendiente de la Asamblea Nacional. Sin embargo, el habeas data sí posee una previsión actual en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), en los artículos 167 al 178. Previsiones que deben atenderse ante cualquier regulación en materia de protección de datos personales.

- Compartimos con la SC y agregamos que el habeas data no es más que una garantía judicial, un mecanismo de protección, cuyo fin es permitir la plena vigencia del derecho a la protección de datos de carácter personal, por lo que no debe confundirse con el derecho, ni con las facultades que nacen de él (acceso, la actualización, rectificación o cancelación), de manera que como vía procesal hará posible la materialización de aquel. Dicho instrumento, tiene regulación –en Venezuela- en el artículo 28 de la Constitución, y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en los artículos 167 al 178. Sin embargo, el nuevo derecho a la protección de datos, demanda garantías propias (judiciales y extrajudiciales) que permitan su plena vigencia; papel que hasta la fecha se ha dejado en manos del habeas data, pretendiendo que él únicamente resuelva un sinnúmero de situaciones.

- Diferimos del argumento descrito en la sentencia 1318/2011 por la SC al establecer que el derecho a la protección de datos de carácter personal se sustenta en el artículo 20 de la Constitución venezolana (referido al derecho de la personalidad), porque de éste no es posible derivar su contenido esencial, y de llegar a tal afirmación sería una negación de su autonomía y se entraría entonces en contradicciones incluso con los propios artículos 28 y 60 de la Constitución. Con lo cual no se niega que se vincule a otros derechos fundamentales y con los valores de la dignidad, pero tal como ha dicho la SC, se trata de un derecho fundamental autónomo, pero su contenido no subyace del artículo 20 de la Constitución venezolana, porque no se trata de un derecho de la personalidad, como sí lo es la vida privada.

- Diferimos del criterio descrito en la sentencia 1318/2011 por la SC al indicar que el derecho a la protección de datos de carácter personal se sustenta en el artículo 143 de la Constitución venezolana (referido al derecho al acceso a la información pública), porque de éste no es posible derivar su contenido esencial, toda vez que dicha disposición se refiere a la actuación de la Administración Pública frente al ciudadano, esto es, su labor, la cual le impone la obligación frente a los ciudadanos de ser transparente y actuar con transparencia en la atención de derechos fundamentales, pero el enfoque no se concibe directamente sobre ellos.
- En Venezuela, se prevé el derecho a la protección de datos de carácter personal con base a los artículos 60 y 28, siendo esos dos artículos los que se complementan y las únicas bases constitucionales del derecho a la protección de datos de carácter personal. Por ello, la formulación del nuevo derecho, debe hacerse desde la deducción del contenido del artículo 60 en concordancia con el contenido del artículo 28 de la Constitución, para así poderle dar una fundamentación constitucional adecuada y completa.
- Reconocemos, que el contenido y el objeto de la vida privada y el derecho a la protección de datos son distintos. La vida privada comprende la intimidad o esa visión restringida, concebida como aquella no injerencia o exclusión, a través de la cual se impone a otros a que se abstengan de interferir en el ámbito de lo íntimo o hacer uso de lo conocido, y a la vez comprende la potestad de decidir o permitir aquello que otros pueden conocer a nivel personal o a nivel familiar. Mientras que el derecho a la protección de datos otorga a los ciudadanos un conjunto de

facultades que impondrán a otros, y un poder de disponer sobre los datos personales (privados o no). Se trata de un verdadero poder y control de establecer a quién le otorgo mis datos personales y controlar su uso, finalidad, así como la posibilidad de solicitar su actualización, rectificación y cancelación. De manera que, si bien es acertado el criterio de la SC al establecer la autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal (sentencia 1318/2011), especialmente al aceptarlo como un nuevo derecho y además autónomo, porque incluye datos íntimos o no, el asunto es que ello se deduce del contenido de los artículos 60 y 28 de la Constitución.

- Reconocemos que el artículo 60 de la Constitución permite deducir la autodeterminación (o el consentimiento) y la existencia de un conjunto de facultades para los ciudadanos, cuya realidad hace que se encuadre en y bajo una nueva categoría que claramente rebasa los límites de la vida privada (y todos los derechos de la personalidad que la integran), llamada derecho a la protección de datos de carácter personal. Es decir, es en el artículo 60 donde se deduce la existencia de un nuevo derecho, ante el tratamiento de los datos personales, así como, permite deducir de él ese poder de las personas que nacen desde su consentimiento en otorgar sus datos (privados o no) para su tratamiento (ante cualquier tercero, sean particulares o el Estado), cuyo tratamiento plantea un conjunto de principios. Ese artículo se complementa con el artículo 28 de la misma Constitución regulando el acceso a la información, las facultades de control (actualización, la rectificación o la destrucción), su uso y finalidad, así como, la existencia de una garantía judicial (habeas data) con la cual se pretende garantizar la vigencia del mencionado derecho.

- 4.2 Por otro lado, y en el mismo esquema judicial de España a través del TC, tampoco podemos afirmar que la SC posee un criterio absoluto ni sostenido en materia de protección de datos de carácter personal, porque derivado de la sentencia Nro. 568, del 8 de mayo del 2012, en el caso José Rafael Castañares Fernández, a diferencia del criterio de la citada sentencia 1318/2011, se procede a vincularlo con el derecho a la vida privada, con lo cual, vuelve la SC al tronco común de los derechos de la personalidad para dar justificación al derecho a la protección de datos de carácter personal, sobre la base del artículo 60.
- 4.3 Finalmente, asumimos que en Venezuela podemos hablar de un nuevo derecho fundamental, denominado “derecho a la protección de datos de carácter personal”, cuya base constitucional se encuentra en el artículo 60 y 28, el cual ha sido reconocido expresamente por la SC del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia Nro. 1318/2011. Así mismo, que se trata de un derecho autónomo de los derechos de la personalidad y de cualquier otro derecho constitucional y que se traduce en una potestad/poder de control y disposición sobre los datos personales que poseen los ciudadanos, compuesto a su vez por un conjunto de facultades que se otorgan, para que ellos puedan decidir a quién o quiénes proporcionará información -independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares-, estableciéndoles cuáles puede recoger, manteniendo –siempre-, el seguimiento de su uso y finalidad. Ese control permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, además de la facultad de oponerse a su posesión y su uso, proceder a su rectificación o destrucción, e incluso a que sea indemnizado frente a cualquier perjuicio, utilizando para ello las acciones judiciales y extrajudiciales. Por lo que, el derecho a la protección de datos se concreta desde el consentimiento en la recogida que hagan los

terceros, pasando por el conocimiento y acceso a los mismos -su almacenamiento, tratamiento, uso y destino-, hasta poder ejercer la oposición, cancelación, rectificación o actualización, si lo afectan e incluso solicitar la indemnización, de ser el caso.

Bibliografía

- Alcalá Zamora, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión. México. 2000.
- Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales CEC*. Madrid 1993.
- Almuzara Almada, C., Marzo Portera, A., Navalpotro Y. *Estudio Práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2005.
- Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.
- Argüello Téllez, F. "Protección de datos personales: La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica". *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*. Editorial Tirant Lo Blanch. Agencia de Protección de Datos. Valencia-España. 2006.
- Álvarez Cienfuegos-Suárez, J. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Aranzadi. Pamplona. 1999.
- Asebsi Sabater, J. y Esquembre Valdés, M. *Derecho a la información*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.
- Ayala Corao, C. En el artículo "Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos". Véase *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. VVAA. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.
- Balaguer Callejón, M. *El derecho fundamental al honor. Temas claves de la Constitución Española*. Tecno. Madrid. 1992.
- Baño León, J. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988.
- Barbosa Moreira, J. C. "O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora". *Liber Amicorum*. (Fix Zamudio, H). (Volumen II). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. 1998.
- Bazán, V. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Número 94, Enero-Abril). UNAM. México. 1999.

- _____ “El habeas data y el derecho a la autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”. *Estudios Constitucionales (Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales, año 3, nro. 2.)*. Santiago. 2005.
- Bidart Campos, G. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II. Ediar. 3ra. ed. Buenos Aires. 2006.
- _____ Teoría general de los derechos humanos. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1991.
- _____ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo I-B (Nueva edición ampliada y actualizada). Ediar. 3ra. ed. Buenos Aires. 2006.
- Brewer Carias, A. “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.” *Nuevas tendencias: Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. (Directores: Cuarezma Terán, S. y Luciano Pichardo, R.). INEJ. Bogotá. 2011.
- _____ “Discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario”. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002. *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2004.
- _____ “La Constitución Española de 1978 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999: Algunas influencias y otras coincidencias”. *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. Fernández Segado, F (Coordinador). Ministerio de la Presidencia (Secretaría General Técnica) y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.
- _____ “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: Las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional”. *Revista de Derecho público N° 120/2009*. Editorial Jurídica Venezolana. Venezuela. 2009.
- _____ “El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional”. *Temas Constitucionales*. Fundación de Estudios Administrativos. Caracas. 2001.
- _____ “Reflexión crítica de la Constitución de 1999”. *Revista de derecho público*. Nro 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.

- _____*Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II (9 de septiembre – 17 octubre de 1999). Editorial Jurídica Venezolana. 1999.*
- _____*Las Constituciones de Venezuela. Tomo I. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008. “Venezuela: historia y crisis política”. Revista Derecho y Sociedad de los estudiantes de derecho de la Universidad Monteávila. Caracas. 2001.*
- _____*Las Constituciones de Venezuela. Tomo II. 3era Edición ampliada y actualizada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales /Serie estudios. Caracas. 2008.*
- _____*El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999. (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.*
- Brewer, A y Ayala, C. *Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (Colección Textos Legislativos Nro. 5). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1991.
- Cámara Villar, G. “Caracteres generales del reconocimiento constitucional de los derechos y libertades y Eficacia y límites de los derechos y libertades fundamentales”. Balager Callejón, Francisco (Coord.): *Derecho Constitucional (vol. II)*. Tecnos. Madrid. 1999.
- Carrillo, M. “La Unión Europea ante los derechos fundamentales”, en *VVAA, la democracia constitucional. Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Vol. II*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.
- Casal, J. M. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas: UCAB. 2001.
- Colautti, C. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 1999.
- Conde Ortíz, C. *La protección de datos personales, un concepto autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Universidad de Cádiz. Dickinson, 2005
- Correa, C. *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho (Aportes de doctrina internacional, vol. 2)*. Depalma. Buenos Aires. 1996.

Corripio Gil-Delgado, María de los Reyes. Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en internet. Agencia de protección de datos. Madrid, 2000.

Da Silva, J. *Curso de direito constitucional positivo* (Edicao: 31. Ed., ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20-12-2007). Sao Paulo. 2007.

Daranas, M. *BLE*, núms. 137 y 138, marzo-abril 1993.

_____"Jurisprudencia constitucional y extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley de censo". *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*). Número 33. 1984.

Davara Rodríguez, M. "La ley Española de protección de datos: ¿una limitación al uso de la informática para garantizar la intimidad? I y II". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Noviembre. 1992.

_____"La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", *XIII Encuentro sobre informática y Derecho*. Universidad Pontificia de Comillas. Aranzadi. Navarra. 2000.

_____*La protección de datos en Europa*. Madrid. 1998.

_____*La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*. Fundación Airtel. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 2000.

_____*La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*. Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Madrid. 2003.

_____*Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993.

_____*Normativa para la protección de la intimidad: Planteamiento General*. Vol. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Fundación CI-TEMA. Madrid. 1992.

De Abreu Dallari, D. *Ius ET Praxis* (Año 3, número 1). "El Hábeas Data en Brasil". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Talca). Chile. 1997.

Del Peso Navarro, E., Ramos González, M. LORTAD (análisis de la ley), Segunda Edic. Díaz de Santos, Madrid. 1998.

Denninger, E. "El derecho a la autodeterminación informativa, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica". *Actas del Coloquio internacional celebrado en Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*. Tecnos. 1987.

- _____. Diálogo sobre la informática jurídica. Cood.: Jean Luis Bilon. Ed. UNAM. México. 1989. CEC.
- Denninger, E. y Grimm, D. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Trotta. (Traducción de Gutiérrez Gutiérrez, I.) Madrid, 2007.
- De Oliveira, J. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas Constitucionais 1, de 31-3-1992, 2, 25-8-1992, 3, de 17-3-1993, 4, de 14-9-1993, e das Emendas Constitucionais de Revisão 1, de 1º.-3-1994, 2, 3, 4, 5, e 6, de 1994. Saraiva. Brasil. Págs. 56, 57, 58, 59, y 60.
- Ekmekdjian, M. y Pizzolo, C. *Habeas Data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*. Depalma. Buenos Aires. 1998
- Ekmekdjian, M. A. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Depalma. Buenos Aires. 1994.
- Eugenio, F. y Oliver Eugenio, L. "Protección de datos. Análisis comparado de la legislación de algunos países europeos: Alemania, España, Francia y Gran Bretaña". *Boletín de la Facultad de Derecho*. Nro. 7. UNED. Madrid. 1994-
- Falcón, E. *Habeas data. Concepto y procedimiento*. Abeledo-Terrot. Buenos Aires. 1995.
- Faúndez Ledesma, H. (Coord.) "La vigencia del Derecho Internacional en el ámbito nacional." *XXV Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", en homenaje a la memoria del R.P. Dr. Fernando Pérez Llantada (S.J.), (Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio)*. Barquisimeto. 2000.
- Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (aspectos institucionales y procesales)*. 2da. Edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. 1999.
- Fernández Delpech, H. *Internet: su problemática jurídica*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001.
- Fernández Rodríguez, J. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Cívitas. Madrid, 2004.
- Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo* (Edición de Miguel Carbonell). Trotta. Madrid. 2008.

- Fix-Zamudio, H. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución." *Boletín mexicano de derecho comparado* Nro. 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición. UNAM. México. 1969.
- _____. *Derechos Humanos*. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III. Serie Doctrina Jurídica Núm. 64. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2001
- Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Aspectos teóricos y prácticos*. Bosch. Barcelona. 2001.
- Freixes Sanjuán, T y Remotti, J. *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*. Minim Ediciones. Valencia, 2002.
- Frosini, T. E., en "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos* 124. (Nueva Época), abril/junio, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre).
- _____. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio (Los derechos humanos en la era tecnológica)*. Monografías jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid. 1996.
- García Belaunde, D. "Encuentros y desencuentros en torno al derecho procesal constitucional." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Número conmemorativo)*. UNAM. México. 2008.
- García González, A. "La protección de datos. Derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado." Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XL, nro. 120. México. Septiembre-diciembre 2007.
- García, T y Hernández, B. *Informática y libertades (La Protección de Datos Personales y su Regulación en Francia y España)*. Colección Estudios de Derecho. Universidad de Murcia. Primera Edición. España. 2003.
- Goig Martínez, J. M.; Núñez Martínez, Ma. A. y Núñez Rivero, C. *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universitas Internacional. Madrid. 2006
- Gonçalves Fernandes, B. *Remédios Constitucionais*. 2ª edição (Revista, ampliada e atualizada). JusPodivm. Salvador- Bahia. 2011.

- González Murúa, A. R. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la LO 5/1992*. Institut de Ciències Politiques i Socials. Barcelona. 1994.
- Gozaíni, O. *La Justicia Constitucional*. Buenos Aires: Depalma. 1994.
- _____. *El derecho de amparo*. 2da edición. De palma. Buenos Aires. 1998.
- Guerrero Picó, M. *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Editorial Aranzadi. Civitas-Thomson. 2006.
- Guichot, E. *Datos personales y Administración Pública*. Civitas. Navarra. 2005.
- Herrán Ortiz, A. *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Dykinson. Madrid. 1999.
- _____. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos personales*. Dykinson. Madrid. 2002
- _____. *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003.
- Heredero Higuera, M. “Ante la ratificación del Convenio de protección de datos del Consejo de Europa”. *Documentación Administrativa*. Nro. 199, julio-septiembre y octubre-diciembre 1983.
- _____. “La ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. VV. AA: *Informática Judicial, y protección de datos*. Gobierno Vasco. Vitoria 1994.
- _____. “La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del Censo de Población de 1983”. *Documentación Administrativa*, Nro. 198.
- _____. *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*. Aranzadi. Pamplona. 1997.
- Herrero Tejedor, F. *La intimidad como derecho fundamental*. Colex. Madrid 1998.
- _____. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2da Edición. Madrid. 1994.
- Jañez Ramos, F. y otros. *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*. Aranzadi. Navarra. 2002.

- Liebman, E. *Manual de Derecho Procesal Civi.* (Traducción de Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Jurídicas Europeo –Americana. 1980.
- Losano, M. G., Pérez Luño, A. E. y Guerrero Mateus, M. F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos*, col. 21 Cuadernos y Debates, ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. *El derecho a la autodeterminación informativa*, ed. Tecnos, col. Temas clave de la Constitución Española, Madrid, 1990.
- _____*Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Col. 43 Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.
- _____"La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español (I)". Estudios de Jurisprudencia. Año 1, nro. 3, noviembre-diciembre. 1992.
- _____"La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español (II)". Estudios de Jurisprudencia. Año 1, nro. 3, enero-febrero. 1992.
- _____"La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa". *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 19-20/2003.
- _____"Las vicisitudes del Derecho y de la protección de datos personales". *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 58-II/2000,
- _____"El derecho a la intimidad". VV. AA, *Honor intimidad y propia imagen*. Cuaderno de Derecho Judicial nº XXXV. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.
- Manrique Soto, A y Saer Pérez, G. *La información, banco de datos y la protección de las libertades públicas e individuales*. Universidad de Carabobo. Valencia (Venezuela). 1981.
- Martínez de Pisón Caveró, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Madrid. 2005.

- Martínez Martínez, R. *“Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa”*. Thomson-Civitas, Madrid. 2004.
- Morales Prats, F. *La tutela penal de la intimidad: “privacy” e informática*. Destino. Barcelona. 1984.
- Moros Puentes, C. *La Constitución según la Sala Constitucional*. (Tomo I, artículos 1 al 48). Librería J. Rincón. Venezuela. 2006.
- _____. *La Constitución según la Sala Constitucional* (Tomo II artículos 49 a 140). Librería J. Rincón. Venezuela. 2006.
- Ortíz Ortiz, R. *Habeas Data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Frónesis. Caracas. 2001.
- Ortí Vallejo, A. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Comares. Granada. 1994.
- _____. “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática”. (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio). *Derecho privado y Constitución*. Nro. 2, enero-abril. 1994.
- _____. “Cinco años de la Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. *La ley*. Tomo 6. 1997.
- Othon Sidou, J.M. “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandato de injucao y habeas data.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Traducción de Fix Zamudio, H.). Nro 70. UNAM. México. 1991.
- Pais Rodríguez, R. y Rebollo Delgado, L. *Introducción al Derecho I (Derecho Público)*. 2da edición. Manuales Jurídicos Dykinson. Madrid. 2009.
- Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el habeas data a la luz de la Constitución venezolana de 1999.” *Tribunal Supremo de Justicia* (Separata al libro *Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Colección Libros Homenaje Número 3*). Caracas. 2001.
- Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad’*. Civitas. Madrid. 1995.
- Peñaranda, H. *Fundamentos del Derecho de la niñez y de la adolescencia*. Editorial de la Universidad del Zulia (LUZ). Maracaibo. 2009.

Pérez Luño. A. "Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico." *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia. 1976.

_____ *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid. 1984.

_____ *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*. 2º Ed. Tecnos. Madrid 1986.

_____ *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Marcial Pons. Madrid 1996.

_____ "Dilemas actuales de la protección de la intimidad". *Los problemas actuales de los derechos fundamentales*. Univ. Carlos III y BOPE. Madrid 1994.

_____ "El derecho a la autodeterminación informativa". *II Jornadas de Estudio sobre Protección de datos y Derechos fundamentales*, Anuario de Jornadas, 1989-1990, Servicios de Estudios del IVAP. Oñati. 1991.

_____ "El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46." *Consejo General del poder Judicial. Escuela Judicial (Cuadernos Judiciales)*. Madrid. 1997.

_____ "Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española." *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24, noviembre-diciembre. 1981.

_____ "Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data". Edición a cargo de Luis García San Miguel Rodríguez-Arango (*Estudios sobre el derecho a la intimidad*). Tecnos. Madrid. 1992.

_____ "La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español". *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas*, núm. 17. 1989.

_____ "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 9, mayo-junio 1979.

_____ *La seguridad jurídica*. (2da edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona. 1994.

_____ *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. Navarra 2006.

_____ *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989.

_____. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona. 1996.

Peyrano, G. "El tratamiento de datos personales de informaciones periodísticas y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información". *Estudios de Derecho Público (Tomo II)*. Casal, M y Duque Corredor, R (Coodinadores).Ucab. Caracas. 2004.

Pierini, A., Lorences, V., y Tornabene, M. *Hábeas data, derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1999.

Piñar Mañas, J. L. *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos*. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid. 2008.

_____. *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2006.

Piñar Mañas, J. L. y Canales Gil, A. *Legislación de protección de datos*. Iustel. Madrid. 2008.

Plaza, E. y Combellas, R. *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales de la Historia de Venezuela (1811 1999)*. Tomo I y II. UCV. Caracas. 2005.

Prad Fernández, J. L. *Revista de Derecho Político*, Nro 65, UNED. Madrid. 2006.

Proseer, W. L. "Privacy". *California Law Review*, nº 48. 1960.

Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999.

_____. "Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos)." *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, Nro. 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México. 2004.

Puente Muñoz, T: "El Derecho a la intimidad en la Constitución". Anuario de Derecho Civil Tomo XXXIII, fascículo IV de 1980.

_____. "El derecho a la intimidad en el Art. 18 de la CE". VV. AA. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Universidad de Valencia. Valencia 1980.

Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas Data*. Zavalia. Buenos Aires. 2001.

Rebollo Delgado, L. "Criptología y delito cibernético". *Informática y Derechos* números 27 a 29. 1998.

_____"Constitución y Técnicas de Reproducción Asistidas". *Boletín de la Facultad de Derechos de la UNED*, nº 16. 2000.

_____"El derecho a la intimidad". *Libertades informativas*. Torres del Moral, A. (Coord.) y otros. Colex. Madrid. 2009.

_____*El Derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson. 2ª Ed. Madrid 2005.

_____"El secreto de las comunicaciones: problemas actuales". *Revista de Derecho Político de la UNED* números 48 y 49 de 2000.

_____"Derechos de la personalidad y datos personales". *Revista de Derecho Político de la UNED* nº 44 de 1998.

_____*Derechos fundamentales y protección de datos*. Dykinson. Madrid 2004.

_____"Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y la intimidad personal y familiar". *Revista de Derecho Político de la UNED* números 58 y 59 de 2003 – 2004.

_____*Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008.

Rebollo Delgado, L. y Serrano Pérez, M. M. *Introducción a la Protección de datos*. Dykinson. Madrid, 2006.

Rebollo Vargas, R. *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*. Cedecs. Barcelona 1996.

Remolina Angarita, N. "Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet". *Quaestiones Disputatae 2*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2012.

Rondón, H. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Caracas: Ex Libris. 2001.

_____*Cuatro temas álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas: Ex Libris. 2004

Romero, J. L. ("Prologo"). *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas. 1977.

Rubio Llorente, F. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Madrid 1995.

_____ *La forma del poder*. CEC. Madrid 1993.

_____ *Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Estatuto de la Carta*. En EuropaFutura.org, nº 4, Generalitat de Catalunya / Fundación Carles Pi i Sunyer. Barcelona, mayo 2004.

Ruiz Miguel, C. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995.

_____ *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas. Madrid 1994.

Ruiz Miguel, J. "El derecho a la intimidad". Cuadernos para el Diálogo nº 6.1969.

Sagüés, N. *Constitución de la Nación Argentina (Texto oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por la ley 24.430)*. 10 ed. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2004.

_____ *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Buenos Aires. Astrea. 1995.

_____ *Derecho Procesal Constitucional (Recurso extraordinario)*. 4ta ed. Astrea. Buenos Aires. 2002.

_____ "Influencia de la Constitución Española en la reforma constitucional Argentina de 1994. *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. (Artículo Escrito por.). Ministerio de la Presidencia (Secretaría General Técnica) y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Fernández Segado, F (Coordinador). Madrid. 2003.

_____ "Subtipos de hábeas data". J.A. 20/12/95.

Salinas de Frías, A. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Editorial Comares. Granada, 2000.

Sánchez Bravo, A.A. *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*. Edi. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1998,

Sarra, A. *Comercio electrónico y derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet*. Astrea. Buenos Aires. 2001.

Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson. Madrid. 2003.

- ____ “El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, Nuevas Políticas. *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones, (on-line)*. Instituto Andaluz de Administración Pública. 2005.
- ____ “La protección de datos relativos a la salud en la legislación española y en la normativa comunitaria”. *Noticias de la Unión Europea*. Vol.1. núm. 187/188, agosto- septiembre. 2000.
- ____ “Una aproximación a la regulación de los datos médicos a la luz de la nueva Ley de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre y de la Ley Sanitaria 41/2002, de 14 de noviembre”. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 235-236, agosto- septiembre. 2004.
- Suñé Llinás, E. *Marco Jurídico del Tratamiento de los Datos Personales en la Unión Europea y en España. En la armonización legislativa de la Unión Europea*. Dykinson. Madrid, 1999.
- Trillo Álvarez, J. “El recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo frente a determinados preceptos de la LO 5/ 1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. VV. AA: *Informática Judicial y protección de datos personales*. Gobierno Vasco. Vitoria 1994.
- Troncoso Reigada, A. “La protección de datos personales: una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional”. *Cuadernos de Derecho Público*, números 19 y 20. 2003.
- Torres del Moral, Antonio (Coord.) y otros. *Libertades informativas*. Colex. Madrid. 2009.
- Ull Ponte, E. *Legislación Informática* (“Datos personales, propiedad intelectual e industrial y titulaciones universitarias”), Serv. Publ. UNED. 2da edición. Madrid. 1997.
- Upegui Mejía, J. *Habeas data. Fundamentos, naturaleza, régimen*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
- Valadés, D. *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, nro. 41). UNAM. México. 2002
- Vanossi, J. “El habeas data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho*. 13/9/94.
- Vasquéz González, M. “La protección de la intimidad y de las comunicaciones de la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos”. *Ciencias penales: temas*

actuales. Homenaje al R. P. Fernando Pérez Llantada S.J. Ucab. Caracas. 2003.

Velázquez Bautista, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Colex. Madrid. 1993.

Vidal Martínez, J. *El derecho a la intimidad en la LO 5-5-82*. Madrid. 1984.

_____. “Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar”. *Revista General de Derecho*. Septiembre de 1980.

_____. “La protección de la persona en el ordenamiento positivo español”. *Revista de Derecho Privado* números 7 y 8 de 1980.

Villar Palasí, J. L: “Informática y Derecho”. *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Complutense de Madrid. nº 12. 1986.

Villaverde Méndez, I: *Los derechos del público*. Tecnos. Madrid 1995.

_____. “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo A propósito de la STC 254/1993”. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 43.1994.

VV. AA: *Honor, intimidad y propia imagen*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1993.

VV. AA: *Informática judicial y protección de datos personales*. Gobierno Vasco. Vitoria. 1994.

VV. AA: *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*: Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996.

VV. AA: *Delitos contra la libertad y la seguridad*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996.

VV. AA: *Delincuencia económica y tecnologías de la información*. Caracas: Publicaciones UCAB. 2004.

Vizcaíno Calderón, Miguel. *Comentarios a la Ley orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Cívitas. Madrid, 2001.

Yuste, Olga Estella. *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Tecnos. Madrid. 1995.

Warren, S. y Brandeis, L. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review*. Vol IV. Nro. 5. Año 1890-1891.

Zambrano, F. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, Nº 2). Caracas: Atenea. 2001.

Revistas

Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. *Guía de de protección de datos personales para universidades*. Civitas. Madrid. 2004

Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. *Seguridad y protección de datos personales*. Civitas. Madrid. 2009

Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. *Protección de datos personales para corporaciones de derecho público*. Civitas. Madrid. 2008

Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. *Estudios sobre comunidades y protección de datos personales (II Encuentro entre agencias autónomas de protección de datos personales)*. Civitas. Madrid. 2006

Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. *Estudios sobre comunidades y protección de datos personales (V Encuentro entre agencias autónomas de protección de datos personales)*. Civitas. Madrid. 2008

Consejo General del Poder judicial. Escuela Judicial. Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías. *Cuadernos de Derecho judicial*. La protección de datos en la administración de justicia. Madrid. 2004.

Informática y Derecho. *La protección de datos personales (en la LORTAD y derecho comparado)*. UNED. Extremaduras, 1994.

Unión Europea y Derechos fundamentales. Varios autores. Dykinson. Madrid, 2004.

Revista Iberoamericana de Derecho Informático. *Informática y Derecho (34)*. UNED. Ponencias sobre derecho e internet. (Perspectiva de Futuro. M. Cabello y Marisol Sánchez Mausó). Centro Regional de Extremadura. 2002.

Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y libertad de expresión (concordancias de Fernando Herrero - Tejedor. Colex. Madrid 1998.

Revista de Derecho Constitucional. Caracas. Editorial Sherwood. 2003)

Revista de Derecho Constitucional. Nº 9. Caracas: Editorial Sherwood. 2004

Documentos

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constituyente (Diario de Debates).
Octubre-noviembre de 1999. Imprenta del Congreso de la República. Caracas.

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constituyente (Diario de Debates).
Noviembre de 1999 - enero 2000. Imprenta del Congreso de la República.
Caracas.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Consejo Europeo de Niza
del 7 de octubre diciembre de 2000.

Constitución Española

Constitución de la Nación Argentina, del 22 de agosto de 1994.

Constitución Política de la República Federativa del Brasil, de 1988.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria
N° 5.453 24 de marzo de 2000.

Convenio 108, del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la Protección
de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de
Carácter Personal.

BOE N° 4 (suplemento) del 4 de enero del 2001.

BOE N° 181, del 30 de junio de 1991.

BOE N° 262, del 21 de octubre de 1992.

BOE, N° 274 del 15 de noviembre de 1985.

BOE N° 298, del 14 de diciembre de 1999.

Diario Oficial de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de fecha 17 de diciembre de
2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado
Constitutivo de la Comunidad Europea). (2007/C 306/01)

Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas del 30/06/2003, con arreglo
a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la
adecuación de la Protección de los Datos Personales en Argentina.

Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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.

Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre Protección de Bases de Datos.

Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de marzo de 1997, sobre Protección de los Consumidores en Contratos a Distancia.

Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 1999, sobre Firmas Electrónicas.

Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, sobre Comercio Electrónico.

Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 07 de marzo de 2002, de Acceso a las Redes de Comunicaciones Electrónicas.

Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 07 de marzo de 2002, de Autorización de Redes de Comunicaciones Electrónicas.

Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 07 de marzo de 2002, del Marco Regulator de las Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas.

Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 07 de marzo de 2002, del Servicio Universal de Comunicaciones Electrónicas.

Directiva 2004/82/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2002, sobre la Obligación de los Transportistas de Comunicar los Datos de las Personas Transportadas.

Documentos INAP (Nro. 27). Instituto Nacional de Administración Pública. Libro Blanco sobre la Administración Electrónica y la protección de datos personales. Julio 2003.

Gaceta de Caracas, 16 de julio de 1811, Tomo I, número 41.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial N° 39.522 del 01 de Octubre de 2010

Ley N° 9.507, del 12 de noviembre de 1997.

Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, del 30 de octubre de 2000.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999) de Protección de Datos de Carácter Personal.

Reglamento 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 18 de octubre del 2000, sobre Protección de Datos Personales por Parte de las Instituciones y Órganos Comunitarios.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-414/92,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-480/92,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-486/92,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-008/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-022/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-110/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-114/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-160/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-220/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-296/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-303/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-354/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-359/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-389/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-459/93,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-460/93,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. SU.528/93,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. S.V. SU.528/93,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-127/94,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-157/94,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-164/94,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-094/95,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-096A/95,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-097/95,
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-199/95
Sentencia del TC No. 110/1984, del 26 de noviembre.
Sentencia del TC No. 142/1993 del 28 de mayo.
Sentencia del TC No. 254/1993, del 18 de agosto.
Sentencia del TC No 290/2000, del 30 de noviembre.
Sentencia del TC No 292/2000, del 30 de noviembre.
Sentencia del TC No 159/2009, del 29 de junio.
Sentencia del TC No 173/2011, del 07 de noviembre.

Direcciones electrónicas.

Página Oficial de la Red Iberoamericana
www.redipd.org/reuniones/xxii-cumbre-iberoamericana-ides-idphp.php
[Consultada el 19 de abril de 2012].

Sentencia **RUTH CAPRILES MÉNDEZ Y OTROS**, contra el Consejo Nacional Electoral.
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-2378%20.htm>
[Consultada el 19 de noviembre de 2012].

Sentencia **INSACA**, contra el director de drogas y cosméticos del ministerio de sanidad y asistencia social.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1048-170800-00-2397%20.htm>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **VESTALIA ARAUJO SAMPEDRO y otros.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1718-200804-03-0048.htm>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **WENDY COROMOTO GALVIS RAMOS.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/701-180405-06-0482.htm>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **JOSE RAFAEL CASTAÑARES.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/568-8512-2012-11-0855.html>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **WILLIAM ORLANDO OJEDA OROZCO.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1053-310800-00-2397%20.htm>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **WILLIAM ORLANDO OJEDA OROZCO,**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1048-170800-00-2397%20.htm>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **JAIME OJEDA ORTIZ.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2551-240903-03-0980.htm>
[Consultada el 20 de noviembre de 2012].

Sentencia **MERCEDES JOSEFINA RAMÍREZ**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>
[Consultada el 28 de noviembre de 2012].

Sentencia **G.A.N.B., INSPECTORES DE RIESGOS ASOCIADOS, S.A.**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/4975-151205-05-0952.htm>
[Consultada el 28 de noviembre de 2012].

Sentencia **GERMÁN JOSÉ MUNDARAIN HERNÁNDEZ**

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1318-4811-2011-04-2395.html>
[Consultada el 28 de noviembre de 2012].