

Los datos personales en la era digital: Perspectiva constitucional

Gladys Stella Rodríguez

Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J.M. Delgado Ocando"
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
Universidad del Zulia. Tel-fax: 58-261-7596657

Resumen

Las tecnologías de información y comunicación hacen que pugnen derechos jamás antes en oposición; a las Constituciones les corresponde crear o desarrollar marcos de protección. A continuación el trabajo definirá la Privacidad y la Intimidad, se expondrán algunos mecanismos de obtención de la información, se determinará la naturaleza de autodeterminación informativa, se definirá el Habeas Data, a la luz de la Constitución de 1999 y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, se expondrá la participación del Defensor del Pueblo en esta materia, y se darán algunas alternativas para proteger los datos.

Palabras clave: Privacidad, intimidad, Habeas Data, Constitución.

Personal Information in the Digital Era: Constitutional Perspective

Abstract

Information and communication technologies create conflicts between rights that were never in opposition before; constitutions are supposed to develop protective frameworks. This paper will define the concepts of Privacy and Intimacy, and offer some mechanisms for obtaining information. The nature of informative self-determination will also be determined, and Habeas Data will be defined, according to the 1999 Constitution and Jurisprudence of the Venezuelan Supreme Tribunal of Justice. The participation of the Public Defender in this matter will be explained, and some alternatives for the protection of information will be given.

Key words: Privacy, intimacy, Habeas Dates, Constitution.

Recibido: 12-11-2002 · Aceptado: 06-03-2003

Introducción

El avance de la ciencia y especialmente de la tecnología de información y comunicación hacen que pugnen derechos que antes jamás se pensó estarían en oposición, y es a las Constituciones dentro del marco de las democracias participativas las que le corresponde crear o desarrollar marcos de protección para ese individuo que hoy ve como en sus diferentes relaciones inter-subjetivas, la tecnología tiene un papel preponderante.

Hay quienes afirman, por ejemplo, que Internet es un espacio o lugar sin límites y sin fronteras que "las fronteras van en contra de la naturaleza de Internet, y no se puede impedir a la gente que acceda a toda la información" (Pillen, 2000). Este mito que guarda relación con los espacios geográficos, y que pudiese ser comparado con los hechos o situaciones que ocurren en aguas internacionales, nace tal vez de una concepción errada de lo que es Internet, la World Wide Web o el Ciberespacio, como medios de conexión y/o interacción comercial, institucional o educacional, principalmente (Brandt, 2001: 31).

La red Internet, vista como un medio de intercambio, tal y como fue concebida cuando se fundó Arpanet ⁽¹⁾ o la propia Web; implicaban de una u otra forma, la participación de personas reales, ubicadas en espacios físicos reales, en los cuales estaban vigentes leyes reales y sobre cuyos territorios reales, ejercen jurisdicción organismos y tribunales de justicia que no son virtuales.

Es decir que existía alguna ley capaz de ser aplicada en todas y cada una de las circunstancias que surgían. En la última década del siglo pasado el ciberespacio, Internet o la Web, se constituyeron en un medio para realizar operaciones comerciales, a través de los distintos tipos de comercio electrónico, y al considerar estos medios como una extensión lógica del comercio tradicional, era lógico concluir que tales operaciones debían en principio regirse por las mismas leyes del comercio tradicional.

Aún en los casos de establecimientos que operan por primera vez en Internet, es decir, aquellos que nunca han tenido sede en el mundo físico, siempre se construye una plataforma corporativa legal sobre el mundo real, a la cual se aplican las leyes de dicho mundo (Brandt, 2001: 31).

Y es que la Humanidad se encuentra en estos tiempos en una encrucijada y asimismo lo está el Derecho. Es una época en que empezamos a percibir que comienzan a no ser válidas las viejas instituciones jurídicas y aquellas que pueden llegar a sustituirlas están en construcción o simplemente no existen. Aparecen nuevos espacios, como Internet, donde la globalidad hace realidad aquella aldea global anunciada por MacLuhan hace más de tres décadas. Asimismo esta globalización dificulta la generación de leyes que ya no son suficientes a nivel nacional, ni tampoco a nivel de grandes zonas geopolíticas, como la Unión Europea, sino que tendrían que tener ámbito mundial.

Sin embargo, bien es cierto que los ordenamientos jurídicos de los países reflejan el modo de vivir de una sociedad, en definitiva de una cultura en los que los dos pilares más importantes son la Constitución y el Código Penal, al que algunos denominan Constitución negativa.

La forma de entender la vida es distinta de unas culturas a otras e inclusive de una época a otra y esto trasciende al derecho.

Esos avances tecnológicos a los que se hizo referencia anteriormente, que proporcionan grandes bienes a los seres humanos también tienen su lado negativo. Así la facilidad para tratar, transmitir y almacenar información atentan contra uno de los bienes más preciados del ser humano: su derecho a la intimidad, a la privacidad y al honor no permitiendo que los demás conozcan de uno aquello que no deseamos que se conozca y en último caso, si esto llega a ocurrir que podamos saber quién tiene nuestros datos qué datos tiene, cómo los ha obtenido y para qué los quiere.

Todos estos elementos conforman el principio que se conoce como autodeterminación informativa o libertad informática.

Dicho principio fue enunciado en una célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe el 15 de diciembre de 1983 basándose en el derecho a la personalidad de la Ley Fundamental de Bonn (Del Peso, 2000: 62). La sentencia sostuvo lo siguiente: "que dicho derecho supone la facultad del individuo de disponer y revelar datos referentes a su vida privada...en todas las fases de elaboración y uso de datos, o sea, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación" (Pérez Luño, 1999:140).

Por tanto, atendiendo a este nuevo fenómeno de las telecomunicaciones y sus beneficios a la par de sus riesgos, a continuación el presente trabajo procederá a definir qué es la Privacidad y qué es la Intimidad, asimismo estos derechos frente al derecho de información pues siendo ambos derechos fundamentales en materia de la Red de Redes parecieran enfrentados, se hace referencia a algunos mecanismos de obtención de la información, se determina la naturaleza del derecho de libertad informática o autodeterminación informativa, se define a la garantía constitucional del Habeas Data, haciéndose algunos comentarios a la luz de la Constitución de 1999 y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, se expone la participación del Defensor del Pueblo de acuerdo al texto constitucional en materia de habeas data, y finalmente, se dan algunas alternativas sobre la protección de los datos personales.

Se utilizó una metodología descriptiva explicativa con base a material doctrinario, legislativo y jurisprudencial.

1. Privacidad e Intimidad

La palabra privacidad sigue siendo un anglicismo en nuestro entorno. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española aún no ha recogido dicho concepto. Sin embargo, la palabra es de uso corriente en el mundo jurídico y poco a poco se va diferenciando entre lo que es intimidad y lo que es privacidad.

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. En este sentido, esta nueva generación de derechos que involucra la protección de los datos personales incluidos los datos sensibles (estado de salud, inclinación política, preferencias sexuales y conducta religiosa, entre otras), forman parte de lo que se denomina Privacidad y rôtese que se habla de la privacidad y no de la intimidad. Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo– la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan un perfil de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado.

Así la intimidad, en sentido estricto está suficientemente protegida por las previsiones del artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, conjuntamente con la privacidad y el honor dado el avance de las nuevas tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Art. 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”.

Hoy el límite entre el tiempo y el espacio han desaparecido; las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio y, la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, independientemente del lugar donde ocurrieron los hechos o remotos que fueran éstos. Los más diversos datos –sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado dinero plástico, sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideologías, por poner sólo algunos ejemplos– relativos a las personas podrían ser, así, almacenados y recuperados sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de

ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; aquélla a la que sólo debe tener acceso el individuo y, quizás, quienes le son más próximos, o aquellos a los que él autorice. Aún más: El conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor; y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, el otorgamiento de un préstamo o la admisión en determinados clubes o asociaciones.

Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor una frontera que sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, discriminada y ordenada de los datos a ella referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 60 de la Constitución Bolivariana de Venezuela.

Para algunos la incorporación de Internet a este escenario no hace más que aumentar el riesgo por la inseguridad que aún en muchos momentos presenta. Pero en realidad ¿Qué es Internet?, desde el punto de vista físico se trata de un conjunto de redes acopladas unas a otras mediante un sencillo protocolo que en ningún caso buscaba la seguridad en la red sino más bien la interoperabilidad, que quienes accedían a la misma se pudiesen entender sin depender del tipo de red al que estuviesen conectados.

Aparte de su origen, en cierto modo paramilitar, Internet, bajo los sucesivos nombres que fue recibiendo, fue un maravilloso hallazgo para el mundo científico. Por primera vez se podían comunicar los científicos entre varias universidades intercambiando información y a un bajo precio.

El sistema de comunicación al principio no era atractivo pero eso en los medios universitarios no era un obstáculo para su avance.

Poco a poco la forma de navegar por la red se hizo más agradable y con el descubrimiento de la Web, y el empleo del hipertexto y los hipervínculos se amplió el campo de las personas que querían utilizar la red (Del Peso, 2000:67).

Esto hizo que los principios que existían en un origen: prohibición del uso de la red con fines mercantiles, una cierta anarquía en el uso, etc., poco a poco fueran cambiando.

Hoy Internet es un fenómeno social que tiende a modificar en parte muchos de los conceptos que afectan a la sociedad, no sólo en materia de comunicación, sino también en las relaciones entre individuos, comunidades, empresas, etc., y esto como se sabe afecta mucho al derecho.

Es importante entender el papel de los diversos personajes que actúan en Internet, pues sus objetivos son distintos y por tanto su protagonismo frente al derecho es igualmente diferente. En primer lugar están los que tienen algo que decir que utilizan la red como vía de difusión de sus mensajes ya sean políticos, religiosos, académicos o meramente comerciales. En segundo lugar, los simplemente receptores que tratan de encontrar en la red la información que necesitan; y por último se encuentran los que utilizan la red como medio para comunicarse con otras personas.

Igualmente de cara a la responsabilidad jurídica de cada uno es importante conocer los

diversos agentes que intervienen en Internet, que en algún momento coinciden con los anteriores, y que básicamente son los siguientes:

- Operador de comunicaciones

Es la empresa de telecomunicaciones que facilita la infraestructura

- Proveedor de acceso a Internet

Es la empresa o profesional que facilita al usuario su conexión a la red. Su ordenador debe estar conectado permanentemente a la red y debe estar disponible veinticuatro horas al día y siete días a la semana para que los usuarios se puedan conectar a él vía telefónica o por cable.

- Proveedor de contenidos

Es quien facilita información en la red de usuario. Esta información puede ser de carácter gratuito o previo pago.

- Usuario

Es quien se conecta a la red y en definitiva paga por sus servicios: a la operadora de telecomunicaciones, al proveedor de acceso a Internet y en algunos casos al proveedor de contenidos. Todos estos protagonistas pueden ser titulares de derechos y obligaciones y establecer entre ellos múltiples relaciones jurídicas (Del Peso, 2000:68).

En resumen vemos que nos encontramos ante una herramienta muy poderosa, reciente en su implantación generalizada, que es relativamente económica, accesible desde cualquier punto de conexión vía telefónica, incluida la móvil y vía cable, y prácticamente independiente de las distancias. Estas características la configuran como un marco ideal para conseguir la generalización del comercio y evitar en alto grado la intermediación entre otros posibles beneficios. En Internet, como en el mundo real existen colisiones de derechos: entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, entre aquél y el derecho a la libre circulación de datos.

El derecho a la información es ese conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación de las ideas y que se le denomina de diferentes maneras: libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de imprenta, libertad de opinión, libertad de palabra, libertad de información, entre otros.

El concepto de derecho a la información parece abarcador de la diversa gama de derechos y libertades que se refieren a la expresión, a la comunicación pública de datos. Es por eso que bajo este título derecho a la información se pretende dar cuenta de la lucha por la libertad de expresión que es parte de la historia de la humanidad desde sus comienzos mismos.

El hombre soberano de sus pensamientos, dueño de la libertad de pensar, tan amplia como su capacidad se lo permite e irrestricta por pertenecer a su fuero íntimo, ve sin embargo, limitada su libertad de expresión en tanto que ésta es la voz de la conciencia y al hacerse oír puede afectar los intereses de los demás.

Si bien en los albores de la humanidad las tendencias autoritarias que restringen el acceso del hombre a la información parecieron triunfar, con lentitud pero con coraje y sin pausa; la libertad de información fue triunfando hasta lograr un lugar de suma

importancia en la consideración normativa. Al punto tal que Harold Innis y Marshall MacLuhan nos dicen que los nuevos medios de comunicación precipitaron los cambios políticos a lo largo de la historia.

En este sentido, no cabe menor duda que la Red de Redes es un medio amplio para permitir controles y excesos en el contenido de los datos, de allí que algunos se refieran a:

2. Internet y su Autorregulación

A través de los años se ha ido produciendo una evolución del concepto de protección de datos determinada por dos aspectos fundamentales: la evolución de las técnicas de información y la nueva configuración del derecho a la vida privada.

En los primeros años de aplicación de las leyes de protección de datos la discusión se centraba en la antítesis "vida privada versus computadoras".

Por otro lado, la concepción del derecho a la vida privada como el derecho a ser dejado solo, corresponde a una época caracterizada por un acentuado individualismo. En la actualidad el derecho a la vida privada ha dejado de concebirse como la libertad negativa de rechazar u oponerse al uso de información sobre sí mismo, para pasar a ser la libertad positiva de supervisar el uso de la información (Correa, 1987).

Este crecimiento acelerado no sólo en el campo de lo físico sino en el ciberespacio ha hecho surgir toda una infraestructura de información, a veces llamada "la superautopista de la información" o "red de redes", o simplemente Internet.

La Internet es uno de los sistemas principales de transferencia de archivos y mensajes digitales por una red de enlaces de conexiones y computadoras, con un crecimiento exponencial que une a más de treinta y cinco millones de "ciudadanos internacionales" (Neff, 1997).

Desde su apertura el público Internet conoce un desarrollo impetuoso. Según las declaraciones de David Baron, profesor de la Escuela de Derecho de Harvard, el grado de rendimiento se está duplicando en un promedio de cada 18 meses y debería alcanzar en el umbral del próximo siglo 32 veces más que un computador personal de 1993.

Este avance tecnológico ha hecho necesario preguntarse si es necesario una autorregulación a Internet.

En principio se tiene que el art. 19 de la Declaración de Derechos Humanos consagra:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Por primera vez desde esta proclamación del derecho internacional a la libertad de expresión realizada en 1948, los ciudadanos del mundo tienen la capacidad de ejercerlo de una manera verdaderamente global, "sin limitación de fronteras". Con la llegada de Internet, los métodos de acceso y difusión de información han cambiado radicalmente, con grandes consecuencias para las personas, la sociedad civil y los gobiernos.

Internet configura una herramienta que para algunos es la última maravilla del siglo, permite a cualquier persona con un ordenador y una conexión a la Red comunicarse

instantáneamente con otras personas en cualquier parte del mundo. Internet ofrece a instituciones educativas, empresas y organizaciones benéficas la oportunidad de intercambiar ideas y promover el progreso científico, cultural y económico. Los medios tradicionales pueden expandir grandemente su audiencia a cambio de un costo. Internet es global de por sí. Trasciende las fronteras nacionales en un grado que ninguna otra tecnología puede superar y elimina barreras a la libre circulación de ideas.

Estas características únicas de esta nueva tecnología, si es debidamente apoyada, pueden promover la libertad de expresión tan esencial para la democracia y la sociedad civil en un grado antes imposible.

Los gobiernos, sin embargo, ya han empezado a imponer controles en Internet, amenazando el potencial de este nuevo medio. Algunos gobiernos han aprobado leyes que prohíben la difusión de determinadas clases de información en Internet y han intentado procesar a usuarios y proveedores de acceso. Otros han intentado controlar el acceso a la Red, obligando a la instalación de servidores proxy nacionales y al bloqueo de determinados *websites*. Y en otros países, los gobiernos han promovido la "autorregulación", en realidad con la finalidad de obligar a los proveedores de acceso a controlar el comportamiento de sus clientes.

Existe un cuerpo de leyes internacionales fuertemente establecido que protegen el derecho a la libertad de expresión. Como veremos, varios principios que protegen los derechos humanos ven atenuada su eficacia por excepciones y puede resultar difícil que sean respetados. Más aún, no todos los países están adscritos a un acuerdo sobre derechos humanos. Pero la ley internacional sobre derechos humanos ha hecho avanzar la causa de la libertad de expresión y es aplicable indudablemente a Internet y a otros medios digitales. Dado el lenguaje tan general de los documentos internacionales y regionales sobre derechos humanos, sin duda las medidas gubernamentales destinadas a controlar Internet están sujetas a la ley internacional (Rodríguez, 2000).

Sin embargo, no es la intención crear una controversia entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad. Muy por el contrario, se trata de transmitir el convencimiento de que tanto uno como el otro son necesarios y conducentes para proteger al ser humano.

El derecho de información, por su parte, se eleva a la caracterización de derecho humano al derecho a la información, definiendo las libertades que se encuentran abarcadas en el concepto de aquél, a saber: libertad de investigar, libertad de difundir y libertad de recibir informaciones y opiniones. Es decir, que se reconoció en el derecho a la información un derecho esencial para la naturaleza humana. El hombre necesita de la información para su desarrollo y bienestar. En tal sentido la informática es una ayuda invaluable. Pero el hombre necesita tanto de la información como de que ésta sea auténtica. De nada servirán los nobles principios enunciados si el derecho a la información deviene en la protección de una mentira.

Además el hombre informado y con derecho a informarse requiere de un campo de intimidad, de aquel escudo que la privacidad le brinda para ser él y nadie más. He aquí otros de los límites al derecho a la información o en otros términos la génesis del derecho a la intimidad.

Es, entonces, cuando se puede concluir que tanto el derecho a la información como el derecho a la intimidad, van en el mismo camino del desarrollo y bienestar del hombre.

No hay que olvidar que el futuro no es algo que se predice, sino algo que se crea día a día. A ello contribuye tanto la información manejada como la privacidad del ser humano

para poder desarrollar todo su potencial.

Como se ha visto hasta ahora debe existir un sutil equilibrio entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad. Solo el equilibrio garantiza la equidad y la justicia.

Contribuye a ese equilibrio que todo ser humano goce del derecho a saber de la existencia de archivos (sean manuales o informáticos) que contengan datos individuales, así como la finalidad de tales archivos y los datos consignados en él. También tiene derecho a conocer la identidad del responsable del archivo y cuándo y cómo van a circular sus datos en él contenidos. Estos derechos forman parte del llamado derecho a conocer.

Ahora bien, el derecho a conocer se ve complementado con el derecho de acceso, siendo éste el derecho que permite a la persona averiguar el contenido de la información que de ella se registra en un archivo o banco de datos.

Pero ambos derechos, tanto el derecho a conocer como el derecho de acceso serían meramente enunciativos e ineficientes sin el derecho de rectificar. Entendiendo por tal el derecho de la persona, cuyos datos descasan en un archivo o banco de datos, a modificar aquellos datos personales que por incorrectos, parciales o desactualizados ocasionen o puedan ocasionar perjuicios. Estos mecanismos de control: acceso, rectificación, actualización y supresión pueden ser ejercidos efectivamente si se cuenta con una acción o recurso o garantía, y para ello en la mayoría de las Constituciones se consagra el habeas data. Sin embargo, un poco para justificar aún más la existencia de este recurso, a continuación se indicarán los diversos y especializados mecanismos de obtención de la información que supone es confidencial a través de la web y que deben hacernos cautelosos frente al derecho legítimo de información.

3. Mecanismos de Obtención de la Información

- Formulario de Registro en el Sitio Web

Este es quizá el momento en el cual la mayor cantidad y la mas importante información es recolectada de los usuarios. Es el momento ideal en el cual el usuario está dispuesto a suministrar los datos solicitados debido a su interés en usar la pagina, el servicio o adquirir el producto.

Usualmente en dicho momento el usuario llena casillas autorizando al sitio Web a utilizar cualesquiera otros mecanismos para obtener información periódica, bien a través de la propia pagina Web, a través de la pagina Web que comparten el sello de respaldo o a través de otras paginas relacionadas. Es importante tener definida una estrategia de recolección de información pues es precisamente éste el momento para ejecutarla y obtener los insumos que luego usará el sitio Web para otros fines incluyendo mercadeo, satisfacción al cliente, estadísticas, propaganda, etc.

- A través de las Galletas ("Cookies")

Normalmente el sitio Web coloca "*cookies*" en la computadora del usuario y permite igualmente que muchas empresas que hacen publicidad en dicha pagina, coloquen "*cookies*", igualmente en su computadora. Es importante destacar que el uso de ambos tipos de "*cookies*" puede estar regido por diferentes políticas de privacidad desarrolladas por ambas empresas. Normalmente el usuario puede configurar su navegador para que no reciba las "*cookies*" que envían las paginas Web, o después de navegar, simplemente entrar en el subdirectorío correspondiente de Windows y borrar las "*cookies*" que le han sido depositadas. Hay que recordar igualmente que el sitio Web solo accederá a las

"cookies" que el mismo sitio Web ha depositado en la máquina y no las otras "cookies" depositadas por otros sitios Web, aunque ha habido argumentos que establecen lo contrario. Esto puede traer incomodidades cuando el usuario vuelva a entrar en Sitio Web favorito pues probablemente deberá suministrar toda la información previamente dada y que había sido almacenada. De igual manera, si se configura el navegador de la máquina para no recibir "cookies", la navegación en Internet se hace bastante lenta y complicada. En muchos sistemas, se rechazan las "cookies", el usuario no podrá usar servicios anexos tales como e-mail, *Chat*, etc. Como usuarios de paginas Web, debemos entender que casi toda la información obtenida por el sitio Web es para nuestro propio beneficio. Somos nosotros los que recibimos el tipo de publicidad y productos que nos gustan, basados en los perfiles elaborados con dicha información.

- Almacenamiento de Información

Íntimamente relacionado con el punto anterior, debemos mencionar que cuando el usuario se registra, normalmente el Sitio Web hace una copia o respaldo de la información suministrada previamente a fin de evitar pérdida o destrucción de la información, ésta es almacenada en bases de datos para suministrar acceso inmediato a la información en cuestión. Cuando el usuario le pide al Sitio Web que desactive su cuenta y borre esta información, la información de respaldo mencionada es borrada dentro de un tiempo prudencial. Es importante verificar que tipo de mecanismos de respaldo mantiene el sitio Web para informar de ello al público.

- "Los Files"

Se denominan "los files" los archivos o informaciones que almacenan y procesan las computadoras o servidores del Sitio Web en su actividad diaria. Estos archivos son usados para diferentes propósitos de investigación, auditorias etc.

- Dirección de Protocolo de Internet (Dirección de IP)

La dirección de IP es la dirección que da el navegador del usuario cuando solicita una pagina a otra computadora, es decir, escribe la dirección o hace clic en un *link*, a fin de que esa otra computadora sepa hacia donde debe enviar la información solicitada. Esto es lo que se conoce como Dirección de IP de la computadora del usuario. El sitio Web, por lo tanto, recibe esta dirección cada vez que un usuario accede al sitio. La dirección de IP también puede ser almacenada en la base de datos del sitio Web. Al igual que mencionamos en el caso de las "cookies", el sitio Web usa dicha dirección para diferentes fines, entre los cuales encontramos: diagnosticar o resolver problemas reportados y que están relacionados con dicha dirección, o enviar información basada en la ubicación geográfica derivada de la dirección de IP pues muchas direcciones están asociadas con proveedores de Internet o grupos tales como Universidades ubicadas en un área determinada. Hay que definir cual manejo de direcciones de IP se hace en el sitio Web para desplegarlo en la política correspondiente.

- Avisos publicitarios de terceros.

Como comentáramos, es posible que la pagina Web envíe al navegador del usuario publicidad de terceros que se ve en el sitio Web, esto se traduce en la colocación de "cookies" de dichos publicitas en la máquina del usuario. Si el usuario decide no recibir información de dichos terceros, es usual que en el sitio Web se desplieguen los links para acceder a las paginas Web de dichos terceros y realizar la selección de ser removido de dicho servicio, en cada sitio Web por separado. Es por esto que cuando el usuario decide cancelar la suscripción de un sitio Web particular, a menudo continua recibiendo

publicidad, la cual probablemente, es consecuencia de lo que acabamos de mencionar. A su vez cada sitio Web de los mencionados puede haber aplicado la misma política y puede haberse generado una reacción en cadena de difícil control.

- Web Beacons

Son imágenes electrónicas que permiten al sitio Web contra los usuarios que visita el sitio Web o dar acceso a ciertas "cookies". Normalmente estas imágenes son incluidas en e-mails, premios, publicidad, etc.

- Otros cuestionarios

Es usual que periódicamente el sitio Web envíe cuestionarios a los usuarios por motivos de investigación, mercadeo, etc. La información es usada normalmente para beneficio del sitio Web, el diseño de sus políticas comerciales y de asistencia al usuario. Muchos de estos cuestionarios se hacen en forma privada y regulados por acuerdos de confidencialidad que amparen el suministro de información sensible para ambas partes (Brandt, 2001: 179).

Luego de lo anterior surge una preocupación sobre la problemática de compartir en línea información personal. Pero muy en el interior, siempre la pregunta es si está realmente justificado el alboroto ocasionado por los seguidores de la privacidad en línea. Cuando en realidad la misma información es usada por empresas que no están en Internet, sin que haya habido hasta los momentos, queja alguna cuando nos llega a nuestra oficina o residencias publicidad de establecimientos desconocidos por nosotros.

Pero si nos enfocamos mas aun al tema, las paginas Web, cabe formularse entonces la pregunta : ¿Cuántas personas revisan realmente la política de privacidad de un sitio Web antes de comprar?

En una encuesta reciente realizada por la Revista Business en enero de 2001, bastante significativa, de una muestra de 669 votos, el 6% manifestó que "siempre" leía la política de privacidad del sitio Web antes de comprar; el 15% indicó que "algunas veces", el 31% señaló que "en ocasiones" y un abrumador 46% de la muestra responde que "nunca" revisaba la política de privacidad antes de comprar.

Si por analogía aplicamos estas cifras a los sitios Web donde no hay operaciones de comercio electrónico y en las cuales no media pago alguno, probablemente el porcentaje mencionado sería mayor, ya que si la gente no revisa la política de privacidad en situaciones relevantes como el caso de una compra, mucho menos lo hará con paginas de contenido.

Otra cifra igualmente importante es la que se refiere al tipo de información que el usuario suministra la cual es la siguiente: información demográfica: 85%, fecha de nacimiento: 62%, dirección de residencia: 61% y teléfono de hogar: 42%. Otras cifras muestran lo siguiente: 64% de los usuarios de Internet han compartido o estarían dispuestos a compartir en línea sus e-mails o nombres para usar una pagina Web. Y 63% de los usuarios han suministrado información para personalizar un sitio Web y un alto 87% lo ha hecho para lograr una personalización especial (Business, 2001:2).

Seguramente mientras navega por Internet, en algún momento se ha preguntado o ha considerado que sería ideal si se pudiese configurar el navegador, no sólo para que realice las funciones que ejecuta normalmente, como recibir o no "cookies" y funciones similares, sino para que se pudiera configurar con las preferencias en materias como privacidad y

aspecto legales, ley aplicable y resolución de conflictos y el navegador sólo conduzca a paginas que cumplen con la exigencias que se ha configurado.

Afortunadamente, en materia de privacidad, esto ya es una realidad. Es lo que se conoce como P3P o Plataforma del Proyecto de Preferencias de Privacidad (*Platform for Privacy Preferences Project*) (2).

El aporte del proyecto es ayudar a los usuarios a estar informados acerca de las practicas de los sitios Web simplificando la lectura de las practicas o políticas de privacidad. Con P3P, los usuarios no tienen que leer la política de privacidad del sitio Web en cada visita sino en lugar de eso, la información clave que el sitio Web está obteniendo se reúne automáticamente y cualquier discrepancia entre las practicas de privacidad del sitio Web y las preferencias del usuario, pueden ser resuelta incrementando de esta forma la confianza en la Web.

Ahora, actualmente el problema se resuelve borrando la información de una pagina Web? La pregunta anterior, es una de las más formuladas por los usuarios que disgustados con algún sitio Web no desean tener que ver más nada con el mismo. La primera reacción en este sentido es borrar el sitio de las paginas favoritas, entrar en el archivo del programa Windows donde se depositan las "cookies" y eliminar la correspondiente al sitio Web en cuestión, cualquier contacto que existiese con dicha pagina Web. Lo anterior se traduce en exigir al sitio Web borrar la información confidencial, que en alguna ocasión, probablemente al momento del registro se suministró.

Muchas paginas Web probablemente accedan a la petición del usuario así como acceden a no enviar e-mails publicitarios. Sin embargo, todo dependerá de la política de privacidad de la pagina, partiendo del punto de que la misma ha sido elaborada de conformidad con la legislación correspondiente. Al observar muchas políticas de privacidad se lee lo que se conoce como la "letra pequeña" nos daremos cuenta de que la mayoría de los sitios Web han incluido la previsión de poder disponer de la información bajo ciertas circunstancias. Y si se leen con detalle se podrá ver el permiso para, incluir y modificar los datos, pero el mecanismo no permite borrarlo del todo. Es decir, existe cierta información que siempre queda en los sistemas de la pagina Web.

Como se comentó, todo dependerá de la política de la compañía. Al menos en Venezuela, se considera que a pesar de los principios constitucionales y legales establecidos en nuestra constitución y la Ley Sobre Protección a la Privacidad de las telecomunicaciones; en ambos textos legales, se hace énfasis en los supuestos bajos los cuales podría exigírsele a una persona que suministre la información. Tal es el caso de uso indebido o arbitrario de la misma. Es decir que el simple capricho del usuario por borrar la información según el convenio aceptado cuando accedió al sitio Web, sólo podría relajarse bajo ciertos supuestos, en cuyos casos debería acudir a las autoridades competentes y probar sus pretensiones. Por ello es recomendable, dar una lectura detallada de la llamada letra pequeña de las paginas Web.

Ante lo indicado es necesario determinar el derecho del cual gozamos todos los ciudadanos y ciudadanas nacionales y es el de la denominada autodeterminación informativa, a fin de establecer los límites y alcances del mismo.

4. Naturaleza del derecho de protección de la autodeterminación informativa

Al sistema jurídico le corresponde actuar atento a las nuevas necesidades demandadas por una sociedad crecientemente informatizada, haciendo así también un ejercicio de

adaptación interna de contenidos y valores.

Uno de los aspectos más importantes de la adaptación del Derecho a las nuevas tecnologías es el incipiente, pero firme, reconocimiento en los textos y en la jurisprudencia constitucional de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que es parte de los mismos derechos de la personalidad.

Se ha señalado con rotundidad que una sociedad desarrollada no puede ignorar que la informática aporta instrumentos insustituibles para recoger, almacenar, clasificar, racionalizar y transmitir los datos e informaciones necesarios para la gestión de toda clase de servicios y actividades.

Su progresiva e imparable implantación invade todas las esferas sociales afectando a las relaciones laborales, al ámbito de actuación de las entidades crediticias y financieras y al mundo de los medios de comunicación, llegando a romper las fronteras de la intimidad y saltando con asombrosa facilidad por encima de los límites tradicionalmente establecidos.

Por derechos de la personalidad debe entenderse el conjunto de aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades. Entre estos derechos se encuentra; pues, el derecho a la intimidad personal recogido en el artículo 60 de nuestra Constitución.

Cabe recordar que la construcción doctrinal de los derechos de la personalidad encuentra su origen en el ordenamiento jurídico privado, en donde su consideración de innatos al ser humano, se les califica de intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

Algunos de estos derechos están expresamente consagrados en las Constituciones democráticas. Entre ellas, la Constitución venezolana de 1999 reconoce junto con el derecho a la libertad y a la seguridad personal (en sus diversas acepciones), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Art. 60 de la Constitución Venezolana).

El derecho a la intimidad personal está directamente vinculado a la dignidad de la persona, en nuestros días una de las cuestiones más relevantes del derecho a la intimidad y de esa exigencia de calidad mínima de la vida humana, se centra en la información que sobre los ámbitos más reservados e íntimos de cada persona, pueda disponerse o utilizarse por terceros. La protección del derecho se manifiesta en este caso a través del control del interesado en relación con el acceso de otros a la información más personal, a los datos más reservados de cada uno (López y Plaza, 1994: 277).

Por ello, con la denominada "autodeterminación informática" se alude "a un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación de derechos, que tiene por finalidad "garantizar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos: controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión" (Pérez Luño, 1989: 140). Frosini se refiere a ella como "una nueva forma presentada por el derecho a la libertad personal" que emplea "el derecho de controlar las informaciones sobre la propia persona, es decir el derecho de habeas data" (1988: 69).

De lo anterior, el habeas data sería el instrumento diseñado para controlar la calidad de la información personal contenida en banco de datos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su posible transmisión. Por tanto, salvo por la distinta concepción que se tiene sobre lo que debe entenderse por

“autodeterminación informativa” y habeas data, las diferencias entre los distintos términos mencionados son sutiles (Puccinelli, 1999:68). En este juego de variables, la autodeterminación informática o informativa” sería entonces un aspecto del derecho a la protección de datos, y el habeas data su garantía, su instrumento procesal, que no alcanzaría como medio tutelar al derecho a la protección de datos, pues este incluye aspectos que exceden a las posibilidades del accionar judicial por la vía sumarísima y contradictoria del habeas data.

Con relación a esta autodeterminación informativa o libertad informática la propia Sala Constitucional ha señalado,

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. ... Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran almacenan datos e información sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista de tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales y jurídicas....(Sentencia de fecha 23/08/2000 del Tribunal Supremo de Justicia).

En la referida sentencia se demuestra que el Tribunal Supremo considera a la intimidad personal, conjuntamente con el honor y a reputación como derechos protegidos, y esa protección se debe principalmente al vertiginoso avance de las tecnologías de la información.

El derecho a la autodeterminación informativa se configura, pues, como un derecho fundamental de la persona humana, que entendemos consagrado constitucionalmente en nuestro texto fundamental en el artículo 28, en su primera parte: “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 de carácter público, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad,...”

De modo que se ratifica que la autodeterminación informativa es la facultad de toda persona de disposición sobre informaciones que le atañen por ser su titular. La libertad informática representa esta facultad en el ámbito específico del manejo automatizado de datos. Ambas se derivan de la esfera personal como una facultad para determinar por sí mismos el uso y destino de la información que les concierne. Por supuesto de esta facultad se deriva el derecho de consentir el uso de dicha información, o de acceder a archivos que la contengan, así como de cancelarla o rectificarla.

El contenido típico del derecho a la autodeterminación informativa está integrado por las diferentes facultades y poderes de control que se reconocen a sus titulares sobre la información personal que les afecte, así como por los deberes y obligaciones que pesan sobre los sujetos pasivos y por las reglas objetivas, procedimientos e instituciones que operan tanto en el momento de la recolección o almacenamiento de los datos como en el momento de su tratamiento y conservación, como en fin, en el de la transmisión (Gómez, 2001: 57).

No basta, sin embargo, la afirmación de la existencia de este nuevo derecho, que reconoce a la persona la facultad de control sobre su propia información, sino que es necesario además elaborar el contenido y delimitar el contorno constitucional del mismo. Para ello, se debe valorar la respuesta ofrecida por otros ordenamientos, el entorno cultural específico y la más reciente jurisprudencia constitucional en relación a esta materia.

5. El Habeas Data: Nociones

El recurso consagrado por la mayoría de las Constituciones, entre otras la venezolana alude a un derecho fundamental: el derecho de autotutela de la propia identidad, es decir, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar y agregar) los datos personales registrados en ficheros, archivos, bancos de datos públicos o privados, automatizados o no. Por medio de este derecho el sujeto concernido puede conocer la existencia de los datos. Acceder a esa información, y puede ejercerse un "control" activo por el cual puede solicitarse la corrección, rectificación, actualización de sus datos personales, y la supresión, cancelación, o bloqueo cuando tales informaciones sean perjudiciales en cualquiera de sus derechos o garantías constitucionales.

Esta forma de concebir el derecho de habeas data (tomando en cuenta que se esta haciendo referencia a la autodeterminación informativa)apareja consecuencias procesales bien importantes, a saber. No se requiere una lesión a la privacidad o intimidad de la persona para que tenga "interés sustancial" en el ejercicio del recurso, es suficiente el derecho que tiene la persona para controlar los datos sobre su persona o sus bienes que estén en poder de otra (Ortiz, 2001:3).

Ahora bien, concebir el habeas data como derecho no anula su carácter garantista ni su finalidad instrumental cuando se ejercita judicialmente. Frente a las frecuentes agresiones de la privacidad (en sentido amplio) por el manejo indiscriminado de la información personal, fundamentalmente aunque no de manera "exclusiva", a través del uso de la informática, hace que el derecho deba tener respuesta procesal para la tutela y defensa de los derechos de la personalidad (donde se incluye no sólo a la privacidad, a la intimidad, honor y reputación, sino también la libertad de pensamiento, el derecho a la propia imagen, el derecho a su identidad, el derecho al olvido, entre otros), donde el derecho a la autodeterminación informativa es uno de ellos seguido por el resto de los derechos de la personalidad.

El proyecto Chávez normaba el habeas data (el llamado habeas data propio) pues garantizaba un medio de protección de los derechos derivados de la autodeterminación informativa, en cambio que como se verá, la vigente Constitución mezcla ambas posibilidades, por una parte el control de la información (habeas data propio), y por otra, el acceso a los archivos públicos o privados (habeas data impropio). El proyecto sometido por la Comisión de Derecho Humanos y Garantías Constitucionales, Derechos Individuales, Seguridad Ciudadana, Régimen Penitenciario y Derecho a la Información presidida por Tarek William Saab, presentó, a consideración de la Plenaria de la Asamblea, la siguiente propuesta de norma:

Art. 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 de carácter público, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el Tribunal competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos. De la misma manera podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas.

En la sesión ordinaria n° 25, correspondiente al 21 de octubre de 1999, previa lectura del referido artículo, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente sometió a consideración de la Plenaria, y luego de una pausa se declaró aprobada En la segunda discusión dada a la norma, se eliminó la mención "registros oficiales o privados"; de igual manera se incluyó a renglón seguido de esta noción la expresión "con las excepciones que establezca la ley". De igual manera se incluyó la parte final del artículo referente a "Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodísticas y de otras profesiones que

determine la ley”.

De esta manera la norma aprobada y sometida a referéndum aprobatorio el 15 de diciembre de 1999, establece lo siguiente:

Título III: De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías.

Capítulo I. Disposiciones Generales

Art. 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 de carácter público, 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 afectaran ilegítimamente sus derechos. De la misma manera podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas.

De manera que la Constitución venezolana consagra esta acción en el artículo 28 y establece la no mención al término habeas data en el artículo 60 de la Constitución ya referida, esto tiene su motivo en que la declaración de necesidad de reforma constitucional hace mención al amparo, pero no al habeas data. No obstante, no caben dudas de que el artículo 28 de la Constitución, se refiere al instituto del Habeas Data (Uicich, 1999: 62).

Sobre el tema de habeas data resulta necesario establecer no sólo su naturaleza o el carácter de esta garantía sino también el régimen de su competencia y los derechos que comprende, referentes a su contenido, en este sentido veremos:

a) Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Competencia exclusiva

Uno de los aspectos a considerar es a quién corresponde la Competencia para conocer de esta acción de habeas data, la Sala Constitucional ha establecido un particular y hasta no muy claro criterio en cuanto al régimen de competencia, a saber:

- 1 (es la) “Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aun no desarrolladas legislativamente”;
- 2 “a los amparos por infracción del artículo 28 constitucional, se aplican las disposiciones y competencias ordinarias en la materia”.

Si como lo señala la Sala, el artículo 28 es una norma “no desarrollada legislativamente” y ésa es la base para afirmar que la competencia para conocer de tales asuntos le corresponde a la Sala, no tiene sentido afirmar luego que, los amparos por “infracción del artículo 28 constitucional” se les aplican las disposiciones y competencias ordinarias. Con esfuerzo pudiera desprenderse que: cuando el asunto se subsume en el amparo constitucional entonces se aplica el régimen de competencia especial de amparo, pero el problema estriba que cuando no puede subsumirse por esta vía, entonces conoce la Sala Constitucional. Y al respecto la Sala no precisó cuándo se subsume y cuándo no; de la sentencia lo más que puede extraerse es que ante la negativa de respuesta puede irse a la vía de amparo constitucional, pero tal pretensión no se funda en el artículo 28 de la Constitución sino en el artículo 51 ejusdem (derecho de petición) que establece: “Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que le sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta...”. Por tal motivo, la interpretación de la Sala minimiza el contenido esencial de los derechos contenidos en el mencionado artículo 28. De manera, que puede afirmarse, ante la importancia de la protección de los

datos personales, que cada vez que se impida o minimice el ejercicio de los derechos consagrados en el art. 28, se da el supuesto exigido por la ley de amparo, entonces debe aplicarse el régimen de competencia establecido en la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales; y si la Sala tiene razón cuando define la aplicación de un procedimiento ordinario para tramitar las pretensiones (por Ej. Indemnizatoria), entonces la vía debe ser el procedimiento ordinario sea civil o contencioso administrativo, dependiendo del ente que funja como compilador (Ortiz, 2001: 682-683).

b) Los Derechos Existentes a través del Habeas Data

El otro aspecto de interés entorno a este recurso es su contenido o los derechos que a través de él pueden ejercerse. De allí que la posibilidad de suprimir, rectificar actualizar o solicitar la confidencialidad de información que el artículo 28 otorga al registrado, constituye un corolario del derecho a controlar la información la que ya hemos hecho referencia. De darse los supuestos de falsedad o discriminación, el peticionante procederá a la segunda etapa que consiste en exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

La supresión busca eliminar el dato erróneo -falso o discriminatorio-, que afecta la verdad o la igualdad. Como se señalaba, la información posee hoy día un gran valor. Tal es así que se ha convertido en una mercancía más. Frente a esta premisa la supresión del dato, enfrenta el derecho de propiedad del operador del banco de datos con la privacidad del individuo registrado.

Creemos que la solución adecuada, constituirá en eliminar el dato si se logra probar que el mismo es falso o que causa algún perjuicio. En este sentido la tipología que adopta nuestro habeas data, al permitir el dato sólo si hay discriminación o falsedad parece haber querido conciliar ambos valores. Se podría admitir la supresión cuando el dato ha entrado erróneamente al registro. Por ejemplo la jurisprudencia americana tiene establecido que existe un derecho por parte de la persona que fue arrestada sin causa probable de eliminar esos antecedentes penales del registro, o cuando los datos personales ya no sean necesarios para los fines que contemplaron su almacenamiento.

El caso de la rectificación busca precisión o fidelidad en los datos. Una variante de esta rectificación es la posibilidad de actualización que también contempla el artículo 28. Tales derecho pueden ejercerse contra registros públicos -por ejemplo para que figure una absolución y sobreseimiento comunicados al registro pero no anotados-, y también privados, por ejemplo para el caso de figurar como deudor o como quebrado cuando no se tiene tal estado.

En cuanto al pedido de confidencialidad, el mismo tiende a proteger la intimidad del individuo aislando datos sensibles. Tal sería el caso de preservar las enfermedades que figuren en la historia clínica, o de impedir la identificación de un portador de VIH.

Por último, podría usarse la acción del artículo 28 de la Constitución Nacional para mantener la confidencialidad de una fuente de información periodística, derecho que el mismo artículo otorga a los periodistas como excepción al derecho general de acceso y control de la información (Palazzi, 1999: 87 y ss).

6. Defensor del Pueblo y la protección de datos personales

Por supuesto que resulta imperante mencionar la situación de aquellos datos que circulan no sólo en el mundo físico o real, sino también en el mundo virtual, y qué mejor escenario que la Internet, de la cual ya se hizo alguna alusión anteriormente, y es que la

difusión incontrolada de un archivo, un documento o un escrito, es la información sobre el usuario que a su paso por la red deja marcas, huellas electrónicas de sí, que conoce el proveedor de su acceso a la red: las llamadas "cookies". Constituyen las cookies un rastro de los lugares visitando el ciberespacio, de las páginas web, por donde ha pasado, en su navegación asomándose a depósitos de información del usuario.

Las huellas de los lugares visitados, si son conocidas por curiosos desaprensivos pueden incomodar a su titular que habrá de sufrir las consecuencias de ser criticado, invadido de ofertas publicitarias, notificado al público o incluso chantajeado o molestado en su vida personal, familiar o profesional. No son previsibles las consecuencias de que alguien conozca nuestro perfil individual producto de su observación y, con base en este conocimiento, actúe contra nuestra persona, contra nuestro patrimonio o contra nuestra familia o allegados.

Hay, por supuesto, programas rastreadores "sniffers" en el argot informático, que se usan para localizar información de ciertas características almacenada en el disco duro de los ordenadores conectados a la red. Las entidades gubernamentales de los países los utilizan con fines lícitos, tales como para combatir la presencia de pornografía infantil en el ciberespacio u otros delitos cometidos por medio de la difusión de información en la red. Pero no deja de ser posible que, mediante tal tipo de programas rastreadores, la información contenida en nuestro computador resulte ser observada por intrusos (Díaz, 1999: 162).

De allí que dada la significación y el peligro eminente de los datos, cualquiera que sea el formato de registro o almacenamiento que se emplee, no sólo se permite el ejercicio de la acción de habeas data por vía ordinaria ante la Sala Constitucional o la vía de amparo ante la Corte Primera de lo Contencioso, como se indicó antes, sino que es posible cuando las personas vean afectados sus derechos sobre la información, pueden acudir a la figura del Defensor del Pueblo, quien tiene entre sus atribuciones interponer esta acción. Por ello, primeramente indicaremos a la figura del Defensor del Pueblo quién es el órgano facultado para interponer esta acción, y así lo consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De acuerdo con el artículo 280 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos y ciudadanas.

Entre las atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo la relacionada con la materia de Datos Personales se encuentra en el artículo 281 de la Constitución nacional en el numeral 3 cuando establece:

Art. 281: Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores.

Significa entonces que el Defensor del Pueblo es una institución creada en la presente Constitución, y el mismo tiene una doble función: por un lado, el Defensor es miembro del Consejo Moral Republicano, que representa el Poder Ciudadano, como lo establece el artículo 273 de la Constitución Venezolana y sus funciones se desenvuelven en el seno de dicho Consejo. Por otro lado, el Defensor del Pueblo actúa en defensa de los ciudadanos directamente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 280 y 281 de la Constitución como se indicó previamente. Siendo la esfera de su competencia entre otras la defensa de

los derechos y garantías establecidos en la Constitución Venezolana, que son principalmente, como se sabe, los derechos humanos y los derechos civiles.

Sin embargo, el artículo 143 de la Constitución Venezolana consagra el derecho de información en el ámbito de la Administración Pública. Este artículo tiene que ver con la publicidad que debe existir en las actuaciones de la Administración Pública. Los interesados en saber qué es lo que dicen los expedientes donde se guardan datos relacionados con ellos pueden acudir a los archivos siempre que no esté afectada la seguridad de la República, la intimidad de terceros o se trate de alguna averiguación criminal. Y, precisamente, entre las atribuciones del Defensor del Pueblo se incluye el habeas data, para que el ciudadano recabe sus datos.

El derecho de autodeterminación informativa, reconocido en el artículo 28 de nuestro texto constitucional, y del cual ya se hizo indicación, y que hace referencia al habeas data, viene a configurar una de las acciones que el defensor del pueblo puede interponer, correspondiendo por tanto, al Defensor del Pueblo la labor de supervisión o vigilancia de aquellos casos en que conozca se ha producido una violación o desconocimiento de este derecho o de las libertades que el mismo ampara.

Es por consiguiente, necesario conocer con la mayor precisión posible la naturaleza y alcance de este nuevo derecho de la protección de los datos personales o, utilizando la terminología del Tribunal Constitucional alemán -aceptada ya por la mejor doctrina- derecho a la autodeterminación informativa, sobre cuyo desarrollo el Defensor del Pueblo también deberá prestar, su función de vigilancia o tutela (López y Plaza, 1994: 273).

7. Algunas consideraciones sobre el Habeas data del Tribunal Supremo de Justicia

Primeramente, el Tribunal Supremo de Justicia ha indicado cuáles son los derechos derivados del artículo 28 de la Constitución Venezolana, a lo cual establece:

....El artículo referido establece el derecho el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido 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 de 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. 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 la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él. 4) El derecho a conocer el uso y finalidad que hace de la información quien 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 (Jurisprudencia del T.S.J. del 23-08-2000).

Asimismo, el Tribunal ha indicado, como una manera de solución ante la ausencia de una ley especial en la materia, la cual urge, por lo cual establece que:

Debido a que el artículo 28 de la vigente Constitución, crea varios derechos a favor de

las personas, no siendo los efectos de todos restablecer situaciones jurídicas lesionadas, sino más bien condenar o crear una situación jurídica como resultado de su ejercicio; por lo que quien lo ejerce judicialmente (accionante), en principio no estaría incoando amparo constitucionales...por lo que con relación a dicha norma se hace necesario individualizar los derechos en ella contemplados y determinar cuándo en base a ellos, se puede originar un amparo y cuando no (Jurisprudencia del T.S.J. de fecha 14-03-2001).

La solución parece ser entonces que queda a criterio del Tribunal cuándo se considerará realizar el procedimiento que contempla la ley Orgánica de Amparo para proteger los derechos del artículo 28 y ello se ratifica en sentencia de fecha 14 de marzo de 2001, cuando consagra:

Ello no impide que a falta de amparo, debido a que éste no proceda o se haga inadmisibles conforme al artículo 6° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia actuando de conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia escoja para la acción autónoma de habeas data un procedimiento, y en el auto de admisión de la demanda lo determine, permitiendo por esta vía que situaciones fundadas en el artículo 28 de la Constitución, pero que no se subsumen en los supuestos del amparo constitucional, puedan ser resueltas.

No puede ampararse la solución en crear mayor caos, es necesario aclarar las instituciones y que el Tribunal Supremo agilice ante las instancias competentes la necesidad de una Ley especial y no continuar perjudicando el derecho a la defensa legítimo de los accionantes. Asimismo, esta falta de interés en agilizar los tramites se denota cuando a establecido en la misma sentencia antes comentada que:

... las normas constitucionales tienen vigencia plena y aplicación directa, y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aún no desarrolladas legislativamente, hasta que las leyes que regulan la jurisdicción constitucional decidan lo contrario....

Y con pleno acuerdo de que tal decisión vinculante de la Sala Constitucional atenta contra la celeridad procesal implicando más dilación y burocratización de un proceso cuya característica fundamental es ser expedito (Soto, 2001:256).

Algunas Alternativas de Protección de los Datos Personales en y fuera de Internet

1. Crear campañas de información, difusión y divulgación que contribuyan a la formación de la "conciencia" de los ciudadanos, ciudadanas, funcionarios, funcionarias de la administración pública y de justicia (usuarios o depositarios de la información), sobre la importancia de la garantía de los derechos consagrados en el artículo 28 referentes al habeas data.

2. Dirigir programas de formación hacia los depositarios de los datos personales, a fin de convertirlos en fieles custodios de los mismos.

3. Conformar una plataforma legislativa suficientemente flexible que de paso a la protección de las libertades ante las más diversas manifestaciones de la tecnología con base a una perspectiva global del fenómeno flujo transfronterizo de los datos.

4. Aclarar los trámites procedimentales a seguir para el ejercicio del habeas data con el mismo espíritu, propósito y razón del amparo constitucional, dada su importancia.

5. En el caso de la red de redes se deben educar y reforzar los valores de los usuarios (proveedores de acceso, proveedores de contenido) para la utilización responsable de Internet y crear mecanismos de monitoreo y retroalimentación sobre el contenido y los datos que ingresamos a las páginas web, sin mayores temores, además, debe ser una tarea compartida con organizaciones no gubernamentales.

6. Establecer las llamadas "Hot linees" o líneas directas, las cuales a su vez deben estar interconectadas con las Defensoría del Pueblo y los órganos internacionales competentes, para que puedan canalizar las acciones preventivas y correctivas en el manejo de los datos por parte de terceros.

Conclusiones

1. El derecho de control de datos personales constituye un verdadero derecho fundamental que tiende a la tutela o el ejercicio de los derechos a la personalidad, que van más allá del derecho a la intimidad o privacidad.

2. El bien jurídico tutelado, en consecuencia, es el derecho "sobre" la información, es decir, la necesidad y el interés de cada individuo de conocer los datos que sobre su persona o su patrimonio, consten en archivos, registros, bancos de datos, o cualquier manera de compilación técnica de información.

3. La intención no es crear una controversia entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad. Muy por el contrario, se trata de transmitir el convencimiento de que tanto uno como el otro son necesarios y conducentes para proteger al ser humano. tanto el derecho a la información como el derecho a la intimidad, van en el mismo camino del desarrollo y bienestar del hombre. No hay que olvidar que el futuro no es algo que se predice, sino algo que se crea día a día. A ello contribuye tanto la información manejada como la privacidad del ser humano para poder desarrollar todo su potencial.

4. La autodeterminación informática o informativa" es un aspecto del derecho a la protección de datos, y el habeas data su garantía, su instrumento procesal, que no alcanzaría como medio tutelar al derecho a la protección de datos, pues este incluye aspectos que exceden a las posibilidades del accionar judicial por la vía sumarísima y contradictoria del habeas data.

5. Ante la importancia de la protección de los datos personales, cada vez que se impida o minimice el ejercicio de los derechos consagrados en el Art. 28, se da el supuesto exigido por la ley de amparo, entonces debe aplicarse el régimen de competencia establecido en la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales; y si la Sala tiene razón cuando define la aplicación de un procedimiento ordinario para tramitar las pretensiones (por Ej. Indemnizatoria), entonces la vía debe ser el procedimiento ordinario sea civil o contencioso administrativo, dependiendo del ente que funja como compilador.

6. El derecho de autodeterminación informativa, reconocido en el artículo 28 de nuestro texto constitucional, y del cual ya se hizo indicación, y que hace referencia al habeas data, viene a configurar una de las acciones que el defensor del pueblo puede interponer, correspondiendo por tanto, al Defensor del Pueblo la labor de supervisión o vigilancia de aquellos casos en que conozca se ha producido una violación o desconocimiento de este derecho o de las libertades que el mismo ampara.

1. La Internet nace en 1973 como un proyecto de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados (ARPA) de Estados Unidos, la cual tenía antecedentes en el desarrollo de redes de cómputos desde 1967 cuando creó ARPANET, para atender sus necesidades de comunicación, y cuya misión era garantizar la supremacía tecnológica de Estados Unidos en relación con la Unión Soviética.

2. Es una iniciativa del consorcio de la Word Wide Web (Word Wide Web Consortium) en el cual consiste en la implantación de un estándar que permita a los sitios Web expresar sus prácticas de privacidad bajo un formato estándar que pueda ser automáticamente revisado e interpretado.

Lista de Referencias

1. BRANDT GRATEROL, Leopoldo. **Páginas Web Condiciones Políticas y Términos Legales**, Caracas. Editorial LEGIS, 2001.

2. CORREA, Carlos y otros. **Derecho Informático**. Ediciones Depalma, S.A. Buenos Aires. Argentina. 1987.

3. DEL PESO NAVARRO, Emilio. "La Protección de Datos y la Privacidad en Internet", En: **Revista Iberoamericana de Derecho Informático Informática y Derecho** No 33. Mérida España. Editorial UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia Centro Regional de Extremadura. 2000.

4. DIAZ, Francisco Eugenio. "La Protección de la Intimidad y el uso de Internet". En: **Revista Iberoamericana de Derecho Informático Informática y Derecho**, No. 30-32. Mérida España. Editorial UNED. 1999.

5. FROSINI, Vittorio. **"Informática y Derecho"**. Bogotá. Colombia. Editorial Temis, S.A. 1988.

6. GÓMEZ GAMBOA, David. **El tratamiento automatizado de datos frente a los derechos fundamentales al honor, intimidad y protección de datos de carácter personal**. Madrid. España. Editorial (Universidad Complutense Facultad de Derecho Servicio de Publicaciones. 2001.

7. LÓPEZ, Vicente; MAYOR, Ibor y PLAZA, Carmen. "El Defensor del Pueblo: Derecho, Tecnologías de la Información y Libertades". En: **Revista Iberoamericana de Derecho Informático Informática y Derecho**, No. 6-7. Mérida España. Editorial UNED. 1994.

8. NEFF, Richard. "El Derecho de Autor en el espacio cibernético: una protección universal invita al desarrollo nacional. Ejemplos Teóricos y Prácticos". Publicación OMPI sobre el III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Tomo I. Montevideo. Uruguay. 1997.

9. ORTIZ, Rafael. **Habeas Data Derecho Fundamental y Garantía de Protección de los Derechos de la Personalidad**. Caracas Venezuela. Editorial Frónesis, S.A. 2001.

10. PALAZZI, Pablo A. "El Habeas Data en el Derecho Argentino". En: **Derecho y Nuevas Tecnologías**. Buenos Aires. Argentina. Editorial AD-Hoc, 1999.

11. PÉREZ LUÑO, Antonio. "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica". En: **Cuaderno de Debates**, No. 21. Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

12. PUCCINELLI, Oscar. **El Habeas Data en Iberoamérica**. Bogotá. Colombia.

Editorial Temis, S.A. 1999.

13. RODRIGUEZ, Gladys Stella. "Habeas Data en los Umbrales del siglo XXI". En: **Revista Tachirensis de Derecho**. Táchira Venezuela. Editorial Fundación Editorial UCAT, 2000.

14. SOTO CALDERA, Milagros. "Análisis Doctrinario-Jurisprudencial del Habeas Data en Venezuela". En: **Boletín del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J. M. Delgado O"**. Maracaibo Venezuela. Editorial Astro Data, C.A. 2001.

15. UICICH, Rodolfo Daniel. **Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad**. Buenos Aires. Argentina. Editorial AD-HOC, 1999.