

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en Latinoamérica y su errada construcción desde el habeas data

Eligio Rodríguez Marcano

*Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (Guayana)
Director de la Escuela de Derecho (UCAB Guayana)*

Resumen: *El artículo se refiere al desarrollo en el ámbito latinoamericano del derecho a la protección de datos de carácter personal, desde la figura del habeas data, lo que ha reducido pragmáticamente su contenido al acceso de la información o al acceso a la información pública.*

Palabras Clave: *Derecho a la protección de datos personales. Derecho de acceso a la información. Habeas data.*

Abstract: *The article analyses the development of the right to protection of personal data in Latin America, from the perspective of the habeas data recourse, which has reduced pragmatically its content to the access to information or access to public information.*

Key words: *Right to personal data protection. Right to Access to Information. Habeas data.*

SUMARIO

- I. PRELIMINARES
- II. LA VISIÓN DE LATINOAMÉRICA ANTE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
- III. LATINOAMÉRICA POSEE UNA VISIÓN PRAGMÁTICA ANTE EL AUGE E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA Y SU RESPUESTA HA SIDO EL *HABEAS DATA*
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINARES

El derecho a la protección de datos de carácter personal se entiende como un verdadero derecho fundamental, autónomo, que se traduce en una potestad/poder de control y disposición sobre los datos personales, y 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, además de permitir el

derecho a oponerse a su posesión y su uso, e incluso a su indemnización, utilizando para ello las acciones judiciales y extrajudiciales¹.

Esa visión nace originalmente en Norteamérica y luego se traslada a Europa, donde se tiene un camino recorrido y una experiencia digna de importar y aprender, especialmente ante la manera como se ha entendido la progresividad de los derechos fundamentales y su incorporación y la regulación a niveles incluso comunitario².

¹ Este concepto nace de la sentencia 292/2000, del 30 de noviembre, a través de la cual el Tribunal Constitucional Español resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, promovido por el Defensor 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.

Además, como bien lo afirma Serrano Pérez, M. M, en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson, Madrid, 2003, pp. 176-177, se trata del "... derecho a controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal".

Este derecho se reconoce por primera vez en Venezuela, a través de la sentencia 1318, del 4 de agosto de 2011, en el caso *GERMÁN JOSÉ MUNDARAIN HERNÁNDEZ* (como Defensor del Pueblo). Aquí se plantea lo que se hemos denominado, la visión integradora de la Sala Constitucional y lo que se asume como una oportunidad de articulación de las dos posiciones desde el mismo Tribunal.

En el presente caso, conoce la Sala Constitucional 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 esta manera, 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, vulneraban los artículos 28 y 60 de la Constitución.

² Como bien lo señala Serrano Pérez, M. M, en la citada obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* en su p. 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, p. 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, p. 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 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".

Véanse además: Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre), p. 21; y

Rebollo Delgado L. en su libro: *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008, p. 34, quien opina que 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."

Ahora bien, Latinoamérica a diferencia de Europa, ha querido dar una justificación procesal a un asunto netamente constitucional (a lo cual se ha sumado Venezuela)³, siendo el centro no el derecho a la libertad informática, o como también se conoce “la autodeterminación informativa”, o el derecho a la protección de datos de carácter personal -denominación que nos parece la más acertada-, 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)”⁴.

Por esa razón, en los años ochenta, Argentina, Colombia y Chile, desarrollaron los primeros proyectos, para atender la situación e influencia de la informática, tomando como base las regulaciones que desde Europa se habían gestado⁵.

Esas iniciativas aunque no implicaron 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”⁶.

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 democrático⁷.

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 colocan 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*⁸.

³ 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”, con lo cual se reduce y suplanta el verdadero derecho.

⁴ O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 193. De acuerdo al autor, la frase *Indoiberoamérica*, corresponde a la expresión tomada de Pablo Lucas Verdú, en reemplazo del término Iberoamérica, como una expresión más justa y acabada de la realidad, p. 22.

⁵ C. Correa, *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho (Aportes de doctrina internacional*, vol. 2). Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 17.

⁶ O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica*...p. 193.

⁷ *Ídem*.

⁸ O. Puccinelli, “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, N° 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México, 2004, p. 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.

De esta manera, las referencias o constantes están enfocadas especialmente sobre dicha garantía, que luego se confunde con el propio derecho a la protección de datos de carácter personal. Es así, que tanto en el seno 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*⁹.

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”¹⁰.

En todo caso, somos de la opinión que el *habeas data* es sólo 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), sino que como vía procesal hará posible la materialización de aquel.

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.

II. LA VISIÓN DE LATINOAMÉRICA ANTE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

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 democráticos¹¹.

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

⁹ 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.

¹⁰ A. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*. (2da edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona. 1994, p. 64.

¹¹ Véase F. Argüello Téllez, *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, p. 80.

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...”¹².

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-.

Así lo expone Brewer Carías, 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 1999.¹³

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.¹⁴

¹² El pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, lo podemos revisar en el prólogo elaborado por J.L. Romero, en la obra *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas. 1977, p. X y ss.

¹³ Véase el discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario, Parainfo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002, en la obra de A. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2004, p. 19 y 20.

También puede verse el artículo “Reflexión crítica de la Constitución de 1999” de A. Brewer-Carías, *Revista de Derecho Público*. N° 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2000, p. 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 A. Brewer-Carías, Caracas 2001. p. 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 A. Brewer-Carías, “El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional”. Fundación de Estudios Administrativos. Caracas 2001, p. 13 y ss.

¹⁴ 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 Consti-

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.¹⁵

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.¹⁶

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

tución se plantea el abuso ante la informática (en el artículo 60) y se plantea el “llamado *habeas data*” en el artículo 28.

¹⁵ D. Valadés, *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, N° 41). UNAM, México 2002, p. 28 y 29. Afirma el autor que:

“Delos 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.”

¹⁶ 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 A. Brewer-Carías, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.” INEJ, Bogotá 2011, p. 73-94

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...”¹⁷.

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 constitucionalismo¹⁸ o como menciona Puccinelli se trata de la “redemocratización” de la mayoría de los países indoiberoamericanos¹⁹, 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 su cultura, lamentablemente antela 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 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. *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*

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 Lati-

¹⁷ J. Vanossi, “El *habeas data*: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho* del 13/9/94 159-940.

¹⁸ Incluso siguiendo el planteamiento de F. Argüello Téllez. En la citada obra. Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica... p. 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”.

¹⁹ O. Puccinelli. *El habeas data en Indoiberoamérica*...p. 193.

noamérica de tratados internacionales de protección de datos²⁰, 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 nacionales²¹.

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 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”²².

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 Datos²³.

De manera que, a pesar de los altibajos latinoamericanos, y el escaso fundamento regional, se han dado pasos de avance desde el contexto de los 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

²⁰ N. Remolina Angarita. *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. p. 179 y ss.

²¹ 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.

²² 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 26 de enero de 2015.

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

²³ Puede verse su historia en la página Oficial de la Red, a través de la siguiente dirección: http://www.redipd.org/la_red/Historia/index-ides-idphp.php

Revisada el 26 de enero de 2015.

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.

vidas e influye y vulnera nuestros derechos fundamentales, principalmente al ser palpable en la mayoría de los países, la construcción -de manera aislada- del derecho o de su garantía, especialmente antela 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)²⁴.

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...”²⁵.

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”²⁶.

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, 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 desarrollar²⁷.

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 preverlo que ello representaría hoy en día.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ Véase F. Argüello Téllez. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica...* p. 80

²⁷ Aunque como se ha afirmado, ello significa voluntad política puesta en acción y un costo económico que deben estar los países dispuestos a afrontar.

En este grupo se encuentra Venezuela, cuando dispone en la Constitución de 1999, que: “La ley limitará el uso de la informática...”²⁸ 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”²⁹.

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. 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.³⁰

²⁸ Se trata del artículo 60, el cual comprende una redacción idéntica al artículo 18.4 de la Constitución Española.

²⁹ Es el caso de la Constitución de 1993.

³⁰ A. García González. 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, N° 120, septiembre-diciembre 2007, México, p. 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*.

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 2009³¹.

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 informática o derecho fundamental a la protección de datos, lo cual dificulta el estudio³².

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 pre informática de Lucas Murillo)³³. 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 constituciones³⁴. 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”³⁵.

³¹ *Obra Cit.* N. Remolina Angarita. *Quaestiones Disputatae*.... pp. 205 y 206.

³² Aunque, como afirma T. E. Frosini en la *obra cit.* *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*... p. 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.

³³ Véase *obra cit.* Lucas Murillo de la Cueva, “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, p. 27 y ss.

³⁴ Visión que inicialmente asumió éste autor y que posteriormente abandonó. Véase O. Puccinelli. El *habeas data* en Indoiberoamérica. pp. 80 y 81

También R. Ortíz Ortíz. *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, pp. 110 y 111.

Además de C. Colautti. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 1999, p. 232 y ss.

³⁵ *Obra cit.* M. A. Ekmekdjian y C. Pizzolo. *Habeas data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... pp. 5 y 6.

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...”³⁶.

Gozáini 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...”³⁷.

Quiroga Lavié sostiene que el *habeas data* es una garantía “que tutela el derecho a la intimidad, variable fundamental de la dignidad humana”³⁸.

Ortiz Ortiz 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 naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de información o datos sobre ellas”³⁹.

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, 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 de carácter personal (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 Ortiz Ortiz, 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-⁴⁰), establece que:

³⁶ A. Pierini, V. Lorences, y M. Tornabene. *Hábeas data, derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1999. p. 283.

³⁷ O. Gozáini. *El derecho de amparo*. 2^{da} edición. Depalma, Buenos Aires 1998. pp. 235 -237.

³⁸ Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas data*. Zavalia, Buenos Aires 2001. p. 7.

³⁹ R. Ortiz Ortiz. *Habeas data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... p. 121.

⁴⁰ C. Pellegrino. “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, p. 191. En todo caso, como veremos en la segunda justificación, nos separaremos de las diversas posiciones, incluyendo la de Ortiz Ortiz, y la de Pellegrino.

Sin embargo la autora desconoce que éste -refiriéndose al *habeas data*- ha sido el movimiento 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...⁴¹

Es decir, claramente plantea Ortiz Ortiz 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”⁴².

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 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.

IV. LATINOAMÉRICA POSEE UNA VISIÓN PRAGMÁTICA ANTE EL AUGE E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA Y SU RESPUESTA HA SIDO EL *HABEAS DATA*

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 constitucional⁴³, 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.

⁴¹ R. Ortiz Ortiz. *Habeas data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... p. 111.

⁴² A. Pérez Luño. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos, Madrid 1984, p. 355.

⁴³ Ya señalada desde 1928 en Europa y luego rescatada en 1947 en América.

En ese orden, Alcalá Zamora, atribuye como fundador de dicha rama procesal, denominada “jurisdicción constitucional” a Kelsen⁴⁴, posición que va incluso a trascender al constitucionalismo de otros países (un ejemplo es el caso de España en 1931)⁴⁵.

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”⁴⁶, 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 constitucional⁴⁷.

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 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*)⁴⁸.

⁴⁴ Refiriéndose al trabajo titulado “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).” En *Revue de Droit Public*. 1928, pp. 197-257.

⁴⁵ N. Alcalá Zamora. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión. México, 2000, pp. 215 y 216.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ H. Fix-Zamudio. *Boletín mexicano de derecho comparado* (“Introducción al estudio de la defensa de la Constitución.” N° 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición. UNAM. México, 1969, p. 108 y ss.

⁴⁸ Néstor P. Sagüés. *Derecho procesal constitucional (Recurso extraordinario)*. 4^{ta} ed. Astrea. Buenos Aires, 2002, pp. 1-5.

A criterio muy personal⁴⁹, 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 Gozáini “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”⁵⁰.

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.

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:

Ekmejdjian 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...”⁵¹.

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”⁵².

⁴⁹ Y sin tratar de hacer un estudio detallado de autores, del término y de los avances.

⁵⁰ *Obra cit.* O. Gozáini, O. *El derecho de amparo...* p. 250.

⁵¹ *Obra cit.* M.A. Ekmejdjian, y C. Pizzolo, *Habeas data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... p. 1.

⁵² *Obra cit.* A. Pierini, V. Lorences, y M.I. Tornabene, *Hábeas data, derecho a la intimidad...* p. 17.

Como fue referido, Gozáini también se pronuncia e indica que “El *habeas data* es un proceso constitucional...”⁵³.

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”⁵⁴.

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...”⁵⁵.

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...”⁵⁶.

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*”⁵⁷.

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 *habeas 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 *habeas data* que constituye una acción para salvaguardar la autodeterminación informativa.”⁵⁸

Por su parte, Brewer-Carías 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”⁵⁹.

⁵³ *Obra cit.* O. Gozáini, *El derecho de amparo*... p. 250.

⁵⁴ *Obra cit.* H. Quiroga Lavié. *Habeas data*... 2001. p. 7.

⁵⁵ Néstor Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Astrea. Buenos Aires 1995. p. 652.

⁵⁶ H. Rondón. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999* (parte orgánica y sistemas). Ex Libris. Caracas 2001. p. 334.

⁵⁷ F. Zambrano. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, N° 2). Atenea, Caracas 2001, pp. 49 y 97.

⁵⁸ C. Pellegrino. “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.”... pp. 210 y 211.

⁵⁹ A. Brewer-Carías. *Revista de Derecho Público*. N° 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, pp. 185-191.

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*"⁶⁰.

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 garantía⁶¹.

IV. CONCLUSIONES

Algunas ideas a modo de conclusiones que podemos exponer, ante lo expuesto por la mayoría de los autores referidos, tratando de incorporar algunos comentarios en el marco de establecer la radiografía latinoamericana, son:

- Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, especialmente si se compara con Europa.
- 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 (intimidad).

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 personal⁶², porque:

⁶⁰ Véase O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica...* p. 218.

⁶¹ 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 O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica...* p. 66 y ss.

También se puede seguir dicha posición en la cit. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1)... 2004... p. 93 y ss.

⁶² 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.

- 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 personales⁶³, contenido al cual se suman el conjunto de facultades que hacen posible el derecho⁶⁴, y que incluso lo diferencia de la intimidad y vida privada.

Existe, por tanto, una visión arraigada que solapa el derecho a la protección de datos de carácter personal 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”⁶⁵.

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 Tribunal Constitucional Español, en su 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

⁶³ Véase *obra cit.* P. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales...* p. 61.

También en P. Lucas Murillo de la Cueva, y J.L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. p. 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.* M. Serrano Pérez. *El derecho fundamental a la protección de datos...* p. 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”.

⁶⁴ *Obra cit.* M. Serrano Pérez. *El derecho fundamental a la protección de datos...* p. 196 y 197.

⁶⁵ Véase *obra cit.* P. Lucas Murillo de la Cueva, y J.L. Piñar Mañas. *El derecho a la autodeterminación informativa...* 2009, p. 18.

do 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, 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 Tribunal Constitucional Español 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,⁶⁶ 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*.

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 más⁶⁷.

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, pero que es posible solventar.

⁶⁶ J. Casal, “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas: UCAB. 2001. p. 209.

⁶⁷ Véase F. Argüello Téllez, *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”... pp. 80-82.

V. 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.

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.

Brewer-Carías, 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.

_____. "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*. N° 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2000.

Colautti, C. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1999.

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

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.

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.

Frosini, T. E., en "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos 124*. (Nueva Época), abril/junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2004.

Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época, (noviembre-diciembre), 1982.

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, N° 120, septiembre-diciembre. México 2007.

Gozáini, O. *El derecho de amparo*. 2da edición. De palma. Buenos Aires 1998.

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 y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales. 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.

Ortiz 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. Caracas 2001.

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.

Pérez Luño, A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid 1984.

_____ *La seguridad jurídica*. (2da edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona 1994.

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.

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, N° 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México 2004.

Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas data*. Zavalía. Buenos Aires 2001.

Rebollo Delgado, L. *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid 2008.

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)*. Ex Libris. Caracas 2001.

_____. *Cuatro temas álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Ex Libris, Caracas 2004.

Romero, J. L. (“Prologo”). *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas 1977.

Sagüés, N. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Astrea. Buenos Aires 1995.

_____. *Derecho Procesal Constitucional (Recurso extraordinario)*. 4ta ed. Astrea. Buenos Aires 2002.

Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson. Madrid 2003.

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.

Warren, S. y Brandeis, L. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review*. Vol. IV. N° 5. Año 1890-1891.

Zambrano, F. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, N° 2). Atenea, Caracas 2001.