

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**EI HABEAS DATA EN VENEZUELA
(Una aproximación a las garantías procesales)**

Trabajo Especial de Grado,
presentado como requisito parcial
para optar al Grado de Especialista,
en Derecho Procesal.

Autor: Eligio R. Rodríguez Marcano

Asesor: Gustavo Blanco Rodríguez

Puerto Ordaz, 19 de octubre de 2007

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado Eligio Rafael Rodríguez Marcano, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: El habeas data en Venezuela (Una aproximación a las garantías procesales); considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Puerto Ordaz, a los 19 días del mes de octubre de 2007.

Gustavo Blanco Rodríguez
CI. 8.930.579

INDICE GENERAL

	pág
APROBACION DEL ASESOR	ii
RESUMEN	v
INTRODUCCION	1
I. NOCIONES GENERALES DEL HABEAS DATA	8
Antecedentes	8
Definición	15
-Como derecho	15
-Como un tipo de amparo	18
-Como garantía	21
Diferencia entre habeas data y el derecho a la libertad informativa	27
II. NORMATICA VENEZOLANA EN MATERIA DE DERECHO A LA LIBERTAD INFORMATICA	32
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999	32
La libertad informática en las leyes especiales	38
III. EL HABEAS DATA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA	49
Antecedentes jurisprudenciales	49

La sentencia Insaca	56
-Definición de habeas data	56
-Legitimidad	62
-Tribunal competente y el proceso	63
Decisiones después del 2001	68
IV. LAS GARANTIAS DE LA LIBERTAD INFORMATIVA EN VENEZUELA	80
En sede administrativa	80
En sede judicial	89
CONCLUSIONES	95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**EL HABEAS DATA EN VENEZUELA
(Una aproximación a las garantías procesales)**

Autor: Eligio Rodríguez Marcano
Asesor: Gustavo Blanco Rodríguez
Fecha: Octubre 2007

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad analizar al “hábeas data” como una garantía de tutela efectiva del derecho a la libertad informática en Venezuela. En ese orden y dirección se estudia su naturaleza jurídica, al entenderse como derecho, una subespecie de amparo y como garantía constitucional, así como se establecen las diferencias concretas con el derecho que protege, la llamada “libertad informática”. Del mismo modo, se analiza, como base normativa, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los instrumentos nacionales que regulan dicho derecho (Decreto Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como, la Ley de Delitos Informáticos), y como fuente jurisprudencial las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional y Sala Electoral). Todo la investigación se apoya en fuentes bibliográficas y documentales, necesarias para cumplir los objetivos planteados dirigidos a abordar su naturaleza y distinción con otras figuras similares. Se trata de una investigación monográfica, a nivel descriptivo, reforzada por el uso de la técnica de análisis de contenido y comparativo. El instrumento que se utilizó fue el correspondiente a la matriz de análisis e interpretación de la información recogida y su categorización y codificación. Todo el análisis e interpretación de la información que se extrae de las diversas fuentes, como la doctrina, las leyes y la jurisprudencia, haciendo de manera lógica y utilizando los criterios de analogía y los principios generales del derecho.

Descriptores: Habeas data, garantías procesales, libertad informática, derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho procesal, tanto en el siglo XX como en el transcurso del XXI, se ha producido principalmente por su estrecha vinculación con el derecho constitucional y con los derechos humanos. Ello se evidencia, en primer término, ante la formación de diversas Cortes Constitucionales en Europa Occidental, entre 1920 y 1978. Algunos ejemplos se presentan en Austria, con la creación de la Corte Constitucional en 1920, o países como Italia, la ex República Federal de Alemania, Grecia y España, con la apertura de los tribunales constitucionales, en los años 1949, 1968 y 1978, respectivamente (Gozaíni, 1994, 7).

En segundo lugar, es evidente el auge del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito mundial, debido a la creación de instancias intergubernamentales, como son la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, y a nivel latinoamericano la Organización de los Estados Americanos (OEA), con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a comienzos del año 1948. Todo lo anterior ha permitido la creación y estudio de una nueva área dentro del derecho, denominada derecho procesal constitucional, como garantía efectiva de una verdadera justicia constitucional y una plena vigencia de los derechos humanos.

En ese sentido, el mismo Gozaíni (1994, 46), expresa que: “Los procesos constitucionales son los principales instrumentos procesales que garantizan y protegen a los derechos humanos,...”. Así mismo, los diferentes instrumentos internacionales locales, como son, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional

Americana, celebrada en Bogotá, Colombia en el año 1948, en su artículo XVII y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en sus artículos 1, 2, 8, 25 y 27, han considerados el acceso a los órganos judiciales, la defensa y el debido proceso, como las garantías básicas de rango constitucional, para lograr una verdadera tutela judicial efectiva, en todo tiempo, incluso bajo situaciones de excepción.

En este mismo orden y dirección, los países latinoamericanos han iniciado procesos de constitucionalización, a través de los cuales se han reconocidos diversos derechos, hoy conocidos como derechos de tercera generación, que escapan de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales y culturales, y que atienden a las libertades del individuo dentro de la era tecnológica. En ellos están el derechos a un ambiente sano, a la libre determinación de los pueblos y el derecho a la libertad informática, entre otros.

Cuando hablamos de la libertad informática, no nos estamos refiriendo –como algunos piensan- a el derecho a la intimidad y a la privacidad, aunque en éste se protejan datos de la intimidad o de la vida privada, sino que se trata por el contrario del consentimiento en el suministro de información o datos a terceros, el cómo hacerlo y bajo qué parámetros hacer dicha entrega -tanto a los entes públicos como privados-. Esto es, lo que se define como la autodeterminación informativa, libertad informativa, o libertad informática, como se quiera expresar. Además, comprende dicho derecho, el seguimiento y control de la información, es decir, el acceso a los registros, a conocer su existencia, finalidad, rectificar sus datos, destruir los mismos e incluso a que se me indemnicen frente a un daño (Casal, 2001, 222).

Para garantizar dicho derecho a la libertad informática, la mayoría de las legislaciones comparadas han incorporado la figura del habeas data en sus textos constitucionales. En el caso latinoamericano es Brasil el primero en incorporar dicha figura a la Constitución de la República Federativa de 1988, en sus artículos 5, 10, 22 IV y 102 d., y de allí se extiende a otros países (Ortiz, 2001, 154).

Seguidamente, dicha garantía en los diversos países, ha sido ampliada y desarrollada, creando leyes especiales en la materia. Es el caso de la Ley 9.507 sobre el procedimiento de Habeas Data de 1997 (Brasil), la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada de 1999, la Ley Argentina de Protección de datos, de octubre de 2000, entre otras.

Es evidente entonces, que es una figura eminentemente moderna. Concretamente en Venezuela en la Constitución Nacional de 1961, solo se expresaba el derecho a la intimidad y su extensión abarcaba el derecho a la libertad informática y no se incorpora ninguna disposición sobre el habeas data. Con el proceso constituyente que finaliza con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se establece en el artículo 28 el derecho a la libertad informática y su garantía, el “habeas data”, y sin mayor extensión se reserva a la ley el desarrollo de su ejercicio.

A pesar de lo descrito, hasta la fecha no se ha legislado en la materia y especialmente hemos visto el número importante de recursos intentados desde el año 2000, a través de pretensiones de amparos principalmente, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y que en su mayoría han sido declaradas inadmisibles.

Algunos casos son: 1) Ruth Capriles Méndez y otros vs. Consejo Nacional Electoral (Caso: Veedores de la UCAB), de fecha 23 de agosto de 2000, expediente 00-2378, 2) Sociedad Inversora Bohemia II, C.A., y otras vs. Juzgado Quinto de Primera Instancia de Familia y Menores del Area Metropolitana de Caracas, de fecha 15 de marzo de 2000, expediente 00-0086, N° 94, 3) Oficina González Laya, C.A. y otras vs. Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Area Metropolitana de Caracas, de fecha 6 de febrero de 2001, y 4) Willian Orlando Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral, de fecha 17 de agosto de 2000, expediente 00-2397, entre otras.

Esta situación se presenta hasta el año 2001, cuando la citada Sala Constitucional, en ejercicio de su auto-atribuida jurisdicción normativa decide hacer una regulación especial, a través de la sentencia INSACA, C.A, del 14 de marzo de 2001, en la que indica, el procedimiento aplicable -mientras se dicte la ley- el tribunal competente y los requisitos de admisibilidad. Sin embargo dadas las condiciones que anteceden, ni la Constitución, ni la Sala Constitucional resuelven el trámite de este recurso ante los entes administrativos, no existe un estudio completo sobre los derechos por él regulados y todavía existe la confusión si su proceso puede iniciarse por vía del amparo constitucional, o se trata de una figura autónoma.

Ante lo expresado, es decir, la falta de ley correspondiente, y la existencia de directrices solamente jurisprudenciales –lo cual ha producido un gran vacío y enormes inquietudes- todo ello nos ha motivado a realizar el presente trabajo, en el cual se aborda al habeas data con sus diversas facetas y especialmente se analiza si su utilización puede garantizar una tutela efectiva del derecho a la libertad informática, en Venezuela.

Para ello, se estudia al “habeas data” como una garantía de tutela efectiva del derecho a la libertad informática en Venezuela. Ante tal planteamiento el trabajo se encuentra estructurado en cuatro capítulos identificados así: En primer lugar, la definición de la figura del habeas data. En este capítulo, se distingue las diversas tendencias del habeas data, su naturaleza como derecho, tipo de amparo y como garantía, así como se establecen las diferencias entre él y el derecho que protege, esto es, la libertad informativa.

En el segundo capítulo se aborda la legislación de Venezuela, desde la Constitución de 1999, hasta las normas especiales y vigentes que regulan el derecho a la libertad informática, o derecho protegido mediante el habeas data. Un tercer capítulo nos permite analizar el proceso de habeas data desde el punto de vista jurisprudencial, esto es, a partir de la Sentencia INSACA, de fecha 14 de marzo de 2001, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, y sobre la periferia apreciar los antecedentes que llevan a dicha sentencia, como la revisión de las decisiones dictadas con posterioridad a la misma.

En el cuarto capítulo se establecen los principios aplicables, en Venezuela, para la protección del derecho a la libertad informática, tanto en sede administrativa como en la vía judicial, de manera que se analiza las garantías en ambas entidades. En igual sentido, la presente investigación nos permite diferenciar el habeas data del derecho que protege, “la libertad informática”, y en consecuencia la posibilidad de mejorar su ejercicio, ya que usualmente se confunde con el derecho que garantiza.

En ese contexto, esta investigación permite -desde el punto de vista teórico- establecer la naturaleza jurídica del habeas data, frente a las diversas tendencias de concebirla como un derecho, como un proceso constitucional,

una subespecie de amparo, o simplemente concebirla como una verdadera garantía constitucional.

Así mismo, con la investigación hemos querido refutar la postura del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, a los fines de enriquecer la discusión sobre la materia y aclarar las confusiones que presenta, con el objeto de propiciar un estudio mas detallado y profundo sobre el habeas data, con el cual se pueda establecer límites teóricos a la potestad legislativa auto-atribuida por dicho tribunal. Del mismo modo, la presente investigación establece algunos de los principios fundamentales que en un futuro puedan ser considerados, al crearse en Venezuela un sistema de registro de base de datos -a nivel nacional-, a través del cual no sólo se controle y establezcan responsabilidades por la utilización de datos de las personas, sino que se garantice la plena vigencia del derecho a la intimidad y privacidad.

Por todas estas consideraciones, es que este trabajo se ubica como una investigación teórica que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de una investigación en los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, analizados con sentido critico y temático, esto es, a través de los variados aspectos que las decisiones de los Tribunales puedan tratar y a las consideraciones que haga la doctrina y las diferentes leyes involucradas.

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

con los objetivos planteados, como se aprecia en los capítulos que a continuación se desarrollan.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL HABEAS DATA

Antecedentes

A los fines de comprender la figura del hábeas data, y especialmente centrarnos en su ontología, es importante hacer una breve revisión de dicha institución, así como revisar los antecedentes históricos que han marcado su nacimiento. En el presente capítulo haremos un recorrido histórico, lo cual representa un acercamiento al mundo tecnológico y especialmente al nuevo derecho, “el derecho a la libertad informativa”.

En ese sentido, debemos precisar que al referirnos al hábeas data, necesariamente ello implica tomar en consideración la evolución de la tecnología, la creación de los llamados datos personales y del derecho a la intimidad y privacidad. En ese orden y dirección, como indica Ekmekdjian (1998,1), el habeas data: “...no tiene ajeña o rancia prosapia...”, se trata de una figura moderna, “mitad latín y mitad inglés” y principalmente que su nombre fue tomado del hábeas corpus, que significa “conservar o guardar tu” y de “data”, que es “información o dato”, esto es, guardar o conservar tus datos.

Sin embargo, como argumenta Gozaíni (1998, 224) su nombre fue tomado del: “...instituto clásico y universal, garante del derecho absoluto de locomoción, reconocido en 1215 por la carta magna inglesa...”. Sin embargo ello no se agota allí, ya que como nos expresa este autor: “...en la evolución de la figura se verifican otros señalamientos importantes, como son los

provenientes del desarrollo tecnológico y las ciencias de la información...” (225).

También Pérez (1984, citado por Gozaíni, 1998, 225) nos amplía un poco más esta vinculación con la tecnología, cuando establece que:

“...en otros períodos históricos el progreso de la ciencia y de la técnica venía entendido, las más de las veces, como aportaciones al desarrollo de la humanidad en términos cuantitativos y, por ello, independiente respecto a los valores. Por el contrario, el signo distintivo de nuestra época es que en ella el progreso tecnológico se halla inescindiblemente ligado a elecciones o valoraciones éticas y políticas. Ello obliga a someter cada innovación tecnológica al correspondiente technology assessment, esto es, a una tasación crítica de sus consecuencias. A esta exigencia son especialmente sensibles las sociedades más desarrolladas. En ellas se teme el costo que, para el disfrute de los derechos fundamentales, puedan representar determinados progresos tecnológicos e, incluso, se ha llegado a aludir, en algunos sectores de la teoría social anglosajona, al peligro de una contaminación de las libertades en el seno de las sociedades tecnológicamente avanzadas...”.

Lo que si debe tenerse en cuenta, es que se trata de una garantía para la protección de un nuevo derecho, “el derecho a la libertad informática” y que dicho derecho nace a raíz de la nueva era tecnológica. Esa nueva tecnología es definida por Toffler (1980, 26) como “la tercera ola”, esto es, el mundo tecnológico, una realidad que tiene como precedente a “la revolución agrícola” (por más de 300 años de consolidación), así como a “la civilización industrial.

Pero ese proceso tecnológico, como afirma Tablante (2001, 17), no solo se remonta a la historia del capitalismo moderno, pasando por la revolución industrial, sino que además se vincula claramente con el proceso y la

aparición de la electricidad y “con ella los medios de comunicación de masas” a finales del siglo XIX y comienzos del XX, con la cual se crea una “nueva materia prima: la información”. Así mismo, nos establece el antes citado autor que: “...La información se convirtió definitivamente en poder; porque el poder empezó a definirse como el control de las mentes y no sólo como control de los territorios y los yacimientos...” (18).

De manera que, pasamos de aquel lenguaje oral (como vía más antiguo entre los seres humanos), viajando por la escritura mediante signos trazados sobre piedra, a luego perfeccionarse mediante papiros egipcios o de pluma de aves a luego conocer el papel inventado por los chinos, pero ese avance no se paralizó o bloqueó -aunque para ello nos llevamos unos cuantos años-, sino que se sofisticó cada vez más; de hecho con la aparición de los libros y otros medios impresos se agregaron nuevas vía de comunicación e información, así como una nueva forma de almacenar la misma. Sin embargo, con *Morse* a partir de 1837, al colocarse la información mediante cables en el telégrafo electromagnético, el viaje científico y tecnológico simplemente se aceleró, ya que ello permitió que en 1876 *Bell* lograra la transmisión de los primeros mensajes sonoros por el cable de teléfono, o en 1878 a *Edison* inventar el fonógrafo, o diez años después a *Berliner* el disco, o la televisión en el 1936, o los programas de televisión a color en 1953, en Estados Unidos. (Fernández, 1995, 477).

Dicho poder, como nos indica Ortiz (2001, 6) o “...control no sólo es necesario para garantizarse un mejor desarrollo tecnológico sino, entre otras muchas razones, también por “seguridad de Estado”...”. Uno de esos avances ha sido la internet y el llamado World Wide Web (WWW), ya que como herramienta de navegación –conocida como la autopista de la información- a hecho posible la inclusión en la red de textos, audios y

videos, así como han permitido crear bases de datos. Pero dicho avance no se concibió originalmente así, sino que nació como un “proyecto político militar” a partir del año 1960. Sin embargo, en la actualidad éste fue desplazado de dicho sector militar e investigación, a las escuelas, al sector público y al comercial (Tornabene, 1999, 29).

Ese proceso ha llegado a tal grado, que hoy en día no existen fronteras, donde los agentes económicos han encontrado una nueva forma de hacer negocios (el llamado comercio electrónico), como herramienta principal de la tecnología de información y comunicación (Rodríguez, 2004, 9).

Es por ello que representa un desafío para el derecho, vincular la nueva tecnología a diversos conceptos jurídicos, como son: la marca, el dominio, el internet, los derechos de los consumidores, la violación del derecho a la intimidad, vida privada, propiedad intelectual, entre otras (Zarich, 2000, 26).

Y ello es tan cierto, que como afirma Fernández (1995, 472), al analizar la llamada revolución cibernética y sus repercusiones sobre las ciencias sociales, ello puede claramente conducir a diversas actitudes, a saber:

- 1) “Hacer una apología del progreso y de sus conquistas y bondades en el plano material de la existencia arriesgando que la conciencia interna y autónoma del individuo sea sofocada y sustituida por una ética externa y heterónoma, expresión alienadora de la era tecnológica.
- 2) Rechazarlo de plano y en forma global en nombre de la tradición, como medio para preservar la conciencia ética de la humanidad y hasta su propia supervivencia, amenazadas por los empleos abusivos de la tecnología electrónica.

- 3) Finalmente, valorar desde premisas éticas la significación de este signo de nuestro tiempo que es La cibernética, y justipreciar su necesario reflejo e incidencia en las esferas social y jurídica. “.

Así mismo, como argumenta Fernández (1995, 472), el derecho debe apreciarse como una fuente primaria, que debe permanecer como fuente normativa de su existencia (ante la tecnología), indistintamente que el hombre avance de cara a nuevas estructuras del conocer y del actuar. De esta manera, no se colocará como un destructor de los avances tecnológicos, sino que coadyuva en la ampliación del horizonte de lo humano.

Sin embargo, como lo describe Tablante (2001, 18), el espectro de la tecnología ha dado pasos tan agigantados y sofisticados con la creación de “sistemas de satélites, sistemas de información aeronáutica, computadoras”, que el control ha pasado de las minas, a la producción tecnológica, a las oficinas y a los medios de comunicación, a tal punto de unirse ese desarrollo informático con las telecomunicaciones y creándose la hoy conocida “teleinformática” y con ellas “las sociedades de la información”.

Ese desarrollo de la tecnología y especialmente la “técnica de la informática”, ha facilitado la conformación de grandes bancos y bases de datos, en los sectores públicos y privados -inclusos de aquellos que conforman la esfera personal-. Allí podemos ubicar a los “bancos, seguros, productoras de bienes y servicios en general”. Para ello se han servido de la telemática, la conformación de redes de información, con las cuales son enviados grandes cantidades de datos a cualquier parte del mundo a gran velocidad y “desde cualquier parte del mundo”. (Casal, 2001, 196).

Frente a ese avance, ha sido creado los conceptos que Ortiz (2001, 20) define como el derecho procesal informático, el derecho de autor, avances en el derecho penal y “la tutela de los derechos fundamentales de la persona (tanto las personas jurídica como las personas naturales) frente a la injerencia en su esfera de derechos”, reputación, propiedad, honra e intimidad.

Basado en lo descrito, es que es difícil en su etiología poder ubicar al hábeas data, tanto en espacio concreto y determinado, pero lo que si podemos afirmar es que su nacimiento es producto de la realidad y desarrollo informático, o que su nacimiento se encuentra vinculado a dicho desarrollo, así como, a las conquistas de los derechos fundamentales, razón por lo que hoy por hoy se le asocia a aquellos de tercera generación.

En el caso Venezolano, es a partir de 1999 que se comienza a estudiar el tema al integrarse por primera vez en la Constitución de ese año. Sin embargo, desde la Constitución Venezolana de 1811, fue establecido -de diversas formas- el derecho a la privacidad bajo considerables innovaciones y vertientes. De acuerdo a lo expresado, en las Constituciones de 1811 y 1819 se considera el honor como un derecho a ser respetado, luego la Constitución de 1821 agrega nuevos elementos y establece la inviolabilidad de papeles particulares y de la correspondencia epistolares. En la Constitución de 1830 se incorpora la estimación personal y nuevamente el derecho al honor. En la de 1857 se amplía la inviolabilidad a toda correspondencias, pero realmente por primera vez es en la Constitución de 1858 que se incorpora el término “vida privada”, lo cual se repite en las Constituciones de 1864, 1874, 1881 y 1891. En la carta magna de 1893 se resalta mucho más la vida privada del individuo estableciendo la obligación de las autoridades de mantener en secreto toda la información privada. Ello

permanece en las Constituciones de 1904, 1909, 1914 y 1922, con la salvedad que en 1914 se incorpora la inviolabilidad a la correspondencia postal y telegráfica. Ese panorama cambia con la Constitución de 1925, ya que en ella se prescinde de la reserva de la autoridad, cuando el asunto conocido o privado es de interés para el ente judicial (colocando a la justicia por encima del interés privado). Ello permanece en las Constituciones de 1928, 1931, 1936, 1947 y 1953, (Casal, 2001, 198).

En ese recorrido, también podemos mencionar los cambios que son notables en la Constitución Venezolana de 1961, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662, promulgada por el Congreso Nacional el 23 de enero de 1961, ya que se separa el derecho al honor, reputación o vida privada (artículo 59), del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 63), manteniendo la posibilidad de ser intervenidos por la autoridad judicial.

A pesar de lo antes dicho, han sido importantes los avances y los progresos tecnológicos alcanzados entre los años 60 y la época, los cuales han colocado, cada vez más, en peligro el derecho a la intimidad y a la privacidad. Por esa razón, es que como nos indica Casal (2001, 203), nace el derecho a la libertad informática, como una nueva categoría, "...asegurando que la información de carácter íntima o privada del individuo no pueda ser manipulada o transmitida por terceros sin su consentimiento y que sea rectificada, y/o actualizada en los datos que sea necesario...".

En la próxima parte se tratarán los fundamentos teóricos, a través de los cuales se pretende definir el habeas data y diferenciarlo con el derecho protegido u otras figuras con las cuales se les iguala o confunde.

Definición

Para la presente investigación, uno de los aspectos fundamentales es determinar la naturaleza jurídica del habeas data, y su significado frente a otras figuras e instituciones. Para ello –de seguida-, se considerarán las diversas posturas y apreciaciones en torno a su concepción: ¿es un derecho?, ¿es un tipo de amparo? o, ¿se trata de una garantía?.

Como derecho

A los fines de establecer la presente categoría, es necesario precisar qué entendemos por derecho. En el primer caso, en la Serie Jurídica (1997, 1), se establece que: “...el derecho se define como un conjunto de normas imperativo-atributivas que rigen la conducta exterior de las personas que viven en sociedad.”. En la misma obra se precisa que cuando nos referimos al derecho, estamos aludiendo tanto al derecho objetivo como al derecho subjetivo de toda persona, ya que “el derecho subjetivo y el derecho objetivo se implican” (14).

En ese mismo orden y dirección, Morineau (1953, citado en la Serie Jurídica, 1997, 14), indica que:

“...no es posible que exista una norma sin autorizar conducta, pues ella es la autorización de conducta y no es posible que exista el derecho subjetivo si no existe norma que lo otorga. [...] El derecho subjetivo es, por definición, la autorización de la conducta hecha por la norma, a un sujeto.”.

De acuerdo con lo planteado, entendemos que ante una norma que establece deberes jurídicos a los ciudadanos, a la vez con ella existen

también normas facultativas que permiten o posibilitan el reclamo a nuestro favor de la protección de nuestros bienes jurídicos, así como de la utilización de los mecanismos necesarios para ello.

Es exactamente como lo indica García (1980, 36): “...El derecho subjetivo [...], supone la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.”. De manera que, como afirma Olaso (2001, 24), el derecho subjetivo es: “el poder o facultad concedido a una persona (individual o colectiva) por el Derecho Objeto, de hacer, poseer o exigir algo”.

Partiendo de dichos conceptos preliminares, nos ubicamos en el tema en estudio y para ello uno de los primeros en definir el habeas data es Ekmekdjian (1998, 1), quien lo considera como un:

“...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...” .

El mismo autor, además de concebirlo como un derecho con el cual se protege la intimidad, determina que se trata de un derecho de tercera generación, posterior a los individuales y sociales y que dicho derecho de tercera generación es la misma libertad informática (25).

Al señalarse al habeas data como un “derecho de tercera generación”, dicha categoría -como indica COFAVIC (1995, 13)-, se trata de derechos humanos

de los pueblos, como son el derecho al desarrollo, la libre determinación de los pueblos, derecho al medio ambiente o la paz, entre otros.

También Pérez (1996, citado por Ortiz, 2003, 105), opina en ese mismo sentido, que la libertad informática y el habeas data son idénticos, y no solo los establece como un nuevo derecho fundamental y también de tercera generación, sino que además lo define como aquel por medio del cual se “conoce y accede a las informaciones que les conciernen”.

Tomando en cuenta lo anterior y a los fines de presentar una visión clara del habeas data, cuando se menciona que es un derecho, y por tanto derecho humano, es oportuno traer a nuestro estudio el concepto que sobre derechos humanos agrega Faúndez (1999, 28), al concebirlos como:

“...las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humanos, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte...”

De acuerdo a lo indicado, vale la pena preguntarnos dónde comienzan mis prerrogativas ante el Estado y dónde puedo valerme de vías de protección ante la violación o amenaza a mí derecho. Y en el caso concreto si la libertad informativa es igual derecho que el habeas data, quién protege a quien, son interrogantes que trataremos de resolver.

Para agregar, Ortiz (2001, 120), plantea que el habeas data aunque debe entenderse como “un derecho”, a su vez lo concibe como un “recurso

judicial”. En primer término, se trata de un “derecho subjetivo individual consagrado en el texto constitucional”, y a la vez, ese derecho implica: el acceso a la información y datos, el control de ellos, su rectificación, su actualización y su destrucción. En segundo lugar, afirma que éste también implica “un verdadero derecho de control de información”, es decir, “un medio” fundamental para la tutela de derechos fundamentales y es por ello que lo define como “un medio procesal jurisdiccional”.

Hasta aquí tenemos una primera visión y concepto del habeas data, como derecho, así como derecho humano (de tercera generación) y en algunos casos asimilado a lo que hoy se conoce como el derecho a la libertad informativa.

Como un tipo de amparo

En un nuevo aspecto, Sagüés (1995, 652), 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...”.

Como bien se señala en la Revista de Derecho Constitucional N° 8 (2003, 69), esa misma corriente la siguen: Oscar Puccinelli, en Argentina, Francisco Eguiguren, en Perú, y en Venezuela Rafael Chavero, sea porque se le denomine como “amparo informativo” o porque se estudie como un nuevo régimen del amparo.

En este orden de ideas, se puede citar a Zambrano (2001, 49 y 97), 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-. Por esa razón, de acuerdo a la “naturaleza del derecho protegido”, concluye que se trata de una “acción de habeas data”.

También, con respecto a esta postura, comentan Rondón (2001, 334), que en Venezuela “...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...”.

Ahora, uno de los elementos que han generado posturas a favor y en contra, al definirlo a no como un tipo de amparo, lo constituye los requisitos de admisibilidad, que dispone la misma Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, publicada en Gaceta Oficial N° 34.060 de fecha 27 de septiembre de 1988, mediante la cual se establece que:

“ARTICULO 6: No se admitirá la acción de amparo:

- 1) Cuando hayan cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarla;
- 2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado;
- 3) Cuando la violación del derecho o la garantía constitucionales, constituya una evidente situación irreparable,

no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Se entenderá que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no puedan volver las cosas al estado que tenían antes de la violación;

4) Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres.

Se entenderá que hay consentimiento expreso, cuando hubieren transcurrido los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido.

El consentimiento tácito es aquel que entraña signos inequívocos de aceptación.

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado;

6) Cuando se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia;

7) En caso de suspensión de derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 241 de la Constitución, salvo que el acto que se impugne no tenga relación con la especificación del decreto de suspensión de los mismos;

8) Cuando esté pendiente de decisión una acción de amparo ejercida ante un Tribunal en relación con los mismos hechos en que se hubiese fundamentado la acción propuesta.”.

Basado en lo descrito, es necesaria la existencia de la amenaza o violación del derecho constitucional para activar el amparo y no se plantea la vía de la pesquisa para su utilización (en principio). Dicha situación, en materia del derecho a la libertad informativa no es siempre evidente y en muchas ocasiones aunque se conoce de la existencia de la utilización del dato o el daño como producto de su manipulación, es necesaria la tutela judicial o administrativa para poder verificar o poder obtener la prueba de dicha violación. Por esa razón y dada su vía pesquisitoria es que se separa la figura del habeas data del amparo.

Siendo el caso, y dada la diversidad de criterios, sería importante precisar un poco más dicha materia y especialmente abordar otra de las tesis que tratan de establecerlo o definirlo, es el caso de verlo como una simple garantía constitucional.

Como garantía

Ante tal confusión, ser derecho o un tipo de amparo, Casal (2001, 209), trata de aclarar algunos conceptos básicos para llegar a definir al habeas data. Para ello, comienza por diferenciar al habeas data de la libertad informática. A ese respecto 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.

Aquí, es preciso recordar lo que ilustra Zamudio (1976, citado por Gozaíni, 1994, 184), en cuanto a las garantías, ya que las define como las: "...instituciones adjetivas o procesales y no de carácter sustantivo, ya que están conformadas para señalar el procedimiento que debe seguir el órgano de control constitucional para reprimir las violaciones a la ley suprema, y reintegrar el orden fundamental infringido...".

Para confirmar al habeas data como una garantía y no como un derecho y diferenciarlo del derecho a la libertad informática, queremos apropiarnos de lo señalado por la Revista de Derecho Constitucional N° 8 (2003, 72), cuando se expresa que: "El habeas data es una garantía que protege derechos fundamentales frente a los abusos informáticos. Como tal, es inherente al individuo, y todo acto que impida el goce de los derechos integrados en su radio tuitivo, o su ejercicio mismo, es nulo ex artículos 22 y 25 de la Constitución...".

En la misma Revista se considera que ni es una "categoría de amparo", ni se trata de un nuevo derecho fundamental, sino que representa una garantía autónoma, pero que claramente "necesita del derecho de petición para su operatividad", conectándose derechos fundamentales, garantías y órganos jurisdiccionales, para la plena vigencia de los derechos humanos (79).

Para ello, vale la pena traer a la revisión, para entender dicho concepto, lo que refiere sobre la garantía y su conexión lógica con el derecho de acción, la concepciones que sobre la figura desarrollada Liebman (1980, 114), al definirla la acción como: "...un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual espera obtener la protección de las propias razones, disponiendo a este objeto de los medios aprestados por la ley para hacerlas valer...".

También merece la pena establecer lo que bien diferencia Ortiz (2004, 76), cuando se refiere a esta materia (acción procesal y derecho de accionar), ya que dispone que una cosa es el caminar y otra “el camino”, toda vez que el “derecho de accionar es un verdadero derecho de acceso a la jurisdicción”, mientras que otra cosa es la acción procesal “como un poder o posibilidad”. Por esa razón es que el referido autor define a la acción como una:

“...posibilidad jurídico-constitucional que tiene toda persona, natural o jurídica, pública o privada, de acudir ante los órganos jurisdiccionales para que mediante los procedimientos establecidos en la ley, pueda obtener tutela de un determinado interés jurídico individual, colectivo, difuso o para lograr los efectos que la ley deduce de ciertas situaciones jurídicas.”.

Sin embargo Gozaíni (1994, 213), realiza un nuevo planteamiento. Al estudiar los instrumentos de protección, en el ámbito de los procesos constitucionales, ya que establece que el habeas data es un “elemento procesal” encargado del resguardo del conocimiento de diversas informaciones que se tienen de las personas en las diversas “formas de control personal”. Señala además Gozaíni (1998, 250), que el habeas data es un proceso, y un “proceso constitucional” que se encuentra en el espacio del “acceso a la justicia sin restricciones”.

Al colocarlo como proceso, más que un derecho, como nos sugiere Echandía (1984, 153), se trata de un: “...conjunto de actos coordinados que se ejecutan por ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas...”.

Basado en lo descrito, como bien lo dispone la Revista de Derecho Constitucional N° 8 (2003, 71 y 72), no es sostenible concebir al habeas data como un derecho, ya que de ser así éste no protegería derecho alguno y sería él objeto de tutela mediante determinadas garantías, como sería el caso del amparo constitucional, por ejemplo. Tampoco puede verse como proceso, ya que no existe preeminencia entre una garantía y otra y además las garantías siguen un procedimiento casi similar, y mucho menos puede confundirse con otra garantía como es el caso del amparo, la cual posee y se plantea mediante un procedimiento autónomo.

Por dichas razones, es que sostenemos que se trata de una garantía, y especialmente de una garantía procesal constitucional, ya que son entendidas a favor de las personas y como manifiesta CAROCCA (1998, 53 a la 63) en función de ellas se construye el “sistema jurídico”, es decir, son el límite a las actuaciones estatales, un sistema de protección del ciudadano frente al poder del Estado, en la cual se coloca el acento en el grado de cumplimiento y no en la mera enunciación.

El habeas data corresponde a una garantía, claramente concebida en el nuevo orden constitucional y que ha sido establecida, para la protección del derecho fundamental a la libertad informativa. Siguiendo con dicho planteamiento, lo interesante sería conocer si además de ser una garantía procesal, que claramente se vincula con el derecho de accionar, también dicha garantía posee una “naturaleza cautelar”.

Ello lo consideramos de tal importancia, porque como indica Picó (citando al Tribunal Español, 1997, 73), “La tutela judicial –nos indica el T.C.- no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso... [...] debemos destacar que

las medidas cautelares que afectan a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes, a falta de carácter reglado, deben fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad...”.

Continuando con el citado autor (74 y 75), para que se pueda hablar de la existencia de la medida cautelar es necesaria que: exista la posibilidad de adoptarlas inaudita parte, esto es, sin audiencia previa del afectado a los fines de no hacer inefectiva la medida y atentar contra la tutela efectiva; que exista la posibilidad de modificarlas, debido a su sentido provisional y por ende puedan ser adaptadas ante cambios de circunstancias, ya que sobre ellas no opera el efecto de cosa juzgada; la existencia de indicios racionales de la violación o la amenaza (*fumus boni iuris*) o el *periculum in mora*, esto es, la existencia de fines constitucionales legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y además nos plantea el descrito autor, la existencia de medidas cautelares contra actos administrativos, es decir, la posibilidad que por vía judicial suspender la ejecución de dichos actos.

Las medidas cautelares son una manifestación de la actividad jurisdiccional y un instrumento necesario para la eficiencia de la justicia, que constituye una garantía de los presuntos derechos en discusión mientras se dicta el fallo definitivo, evitando así que el mismo pueda resultar ineficaz. En este mismo orden, como una cautelar de posible y necesaria aplicación en el ámbito del derecho procesal, sus presupuestos de procedencia lo constituyen el ***fumus boni iuris***, que traduce la apariencia de buen derecho, es decir, cuando el derecho que se pretenda cautelar aparezca como jurídicamente probable, con una probabilidad cualificada y el ***periculum in mora***, que consiste en el temor razonable de un daño jurídico posible, inminente e inmediato, de difícil o imposible reparación por la sentencia que ha de resolver el asunto, causado por el deudor durante el desarrollo del proceso.

Además con ellas el Juez no está sometido a un número o grupo de medidas, sino que puede inventarla, adecuarla al caso concreto, con lo cual atenderá y tutelaré de manera efectiva el derecho amenazado. Esto lo podemos apreciar en el Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990, cuando en el Parágrafo Primero del artículo 588 establece:

“..., el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.”.

Ante lo indicado, necesariamente debe concebirse al habeas data como una garantía procesal constitucional, que a su vez presenta una naturaleza cautelar, como es el caso también del amparo, porque ello representa la única forma como se puede tutelar efectivamente el derecho a la libertad informativa (al atribuírsele dicho carácter), debido a que constituye la vía de protección de todas las partes que integran la relación jurídica de donde surge el conflicto (el que tiene el dato y su titular). En ese orden, al dársele naturaleza cautelar, la persona que tiene el dato, y que pueda resultar afectada con la decisión provisional, modificable, y que no adquiere carácter de cosa juzgada, siempre podrá en un procedimiento ordinario, replantear el tema en discusión para hacer uso del dato por él legítimamente compilado, si ello lo llegare a demostrar; o en el caso concreto obtener el pago de las costas si finalmente el recurso intentado fuere finalmente desechado.

Todo ello se plantea ante una amenaza, una violación del derecho a la libertad informativa, donde además presenta el agravante de que la

información se encuentra en manos de un particular, y no es la administración pública, ni el Estado quien la detenta, sino un particular que posee la información, la cual ha obtenido sin mi consentimiento, o aunque con mi consentimiento está haciendo mal uso de ella afectando así mi vida privada, mi integridad personal. Ahora, en el momento de conocer el hecho cómo puede el titular del derecho garantizar o impedir dicha amenaza o violación, como puede destruir la información, modificarla o impedir su divulgación y la cual en dicho espacio y tiempo de no detener dicha acción producirá daños irreparables o de difícil reparación, será que podrá lograrlo mediante un proceso ordinario que cuando finalmente su sentencia no tenga ningún sentido por su falta de eficacia. Ello nos motiva a incorporar en la naturaleza del habeas data el carácter cautelar, es decir, su posibilidad real de suspender los efectos del acto atentatorio o de amenaza, la posibilidad de resguardar el derecho, la potestad de suprimir actos, entre otros, y durante el proceso, mediante una medida provisional que atienda y garantice un verdadero ejercicio del derecho a la libertad informativa, y donde -como hemos comentado- el juez pueda apreciar la situación y resguardar los derechos involucrados, tanto del que compila, como del titular del dato, ya que en definitiva en afectado por la medida cautelar puede oponerse a la medida dictada, puede apelar de ella y poder revertir sus efectos.

Diferencia entre habeas data y el derecho a la libertad informática

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 28, lo siguiente:

“Artículo 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus

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

Como ya lo señalábamos -en el punto anterior-, una cosa es el derecho a la libertad informativa, informática o autodeterminación informativa, y otra cosa, la protección a dicho derecho ante una eventual violación. Siguiendo lo descrito en el artículo 28, claramente vemos como nuestro Constituyente concibió y dio contenido a dicho derecho, así:

Estableció el derecho a la libertad informativa como: el derecho de toda persona de:

- Acceder a la información y datos que sobre ella o sus bienes consten en registros de oficinas públicas y privadas, salvos las exceptuadas por Ley, o acceder a documentos de cualquier naturaleza que posea información de interés para comunidades o grupos de personas.
- Conocer el uso que sobre ella se haga o su finalidad.
- Solicitar la actualización, la rectificación o destrucción de la información, si es errónea o afecta ilegítimamente sus derechos.

Sin embargo, antes de establecer el acceso, el conocer el uso o solicitar su adecuada utilización, debemos partir de la base que el derecho a la libertad informativa implica, en primer término, esa facultad que posee cada ciudadano de decidir y en otorgar o no dicha información sobre ella o sus bienes. Esa potestad de proporcionarla para su utilización o divulgación, tiene como fuente principal al ser humano y es éste quien decide otorgarla o no. Así mismo, la misma se puede consentir de manera expresa o tácita, y dicho consentimiento no implica desprendimiento o un sometimiento a su arbitraria utilización, sino que por el contrario, deriva de ella el que con posterioridad se mantengan –dentro de dicho derecho-, la potestad de acceder a aquella base de datos donde se encuentra dicha información proporcionada, a conocer cómo se hace uso de ella y solicitar su adecuación, de ser el caso.

Un elemento distinto es su protección, esto es, que dicho derecho sea violado o este siendo vulnerado por la mala utilización o el abuso en el consentimiento otorgado tácita o expresamente, y que por ello sea víctima de una lesión en mi vida íntima y personal. En este caso, ya no estamos hablando del derecho a la libertad informativa, sino que nos referimos a otra figura, el habeas data, aquí ya no me estoy refiriendo a si tengo o no el derecho, sino que el mismo está siendo violado y es necesario protegerlo y garantizar su ejercicio.

Por ello, existen enormes diferencias entre el derecho establecido y la protección del derecho mismo, entre el ejercicio de dicho derecho y las acciones de protección del éste. Para comprender un poco más las diferencias que se suscitan entre ambas figuras y principalmente entender su clara vinculación como derecho y garantía, podemos traer a colación las conclusiones que Casal (2001, 222), hace en el siguiente sentido:

- “El derecho a la libertad informática forma parte del núcleo de derechos denominados de “tercera generación”, en los cuales se incluye el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a una calidad de vida, derechos éstos dirigidos a potenciar las esferas de libertades del individuo en la era tecnológica.
- El derecho a libertad informática constituye un elemento de legitimación política de los sistemas democráticos con avance tecnológico.
- La libertad informática, siguiéndola doctrina española más calificada, es un nuevo derecho fundamental el cual tiene como propósito garantizar la facultad de las personas para conocer, acceder y controlar las informaciones que les conciernen.
- El derecho a la libertad informática se refiere a la protección de datos de la vida privada y de la vida íntima los cuales se encuentran almacenados en archivos automáticos o manuales. Por tanto no debe confundirse este derecho a la libertad informática, que es un derecho autónomo e independiente el cual busca el resguardar estos dos espacios de la vida del individuo, de los derechos a la intimidad y a la privacidad respectivamente.
- El derecho a la libertad informática comprende las siguientes facultades: el derecho a la autodeterminación, el derecho de información y acceso, el derecho de rectificación y cancelación de la información personal, el derecho a la indemnización por daños, el derecho a garantías suficientes (habeas data)...”.

Eso con respecto a la libertad informática. Pero en cuanto al habeas data establece dicho autor, por el contrario que:

- “El habeas data es una institución jurídica que tiene como fin específico permitir a los individuos el acceso a su información personal y por consiguiente a su corrección, modificación o supresión. Es un medio jurídico para hacer efectiva la libertad informática. Significa entonces que el titular de los datos pueda ejercer los derechos antes mencionados (de acceso, de rectificación, de cancelación, de información) ante el responsable del tratamiento de los datos, a través de un recurso sencillo y expedito....” (223).

De acuerdo a lo expresado, existe una independencia conceptual del derecho a la libertad informativa o autodeterminación informativa, como bien jurídico protegido y la propia garantía, esto es el habeas data, pero a su vez, incluso éste es independiente de derechos personalísimos, como son: la intimidad, el honor la imagen, la identidad, donde lo que existen son “puntos de confluencia”, donde el primero ofrece a los últimos una “valiosa vertiente instrumental” (Revista de Derecho Constitucional N° 9, 2004, 54).

De manera que, el habeas data corresponde a una garantía constitucional, concebida por primera vez en Venezuela, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su artículo 28. Dicha garantía procesal constitucional, posee además un carácter cautelar, como única forma de hacer posible una verdadera tutela efectiva del derecho en sede judicial, así mismo, dicha garantía se distingue claramente del derecho fundamental a la libertad informática o autodeterminación informativa.

CAPITULO II

NORMATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE DERECHO A LA LIBERTAD INFORMATICA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

Como ya señalábamos anteriormente, nuestra actual Constitución del año 1999, incorporó por primera vez el derecho a la libertad informativa, así como su garantía o vía de protección al incorporar en el mismo artículo 28 la figura del habeas data.

Ahora, si bien es cierto que expresamente no se indica el término “habeas data”, en el artículo en cuestión, y mucho menos el de la libertad informática, de éste claramente se desprende su existencia y fundamento. Si tomamos en cuenta la exposición de motivos de la actual Constitución, podemos apreciar que la mencionada institución se plantea escuetamente, limitándose tan solo a establecer que:

“Se reconoce por vez primera en el constitucionalismo venezolano, el habeas data o el derecho de las personas de acceso a la información oficiales o privados, con las excepciones que establezca la Ley. [...] El habeas data incluye el derecho de las personas de conocer el uso que se haga de tales registros y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos” (Rondón, 2004, 257).

Lamentablemente, nuestro constituyente no profundizó sobre el significado de dicha figura colocada novedosamente en la Constitución de 1999, de

manera que no se permitió ilustrarnos sobre su alcance, perdiendo incluso la oportunidad de explicar y profundizar sobre el derecho protegido “libertad informativa” y su diferencia con el habeas data, así como la relación de aquel con otros derechos como la intimidad, honor, entre otros. (Rondón, 2004, 257).

Sin embargo debemos recalcar, que es una figura que por primera vez se incorpora, toda vez en las Constituciones derogadas o reformadas a lo largo de nuestro desarrollo histórico no fue contemplada. Si hacemos una revisión simplista y panorámica sobre lo afirmado, podemos apreciar que las anteriores constituciones a las de 1999, solo consagrados otros derechos distintos a la libertad informativa (aunque derechos que hoy confluyen), y como una garantía general de protección el amparo.

Por ejemplo podemos señalar algunos antecedes en el caso del derecho a la privacidad contenido en varios instrumentos normativos. En el caso del Decreto del 6 de agosto de 1830 sobre “Garantía de los venezolanos para el gobierno provisorio”, se estableció en el artículo 6° la inviolabilidad del secreto de los papeles particulares, la protección al honor y a la estimación de la persona, pero fue con la Constitución de 1821 cuando se estableció por vez primera y constitucionalmente el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia privada, papeles particulares y correspondencias epistolares; en la Constitución de 1857, se incorpora la reserva de ley para establecer excepciones al principio, en 1858 se incorpora el término vida privada, lo cual se mantiene en las de 1864, 1874, 1881 y 1891; en la constitución de 1914 se incorpora la correspondencia postal y telegráfica, pero en la de 1925 se integra la posibilidad de la ocupación por parte de la autoridad judicial y eso se mantiene en las del 1928, 1931, 1936 1947 y 1953, finalmente en la constitución de 1961 incorpora conceptos como honor,

reputación o vida privada y además la inviolabilidad para cualquier tipo de correspondencia, pero mantiene el principio del sacrificio de éste derecho ante la justicia en artículo separado. Casal (2001, 199).

Tomando en cuenta lo expresado, vamos a encontrar un nuevo derecho, un derecho humano, con un contenido distinto a lo hasta ahora fue planteado en el marco constitucional. Incluso se trata de un derecho que se coloca en el Título Tercero, denominado “De los Derechos Humanos y Garantías y De los Deberes”, en el Capítulo Primero. Basándonos en lo indicado, como derecho humano fundamental y siguiendo los mismos principios constitucionales, se trata de un derecho que posee toda persona, y que se basa en los principios de progresividad, no discriminación, indivisibilidad, interdependencia e irrenunciabilidad. Así mismo, exigen del Estado Venezolano, su respeto y garantía conforme a las normas Constitucionales, Instrumentos Internacionales ratificados por Venezuela y todo el ordenamiento jurídico interno.

Continuando, dicho derecho humano, se diferencia claramente de otros derechos que también establece la Constitución como son:

- El Secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, contenido en el artículo 48 de la Constitución, el cual solo puede ser interferido mediante orden de un tribunal competente, siempre preservando el secreto de lo privado.
- El Derecho a la identidad, a que toda persona posea un nombre y apellido y a conocer la identidad de su padre y madre, todo lo cual conlleva a que el Estado garantice su inscripción gratuita en el registro civil (artículo 56).

- El Derecho a la libertad de expresión: ideas, pensamiento u opiniones (buscar, informar, divulgar, entre otros) (artículo 56).
- El derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación (artículo 60).

Pero, así como se diferencia con éstos derechos, en la práctica se relaciona o en el caso concreto incide en la esfera jurídica de éstos cuando se violan o vulnera los datos personales de cualquier ciudadano, o se hace uso abusivo de los mismos, relacionándose con ello, razón por la cual en dichos casos es el habeas data el instrumento de protección también de dichos derechos. Un ejemplo claro de lo antes descrito lo podemos apreciar cuando se trata de “datos sensibles”, esto es, aquellos datos de carácter personal que presentan un origen racial y étnico, de opinión política, o convicciones religiosas, filosóficas o morales, vida sexual, los cuales deben ser protegidos de la informatización, ya que lo se busca más allá de protegerlo por el carácter privado, es evitar la categorización de los ciudadanos o creación de perfiles (Revista de Derecho Constitucional N° 9, 2004, 58).

Siguiendo con tal planteamiento la libertad informativa se nos coloca -y así lo establece nuestra Constitución-, como un derecho autónomo, con una doble dimensión, una sustancial, y otra instrumental; en el primer caso se presenta como un derecho en sí mismo, y en el segundo caso, sirve de soporte “para la cobertura tuitiva de otros derechos” (intimidad, honor, dignidad, entre otros).

En cuanto a su protección, es evidente que nuestro constituyente estableció para él una protección especial, esto es, ante un derecho específico una protección específica, toda vez que en el propio artículo 28 constitucional se establece el derecho y su protección judicial, protección que se indica de manera separada a la figura del amparo constitucional.

De hecho, en el artículo 27 constitucional, se coloca al amparo como una garantía de protección que posee toda persona ante los tribunales, ante cualquier restricción o violación de cualquier derecho o garantía constitucional, incluso de aquellos que siendo inherentes a las personas no estén expresamente contenidos en la Constitución o las leyes, para referirse a los Pactos o Convenios Internacionales. En el mismo artículo se indica como será el procedimiento en materia de amparo (principios), y además se coloca la figura del habeas corpus, todo lo cual se ha desarrollado en la Ley especial y por vía jurisprudencial.

Por esta razón y siendo que por vía del amparo se protege cualquier derecho constitucional, es que algunos preguntan el por qué de la existencia del habeas data, siendo que por vía de amparo el asunto está resuelto (Rondón, 2004, 265).

Ahora el problema real no es ese, porque en definitiva existe la garantía y la protección específica –de acuerdo a la jurisprudencia-, para el derecho a la libertad informativa, mediante el habeas data, sin embargo, lo que no existe como tal es el desarrollo del propio derecho a la libertad informativa, sus implicaciones, alcance, limitaciones, así como el de su garantía. Eso presenta graves problemas en Venezuela, porque la jurisprudencia ha marcado el procedimiento a los fines de su goce y disfrute, pero aun el ordenamiento jurídico es vacilante en la concepción del propio derecho y su

garantía ante la ausencia de instrumentos normativos que desarrollen su ejercicio.

Ante tal panorama, como se afirma en la Revista de Derecho Constitucional N° 9 (2004, 38 y ss), en el derecho comparado la problemática relativa al derecho a la protección de datos personales ha sido abordadas en diversos instrumentos internacionales, a saber:

- Resolución 45/95 de la Asamblea General de la ONU, de fecha 14 de diciembre de 1990, donde se establecen los principios rectores aplicables a los ficheros computarizados de datos personales, o en el caso de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), se crean diversas recomendaciones relativas a las directrices aplicables a la protección de la vida privada y a los flujos transfronterizos de datos personales,
- Por otra parte, en el Consejo de Europa existe el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de carácter personal, de 1981,
- En el derecho comunitario europeo, también se establece algunas normas, como son: la Directiva 95/46/CE de 1995,
- También reconocen dicho derecho y su garantía tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Y en cuanto al contexto jurídico de algunos países, son significativos los ejemplos que plantean: Portugal (quien por primera vez reconoce la necesidad de proteger dicho derecho a nivel constitucional 1976), y luego lo desarrolla en una ley especial (1991), o el caso de España que también lo prevé constitucionalmente (1978) y luego creó la Ley Orgánica de

Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (1992), o el caso Francés con la ley de Informática, Ficheros y libertades (1978), o en el caso iberoamericano Brasil como el primero en incluir (1988) en el texto constitucional el habeas data, entre otros.

En el contexto venezolano, quedan todavía muchas cosas por resolver, en primer lugar solo existe las normas constitucionales, y es la jurisprudencia la que ha marcado el camino del procedimiento de habeas data, en segundo lugar existen algunas leyes especiales que establecen tipos penales, pero no desarrollan el derecho o la garantía (la que de seguida pasaremos a comentar), y además aún la constitución dejó algunos elementos sin resolver, esto es, qué ocurre cuando en sede administrativa se deba garantizar el derecho a la libertad informativa, cuál es el procedimiento, se debe siempre acudir ante el órgano judicial para poder obtener tutela, son interrogantes sin respuestas. En todo caso, conviene revisar algunas de las leyes especiales que existen en Venezuela y que se vinculan con la libertad informática o informativa.

La libertad informática en las leyes especiales

Es importante aclarar, que no existe en Venezuela, con anterioridad o posterioridad a la Constitución del año 1999, una legislación especial en la materia, a pesar de que existe en nuestro país el derecho a la libertad informativa, desde el punto de vista Constitucional y muy a pesar de la evolución de los derechos humanos a nivel mundial.

Sin embargo, vamos a encontrar algunos textos normativos que merecen la pena nuestros comentarios, como son el Decreto-Ley Sobre Mensajes de

Datos y Firmas Electrónicas, así como la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, que son en definitiva a los que me referiré de seguida. De esta manera, no posee nuestro país una legislación que garantice y proteja todo lo concerniente al tratamiento de los datos personales, lo referente a las libertades públicas y en general los derechos fundamentales que poseen las personas, donde especialmente se hagan efectivos su autodeterminación informativa y por ende que también pueda verse garantizada su derecho al honor e intimidad personal y familiar.

El primer caso a comentar es la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, dicha norma se concibe como un Decreto Ley, dictado por el Presidente de la República, de acuerdo a la Ley Habilitante otorgada en el año 2000 por la Asamblea Nacional, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial N° 37.148, del 28 de febrero de 2001 (Decreto N° 1.024 del 10 de febrero de 2001).

El referido Decreto Ley como lo dispone su artículo 1, tiene como base fundamental “otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico”, a las firmas electrónicas, mensajes de datos y a toda la información ininteligible en formato electrónico de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular lo concerniente a los proveedores de servicios de certificación y los certificados electrónicos.

Siendo este el caso, nos encontramos claramente ante una Ley que se enmarca netamente en el ámbito del mensaje de datos o firmas electrónicas, sin tomar en cuenta la protección de la totalidad de los datos personales, su intimidad o privacidad, sino que su visión única es otorgarle valor probatorio a los mismos, en el marco del derecho venezolano, siendo posible su

promoción y evacuación ante eventuales procesos que se inicien y en los cuales sean utilizados.

Todo ello se complementa con las definiciones que plantea la ley y que se establecen en el artículo 2, el cual expresa:

“A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:

Persona: Todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Mensajes de datos: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Emisor: Persona que origina un Mensaje de Datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados.

Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Signatario: Es la persona titular de una Firma Electrónica o Certificado Electrónico.

Destinatario: Persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos.

Proveedor de Servicios de Certificación: Persona dedicada a proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en este Decreto-Ley.

Acreditación: Es el título que otorga la Superintendencia de servicios de Certificación Electrónica a los Proveedores de Servicios de Certificación para proporcionar certificados electrónicos, una vez cumplidos los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley.

Certificado Electrónico: Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica.

Sistema de Información: Aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma Mensajes de Datos.

Usuario: Toda persona que utilice un sistema de información.

Inhabilitación técnica: Es la incapacidad temporal o permanente del Proveedor de Servicios de Certificación que impida garantizar el cumplimiento de sus servicios, así como,

cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley para el ejercicio de sus actividades.”.

De acuerdo a lo descrito, podemos apreciar que a través de dicho Decreto Ley, el Estado busca otorgar a los mensajes de datos el mismo valor que a los documentos escritos (como bien se dispone en su artículo 4), sin dejar de lado las solemnidades o formalidades que pueda exigir la ley.

En el caso que nos ocupa, sólo en el artículo 5 de dicho Decreto, se hace mención al sometimiento que los mismos tienen a la Constitución y la Ley y principalmente la referencia que se realiza de la privacidad y el acceso a la información, cuando expresa:

“Los Mensajes de Datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.”.

Sin embargo, con ello ni se describe, ni desarrolla la autodeterminación informativa, ni puede garantizar su ejercicio y protección, porque como ya hemos afirmado lo que se buscó principalmente fue la elevación de los datos y firmas electrónicas a la integración de los medios probatorios venezolanos, a los fines de darle una mayor seguridad jurídica a las operaciones y negocios realizados vía electrónica.

En ese mismo orden e idea, el Decreto-Ley plantea en su estructura la creación de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, quien es el ente que acreditará, supervisará y controlará a los proveedores de servicios de certificación (artículo 21).

Siendo este el caso, si bien este Decreto-Ley representa un adelanto y una regulación necesario en el ámbito del comercio electrónico, ante la ambigüedad e inexistencia de este control en Venezuela, con dicha legislación no se abordó sino superficialmente una de las situaciones que pueden formar parte del derecho a la libertad informativa, pero que en modo alguno permite garantizar su efectividad, ya que no toma en cuenta la figura del habeas data u otra vía, circunscribiéndose absolutamente a la eficacia jurídica y valor probatorio de la misma.

Así mismo, aunque corresponde a un adelanto, aun con su existencia podemos apreciar muchas dudas y problemas sin resolver, ya que por ejemplo solo se refiere a su forma de promoción como pruebas libres, sin especificar la prueba a la cual se asocia, o una mejor guía para el ente judicial en el momento de su evacuación o en su promoción por parte de los solicitantes, circunscribiéndose a las mismas consideraciones que deberán ser resueltas por el Código de Procedimiento Civil.

El segundo caso, es la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos: dicha Ley publicada en Gaceta Oficial N° 37.313, de fecha 30 de octubre de 2001, dictada por la Asamblea Nacional, no se coloca ni en el ámbito del ejercicio del derecho a la libertad informática, ni en su garantía, como es el caso del habeas data, sino que se perfila como aquella que platea como objeto principal, de acuerdo a su artículo primero: “la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos”.

En ese contexto, como afirma Gabaldón y otros (2004, 110), el desarrollo de las tecnologías de la información pueden favorecer en varios sentidos el

desarrollo de los fraudes “como una actividad colateral de la expansión de la movilidad del dinero”.

Continuando, la Ley nos establece en el artículo segundo las siguientes definiciones:

“a. Tecnología de Información: rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de data, lo cual involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, distribución, intercambio, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del “hardware”, “firmware”, “software”, cualesquiera de sus componentes y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de data.

b. Sistema: cualquier arreglo organizado de recursos y procedimientos diseñados para el uso de tecnologías de información, unidos y regulados por interacción o interdependencia para cumplir una serie de funciones específicas, así como la combinación de dos o más componentes interrelacionados, organizados en un paquete funcional, de manera que estén en capacidad de realizar una función operacional o satisfacer un requerimiento dentro de unas especificaciones previstas.

c. Data: hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada para que sean comunicados, transmitidos o procesados por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede asignar significado.

d. Información: significado que el ser humano le asigna a la data utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas.

e. Documento: registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.

f. Computador: dispositivo o unidad funcional que acepta data, la procesa de acuerdo con un programa guardado y genera resultados, incluidas operaciones aritméticas o lógicas.

g. Hardware: equipos o dispositivos físicos considerados en forma independiente de su capacidad o función, que forman un computador o sus componentes periféricos, de manera que pueden incluir herramientas, implementos, instrumentos, conexiones, ensamblajes, componentes y partes.

h. Firmware: programa o segmento de programa incorporado de manera permanente en algún componente de hardware.

i. Software: información organizada en forma de programas de computación, procedimientos y documentación asociados, concebidos para realizar la operación de un sistema, de manera que pueda proveer de instrucciones a los computadores así como de data expresada en cualquier forma, con el objeto de que éstos realicen funciones específicas.

j. Programa: plan, rutina o secuencia de instrucciones utilizados para realizar un trabajo en particular o resolver un problema dado a través de un computador.

k. Procesamiento de data o de información: realización sistemática de operaciones sobre data o sobre información, tales como manejo, fusión, organización o cómputo.

l. Seguridad: Condición que resulta del establecimiento y mantenimiento de medidas de protección que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la data de personas no autorizadas o que afecten la operatividad de las funciones de un sistema de computación.

m. Virus: programa o segmento de programa indeseado que se desarrolla incontroladamente y que genera efectos destructivos o perturbadores en un programa o componente del sistema.

n. Tarjeta inteligente: rótulo, cédula o carnet que se utiliza como instrumento de identificación, de acceso a un sistema, de pago o de crédito y que contiene data, información o ambas, de

uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla.

o. Contraseña (password): secuencia alfabética, numérica o combinación de ambas, protegida por reglas de confidencialidad utilizada para verificar la autenticidad de la autorización expedida a un usuario para acceder a la data o a la información contenidas en un sistema.

p. Mensaje de datos: cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones. “.

De acuerdo a lo antes transcrito, podemos visualizar que la Ley de Delitos Informáticos amplía las definiciones presentadas por el Decreto-Ley Sobre Mensajes y Firmas Electrónicas, y además incorpora otros términos no descritos por ella, a saber:

En el caso del término del **mensaje de datos** la Ley de Delitos Informáticos, se refiere a cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, que además se exprese de manera secreta o abierta y en un formato adecuado para su transmisión por cualquier sistema de comunicaciones (ampliando el espectro de la comunicación). En el Decreto-Ley Sobre Mensajes y Firmas Electrónicas, solo se refiere a información inteligible en formato electrónico o similar.

El Decreto-Ley Sobre Mensajes y Firmas Electrónicas, nos establece los términos: personas, emisor, firma electrónica, signatario, destinatario, acreditador, certificación, usuario, esto es, un sistema cerrado y con una actividad específica; mientras la Ley de Delitos Informáticos, plantea elementos más amplios, donde se concibe la “Tecnología de Información”: definida ésta como una “rama de la tecnología”, mediante la cual se estudia,

aplica y procesa la data, y es aquí donde podemos encontrar contenido, como es, “obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control [...] de información en forma automática [...] y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de data. También merece la pena comentar la definición que sobre la data, se hace, esto es, los “hechos, conceptos, instrucciones o caracteres”, que de manera adecuada sean transmitidos o comunicados, tanto por los seres humanos o por vía automática y que tengan significado; o el concepto que sobre información, documento, entre otros, se hace.

De lo comentado, podemos evidenciar que aunque se crea la Ley de Delitos Informáticos con posterioridad al Decreto-Ley Sobre Mensajes y Firmas Electrónicas, y la primera referida a los delitos que pueden ser desarrollados en el marco tecnológicos, las definiciones que plantea amplían la base de datos e información y por ende brindan un mejor conocimiento de lo que se refiere al derecho de la libertad informativa, sin embargo, no desarrolla su contenido, o su garantía, colocándose solamente ante la violación de la misma y por ende en la configuración de tipos penales y de sanciones correspondientes.

Es importante destacar que en el Capítulo III de la Ley de Delitos Informáticos, se refiere a los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones, como sigue:

“Artículo 20.- Violación de la privacidad de la data o información de carácter personal. El que por cualquier medio se apodere, utilice, modifique o elimine, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información,

será penado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

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

Artículo 21.- Violación de la privacidad de las comunicaciones. El que mediante el uso de tecnologías de información, acceda, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Artículo 22.- Revelación indebida de data o información de carácter personal. El que revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos precedentes, aún cuando el autor no hubiese tomado parte en la comisión de dichos delitos, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

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

De acuerdo a lo dispuesto en las normas, es posible en Venezuela iniciar acciones judiciales cuando se vulneren el derecho a la privacidad de la data o la información de carácter personal. Dicha acciones judiciales pueden derivar en sanciones penales contentivas de penas de prisión y además de multas.

Ahora el asunto es, ¿qué pasa en aquellos casos donde no se han cometido delitos, o simplemente lo que busca el actor es actualizar o destruir alguna información personal? De tal forma que, ambas leyes in comento no me

resuelve ni el contenido y desarrollo de dicho derecho –libertad informativa- y mucho menos la regulación de su garantía, del habeas data.

Por dicha razón, es que podemos afirmar que si bien a nivel constitucional, Venezuela avanzó en el reconocimiento expreso del derecho de la libertad informativa de sus ciudadanos y de su vía de protección judicial denominada el habeas data, sin embargo, en la actualidad existe una ausencia total de norma o legislación especial en la materia que desarrolle el ejercicio del derecho y que regule su garantía, siendo el Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley Especial Contra los Delito Informáticos, instrumentos importantes, pero aislados del caso que nos ocupa.

Frente a lo comentado, sería importante referirnos a los avances jurisprudenciales que en la materia se han presentado, como una salida a la ausencia normativa y una manera de sustitución de la actividad legislativa.

CAPITULO III

EL HABEAS DATA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Antecedentes jurisprudenciales

En el ámbito de la jurisprudencia Venezolana la experiencia con el habeas data ha ido en constante evolución. Ese paso lo ha venido dando principalmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, antes de la sentencia más importante en la materia: Caso INSACA de marzo del 2001, desde el año 2000, en el Tribunal Supremo (en sus Salas: Constitucional y Electoral), se dictaron varias decisiones importantes y las cuales serán referidas de seguida (Ortiz, 2001, 723).

En Primer lugar, está la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 23 de agosto de 2000 (a), expediente N° 00-2378, Magistrado ponente: Jesús Eduardo Cabrera, caso: Ruth Capriles vs. Consejo Nacional Electoral. En dicho caso se intenta un recurso de amparo constitucional de habeas data, recurso que la Sala “califica de amparo constitucional”.

Aquí los accionantes acuden a la Sala a solicitar:

“En el escrito contentivo de su acción, que esta Sala califica de amparo constitucional, y que denominaron *“acción de habeas data”*, los actores expresaron:

- 1.- Que actúan con el carácter de ciudadanos venezolanos, electores y miembros de la Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello.
- 2.- Que solicitaron en numerosas ocasiones, ante la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral, así como ante

su antecesora, proporcionar los resultados de los escrutinios por cada mesa de votación, correspondientes a las elecciones finalmente celebradas el día 30 de julio del año en curso.

3.- Que sus reiteradas solicitudes fueron ignoradas por el órgano presuntamente agravante.

4.- Que el Consejo Nacional Electoral sí cuenta con la información requerida, pues en efecto este ente ha proporcionado los resultados globales de los escrutinios, *“que se han extraído de la suma de los resultados de las mesas de votación que funcionaron en las diferentes circunscripciones electorales y esa información ha sido extraída de la data original, es decir, del conteo de votos hechos mesa por mesa [...] y sin esa información, [...] nunca podríamos determinar que la totalización y adjudicación de cargos informada se corresponde, coincide, con la data original y de allí su importancia”*.

5.- A manera de aclaratoria, que *“[l]a información solicitada es diferente también a los símiles de Actas que puedan sacarse de las computadoras que han sido dispuestas en la Sala de Seguimiento en el Consejo Nacional Electoral (C.N.E.)”*.

6.- Que la negativa del Consejo Nacional Electoral de proporcionar la información descrita es una violación de los derechos subjetivos contenidos en el artículo 28 de la Constitución. En tal sentido indicaron que:

“La novísima Constitución de 1999, consagró de manera expresa, y por vez primera la institución conocida como habeas data [que] incluye, por otra parte, el derecho a acceder a documentos de cualquier naturaleza, no ya los privados sobre la propia persona o sus bienes, cuyo contenido informativo sea de interés para comunidades o grupos de personas.”

Además en dicha decisión se establece que lo que consagra el artículo 28 de la Constitución es un “derecho a conocer la información” que sobre las personas se tiene, así como ese derecho llamado habeas data “...está conformado por varios derechos que pueden obrar en bloque o independientemente...”.

Podemos apreciar claramente como la Sala plantea una primera visión del derecho a la libertad informativa y al habeas data, colocándolos –ambos-

como derechos, esto es, una cosa es conocer la información y otra el derecho de habeas data, el cual se compone a su vez de otros derechos. También podemos observar las confusiones al manejarlo como un amparo constitucional.

En segundo lugar, tenemos la decisión del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en fecha 31 de agosto de 2000 (b) expediente N° 00-2397, Magistrado ponente: Jesús Eduardo Cabrera, caso: Willian Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se solicita por vía de amparo constitucional, lo siguiente:

“En el escrito contentivo de la acción, el presunto agraviado fundamentó su pretensión de amparo constitucional en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

En primer lugar, el accionante señaló como un supuesto hecho notorio, que durante la celebración del proceso comicial celebrado el 30 de julio del presente año, fueron cometidas irregularidades que empañaron la transparencia del mismo. Específicamente, hizo referencia a las elecciones para el cargo de Alcalde del Municipio Sucre del Estado Miranda, en el cual resultó electo el ciudadano José Vicente Rangel Avalos, tal y como fuera proclamado por las respectivas autoridades electorales. A su decir, las supuestas irregularidades en los escrutinios, que supone del conocimiento público, tergiversaron la voluntad del electorado de dicho municipio, pues –a su juicio– los resultados electorales debían favorecer al accionante, en su condición de (ex)candidato a la referida alcaldía.

Narra igualmente el actor, que en fecha 03 de agosto de este año, solicitó al Consejo Nacional Electoral copia certificada de las actas de escrutinio para todas las instancias electas el pasado 30 de julio en la jurisdicción del Municipio Sucre, sin que a la fecha de interposición del presente recurso, el mencionado órgano administrativo haya entregado los recaudos solicitados. Aduce el actor que existe riesgo manifiesto de que se agote el lapso legal correspondiente para interponer la

impugnación que pretende ejercer, y cuya omisión absolutamente injustificada y antijurídica, lo priva tanto a él – como postulado al ejecutivo municipal- como a la comunidad electoral del Municipio Sucre del Estado Miranda.

Por tal motivo, el presunto agraviado denuncia como conculcados: (i) el derecho a obtener oportuna respuesta; (ii) derecho de defensa, por cuanto –alega- se le ha negado el acceso a las pruebas “[...]que aseguren nuestros [sus] derechos en vía administrativa [...], y en fin nos [se] encontramos [encuentran] privados de la información que legítimamente nos [les] corresponde obtener en base a lo consagrado en el artículo 28 del fundamental texto legislativo [...]”.

Aquí establece la Sala Constitucional que el habeas data se trata de: “el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido recopiladas por otros... además dispone que: ” ...el habeas data no es un procedimiento para anticipar u obtener pruebas, y quien pretende por esta vía sustituir un retardo prejudicial por temor fundado, no estaría usando la acción con los fines que la creó la Constitución...”. Sin embargo, no se resuelve asuntos como: ¿es un tipo de amparo?, ¿es un derecho?, y mucho menos se desarrolla el derecho a la libertad informativa.

Una tercera sentencia -también del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional-, es la de fecha 10 de noviembre de 2000 (c), expediente N° 00-1246, Magistrado ponente: Iván Rincón Urdaneta, caso: Alberto Galíndez vs. Comisión Legislativa Nacional. Aquí solicita el accionante:

“Del estudio pormenorizado del expediente, se desprenden los siguientes antecedentes:

En fecha 6 de abril del año 2000, el ciudadano José Alberto Galíndez, asistido por el abogado Aquiles Lemus Maza, presentó por ante la Secretaría de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, acción de amparo constitucional

conjuntamente con acción de *habeas data*, contra la Comisión Legislativa Nacional.

El solicitante explana que conforme a una serie de informaciones publicadas en diversos medios de comunicación impresos y audiovisuales, existe la amenaza concreta de que la Comisión Legislativa Nacional lo destituya del cargo de Gobernador del Estado Cojedes, al que fue electo mediante votación popular, o lleve a cabo la intervención de la Gobernación.

Según expone el accionante, en ningún momento ha sido notificado de la existencia de un expediente presuntamente entregado por el Contralor General de la República a la Comisión Legislativa Nacional, ni le ha sido permitido el acceso a las probanzas que obran allí, ni se le ha dispuesto *“del tiempo y de los medios adecuados”* para su defensa. Igualmente, alega que la referida amenaza de destitución o intervención viola la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado por su juez natural, y a no ser juzgado por actos u omisiones que no hubieran sido establecidos como delitos, faltas o infracciones por leyes preexistentes, todo lo cual *“conforma la amenaza de violación a la garantía constitucional al debido proceso, siendo la obligación del Estado proteger a cualquier ciudadano de la República Bolivariana de Venezuela”*.

Además, aduce que *“la amenaza de destitución y/o intervención de la Gobernación que presido constituye una violación al mandato popular y a la soberanía del pueblo del Estado Cojedes, que como entidad autónoma, decidió en elecciones libres que yo encabezara la administración regional”,* ya que, *“la nueva Constitución no prevé que un mandato popular pueda ser revocado sino por los medios en ella previstos.”*

De igual manera, alega que como se postuló a la reelección al cargo en cuestión, todas las amenazas proferidas desmejoran su condición de candidato, y su derecho a ser electo nuevamente al cargo. También expone que no ha tenido acceso *“a ningún tipo de documento ni información sobre eventuales supuestos cargos que se me quieran imputar”*, por lo que solicita que se decrete *habeas data*, de tal modo que sea puesto *“en conocimiento*

de toda la documentación que dice poseer la Comisión Legislativa Nacional sobre los presuntos hechos que se me imputan”.

Con base en estos alegatos, solicita que se ordene a la Comisión Legislativa Nacional que cese la presunta amenaza de destitución o intervención en el ejercicio del cargo de Gobernador electo del Estado Cojedes, y que igualmente se le ordene que lo ponga en conocimiento de los documentos que supuestamente posee la referida Comisión en relación con los hechos que presuntamente se le imputan.

El solicitante anexó una “lista de firmas de diferentes representantes de la Sociedad Civil del Estado Cojedes, que respaldan no sólo mi actuación como Gobernador y mi derecho a concurrir a elecciones, sino también en esta Representación ante el Supremo Tribunal...”.

En dicha solicitud, se intenta un recurso de amparo constitucional de habeas data, en el cual la Sala “...procede a realizar una aplicación extensiva del artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...”, por lo que resuelve aceptar dicha competencia, entendiendo que el recurso intentado se trata nuevamente de un amparo.

Otra decisión importante, es la pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia, ahora en Sala Electoral, de fecha 08 de agosto de 2000, expediente N° 00-88, Magistrado ponente: José Peña Solís, caso: Ruth Capriles vs. Consejo Nacional Electoral, al intentar nuevamente una acción de amparo constitucional de habeas data. Aquí los accionantes alegan que:

“...en su carácter de electores y miembros de la Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello han

sostenido un estrecho vínculo de interés con el logro de la debida transparencia y credibilidad del proceso comicial del pasado 30 de julio de 2000, en virtud de lo cual han intervenido activamente en las diversas fases electorales para lograr el mencionado objetivo. Dentro del referido marco de actuación, han solicitado en reiteradas ocasiones a la nueva Directiva del Consejo Nacional Electoral (C.N.E.), a través de una nutrida correspondencia electrónica, así como en comunicaciones del 3 y 7 de julio de 2000, “la publicación en su página de Internet, en forma simultánea con las totalizaciones que sí están publicadas, los resultados recibidos mesa por mesa electoral”.

En virtud de no haber obtenido ningún tipo de respuesta hasta la presente fecha, y considerando vulnerado su derecho constitucional a “acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas”, previsto en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 143 *ejusdem*, que consagra el derecho a ser informado oportuna y verazmente por la Administración Pública y acceder a los archivos y registros administrativos, solicitan a este Supremo Tribunal que se ordene al Consejo Nacional Electoral (C.N.E.) “proporcionar de manera inmediata la información electoral digitalizada relacionada con los resultados obtenidos en todas y cada una de las mesas de votación que funcionaron en las respectivas jurisdicciones electorales y de manera discriminada; mesa por mesa, restableciéndose así la situación jurídica infringida de violación del derecho constitucional a la información del que somos titulares.”.

Lo interesante de la mencionada sentencia es que –en este caso-, la Sala Electoral declina la competencia a la Sala Constitucional, por tratarse de un amparo constitucional, teniendo a ésta como única instancia para conocer de dichas acciones. De manera, que hasta aquí ni la Sala Constitucional y mucho menos la Electoral tenían resuelto el asunto del habeas data.

Esta situación no duró mucho, ya que en el año 2001, la Sala Constitucional dictó la sentencia en el caso INSACA, mediante la cual, no solo se detiene a profundizar sobre la materia, sino que además legisló estableciendo un nuevo procedimiento. A continuación, revisaremos el concepto que plantea del habeas data, la legitimación y el procedimiento que dispuso.

La sentencia insaca

Definición de habeas data

Se puede afirmar que la sentencia más importante sobre la materia, que dicta el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en fecha 14 de marzo del 2001, expediente N° 00-1797 y bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, es la establecida en el denominado caso INSACA, C.A.

Dicho conocimiento de causa opera como producto de la consulta obligatoria que de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, le hace a la Sala Constitucional del TSJ, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, frente a su decisión de fecha 14 de abril de 2000.

En el caso indicado la empresa INSACA, ejerciendo el habeas data, solicita a la Corte Primera que ordenara la destrucción de un Memorando suscrito por el Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud, que contenía calificativos ofensivos contra la referida compañía, que ponían en entredicho su imagen y reputación.

La Corte Primera, al decidir el asunto, evidenció que el memorándum contra el que se intentó el *habeas data* presentaba un contenido que resultaba dañoso para la mencionada compañía, por lo que ordenó su destrucción (documento emanado de la Dirección de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social), “en virtud del desprestigio que se ocasiona a la referida empresa con la sola existencia de ese documento, el cual es parte de un expediente administrativo que reposa en los archivos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social”.

De manera que la Corte Primera sentencia así:

- 1.- “Procedente la pretensión de amparo constitucional bajo la modalidad de hábeas data”, interpuesta.
- 2.- Ordenó la destrucción del memorándum distinguido con el N° 097 emanado de la Dirección de Drogas y Cosméticos de la Dirección General Sectorial del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, el 2 de septiembre de 1999.
- 3.- Ordenó al Director de Drogas y Cosméticos referido, Adolfo Salazar Hernández, rectificar las afirmaciones consignadas en el referido memorándum, “que en criterio de esta Corte causaron la violación del derecho al honor y a la reputación de la empresa INSACA, C.A., mediante memorándum dirigido a la Dirección General Sectorial de Contraloría Sanitaria, y oficio dirigido a la querellante”.
- 4.- Ordenó a “Adolfo Salazar Hernández, Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, abstenerse de conocer, sustanciar, o emitir opinión sobre cualquier asunto, que relacionado con la empresa INSACA C.A., sea tramitado por ante el Ministerio de Salud y Desarrollo Social.”.

Aunque la parte solicitante del amparo sólo había pedido la destrucción del Memorando, la Corte, fue más allá como forma de lograr un mayor grado de

restablecimiento a la empresa INSACA, C.A., razón por lo cual ordenó que se emitiera un nuevo memorándum, mediante el cual el Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, se retracte de las imputaciones que sin fundamento hizo contra la empresa INSACA, C.A.

Pero como si fuera poco, dispuso la Corte que el referido funcionario no podía seguir conociendo sobre ningún asunto relacionado con la empresa INSACA, ya que “debe lograrse la imparcialidad y objetividad en la sustanciación de los asuntos que relacionados con dicha empresa, cursen o llegaren a cursa por ante el Ministerio de Salud y Desarrollo Social”.

Como ya hemos señalado, por vía de consulta el caso llega a conocimiento de la Sala quien recibió el expediente contentivo de la sentencia definitiva dictada el 14 de abril de 2000, y del escrito contentivo de la ACCION DE HABEAS DATA O AMPARO CONSTITUCIONAL A LA CORRECCION DE LA INFORMACIÓN, la cual había sido interpuesta el 21 de marzo de 2000, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por los abogados Carlos Julio González Siabra y María Carolina González Prado, apoderados judiciales de INSACA, COMPAÑÍA ANÓNIMA, contra las actuaciones del DIRECTOR DE DROGAS Y COSMÉTICOS DEL MINISTERIO DE SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL.

Es así como se llega al estudio del hábeas data, contenido en el artículo 28 de la constitución, donde la Sala Constitucional indica que: “...hace estas acotaciones, 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 mas bien condenar o crear una situación jurídica como resultado de su ejercicio, por lo que quien los

ejerce judicialmente (accionante), en principio no estaría incoando amparos constitucionales...” .

El TSJ establece que el artículo 28 de la Constitución de 1999, establece “...*en principio a las personas un doble derecho...*”, a saber:

“...1) El de recopilar información sobre las personas y sus bienes, lo que se desprende implícitamente de dicha norma; 2) Al acceso, por parte de aquél cuyos datos constan en los registros, a la información que sobre él ha sido recopilada. Ambos derechos los pueden ejercer tanto las personas naturales como las jurídicas, sean éstas últimas, entes de derecho público o privados...”

Además indica la Sala que este derecho no debe confundirse con el derecho a la información oportuna (artículo 58 de la Constitución), y mucho menos con el derecho de réplica. Aquí es donde la Sala vincula este derecho con el derecho de libertad de expresión (artículo 57 de la Constitución y artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ya que se trata de “*buscar, recibir y difundir informaciones de ideas de toda índole*”, siempre que las mismas no sean prohibidas por la ley.

Ahora, lo que llama la atención, es que la Sala al desarrollar y establecer el alcance de este derecho sólo afirme que “...El derecho a recopilar, en el sentido aquí expresado, no distingue si se trata de datos aportados voluntariamente, o extraídos de publicaciones, contratos, declaraciones, negocios electrónicos, tarjetas de créditos, transmisión telemática, etc, sin autorización expresa de aquél quien se refieren los datos, quien incluso puede no conocer la captura y almacenamiento de los mismos; ni si se trata

de informes que sobre su persona suministró otro. Igualmente, el artículo 28 constitucional no distingue si la recopilación es para proveer informes a terceros, o si es para uso particular...”. Es decir, sólo se centra en el que recoge la información, pero no indica el derecho que tiene todo aquel sobre el cual se recopila y el consentimiento que debe haber o no, ni el derecho que se le vulnera frente a tal situación (lo cual puede ser resguardado según el segundo derecho “el llamado control”).

Además del hábeas data en general, como del derecho de conocer, explica y precisa la Sala, la forma de operar en estos casos, así como algunos elementos resaltantes en su ejercicio, como son:

- El derecho a conocer: a saber si otros llevan registro sobre mí persona.
- Dichos registros que otras llevan, deben estar bajo soportes físicos y no de forma mental y deben estar referidos a mí persona.
- Frente a la anterior situación cualquiera puede por la vía extrajudicial y sin contención, solicitar que le den información sobre dichos registros, antes de utilizar cualquier vía judicial, salvo la excepción abajo indicada.
- Los registros que deben ser con sistemas –no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencial puedan serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación.
- Se trata de compilaciones de datos generales y sobre las personas o sus bienes, ordenados en forma tal que puedan hacer un perfil de ellas, sus actividades, o de sus bienes.
- Imponen del compilador respuesta sobre la información solicitada, es el llamado derecho de respuesta (positiva o negativa).

- Todo lo que se haga fuera de los siguientes parámetros queda fuera de la cobertura del hábeas data.
- Una vez que existe la certeza o puede hacer constar la existencia de tales registro llevados por alguna persona, se podrá utilizar la vía judicial. De no ser el caso debe operar a través de la vía extrajudicial como forma necesaria y previa para ejercer el control.

Señala también el TSJ que mientras no exista ley, "será propicio manejar el hábeas data de la forma antes indicada, ya que el inquirir de otro la compilación o un registro sin conocer si este se lleva", puede violentar otras disposiciones constitucionales, por ejemplo el artículo 60, teniendo sobre su cargo el que falsamente oculte o responda sobre lo solicitado, la responsabilidad legal del caso y de tratarse de un ente público, el peticionario posee el derecho del artículo 51 de la Constitución, es decir, el derecho a una oportuna respuesta.

Así mismo, es muy clara la Sala cuando dispone que no es el habeas data, una institución probatoria sustitutiva de la exhibición, prueba de informes o copias certificadas por orden judicial, o que no puede ser propuesta de oficio por el Juez, dentro del desarrollo de una causa, o que la misma no funciona como instrumento para obtener copias certificadas. Tampoco es posible por vía del artículo 28, que el Estado acceda a las bases de datos en las investigaciones criminales, porque ello se establece en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal.

En resumen, posee el artículo 28: "el acceso y el derecho de conocer la finalidad y uso de los datos recopilados por quien los utiliza, así como de forma implícita el derecho de conocer la existencia de la recopilación y a la

respuesta sobre la misma”. De modo tal, que no define evidentemente la sentencia qué es el habeas data y claramente plantea una confusión entre el derecho a la libertad informativa y su propia garantía, obviando la facultad de todo ciudadano de autodeterminar y consentir la compilación o utilización de mi data y la existencia de una garantía autónoma ante su amenaza o violación.

Legitimidad

Dispone la Sala, que toda persona que está reseñado en lo personal o en sus bienes, en los registros regulados por el artículo 28 constitucional, es el legitimado activo de la acción de hábeas data, sin necesidad de alegar daño alguno en los casos en que pide el acceso a la información o el conocimiento de la finalidad para la cual la mantiene el recopilador. Además de ello y con relación al resto de los derechos de hábeas data contemplados en el artículo 28 constitucional, “quien los ejerce debe tener un interés directo en que se actualice, rectifique, se proteja o excluya el dato o información...”.

Ahora, cuando se trata del acceso a los documentos, donde tenga interés la comunidad o grupos, son legitimados mientras no se dicte la ley:

“... debe ser ejercido, así sea en nombre del ente (de ser ello posible), por personas que aparezcan en dichos documentos, por lo que a ellos también personalmente son atinentes las informaciones...”.

También se dispone dicha legitimidad para el Defensor del Pueblo, según el artículo 281, numeral 3 de la Constitución.

En cuanto al legitimado pasivo será toda persona, natural o jurídica, pública o privada, que mantenga registros oficiales o registros privados, que contengan información sobre las personas y sus bienes. Es importante señalar que no exige la norma que esa actividad que desarrolle sea o no lucrativa, o que las personas se dediquen a dar informaciones, pero si establece que el registro posea las siguientes características:

- Que no se trate de expedientes de trabajos que están en archivos,
- Que no sean datos sueltos que alguien tenga de otros, o anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales,
- O que se tratan de datos e informaciones particulares y aislados que alguien lleva con fines de estudio, o para uso personal o estadísticos, o de consumo propio para satisfacer necesidades espirituales o culturales, o para cumplir objetivos profesionales, que no formen un perfil o carezcan de proyección general, o
- Que no correspondan a los casos de registros abiertos al público, quienes tienen formas de corregir los errores, a través de disposiciones legales especiales.

Tribunal competente y el proceso

Establece el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, de forma vinculante que las causas de habeas data serian conocidas por ellas y cuando se trate de amparos por infracción del artículo 28 se aplicarán las disposiciones de la materia.

En cuanto al proceso a seguir, indica la Sala que la primera opción es la vía extrajudicial y en algunos casos a través de la vía administrativa ante el

recopilador real o supuesto, por lo que la lesión al titular nace de ese ejercicio fallido.

Ante la negativa (no se da acceso, o se otorga erróneamente, o no se indica la utilidad), se puede utilizar las siguientes vías: optar por la vía ordinaria, se hace valer el derecho negado y se acumulan pretensiones; o se puede intentar la vía del amparo de ser posible.

En cuanto a la posibilidad del amparo, la Sala contempla que:

“En el caso del artículo 28, quien intenta un amparo, debe fundar la demanda en la existencia cierta de un sistema de información que lleva una persona, dentro del cual existen datos e informaciones referentes al accionante (datos e información plural, es decir, varios que permitan delinear en alguna materia un perfil de la persona, o de sus bienes). La discusión sobre la existencia de los registros (privados u oficiales) y su contenido con respecto al accionante, no puede ser motivo del amparo, ya que éste no persigue objetivos investigativo, de pesquisa, sino restablecedor en base a la afirmación cierta de una situación jurídica y la transgresión denunciada de un derecho constitucional que lesiona tal situación. Ahora ella puede ser creada por la ley, pero sería distinto al del amparo.”.

Diferente es el caso cuando de manera cierta por mandato legal, existe el registro y los datos y éste se niega en darlos al interesado. Al ser establecido el registro y la información que él contiene, el tribunal puede condenar a quien los lleva a que los exhiba al accionante, con la finalidad de que éste se entere del contenido.

Ahora bien, el asunto es ¿cuándo se puede ejercer el amparo, con base a la situación planteada?: Se niega el acceso extrajudicial, entonces se puede

utilizar el amparo frente a la negativa y que se concreta mediante la exhibición, debiendo la sentencia establecer la fórmula para que se aplique el dispositivo, pudiendo ser éste alternativo o condicional, según sea el caso.

En cuanto a conocer el uso y finalidad de la recopilación, no es en principio, establece la Sala, el amparo una acción que permite la satisfacción plena de tal derecho, además establece la Sala que lo que se puede hacer en estos casos es ponderar sólo en el sentido de declarar la legalidad o ilegalidad de lo que realiza el recopilador y tal declaratoria no es motivo de amparo, sino de una acción ordinaria, o autónoma de hábeas data, de "*lege ferenda*".

Ahora una vez se tenga la existencia comprobada de los registros y sus asientos, entonces el ejercicio judicial de los derechos subsecuentes de actualización, rectificación y destrucción, tienen cabida.

Las acciones para estos derechos, son acciones autónomas, fundadas en hechos a probar, pero el ejercicio parte de la existencia de una situación jurídica conocida, no será la vía pesquisitoria, porque eso existe en el ordenamiento jurídico y tampoco coincide con el amparo.

Pero ¿qué pasa si al conocer los registros, y con base a ello, con prueba fehaciente, se pretende que funcionen los derechos que otorga el artículo 28 de la vigente Constitución, y se solicita la rectificación, aclaración o destrucción y el obligado se niega sin justa causa?, ¿será posible intentar la acción de amparo ?.

Afirma la Sala, que en cuanto a la actualización o rectificación al ser una innovación en la situación jurídica del demandante como del demandado, la naturaleza de tales peticiones no son restablecedoras, ya que se está

haciendo valer un derecho con proyección hacia el futuro, por lo que es imposible mediante amparo lograr los objetivos del artículo 28. Diferente es que el reclamante le notifica al accionado, la necesidad de la actualización y este niega dicha solicitud, obviamente al lesionar la situación jurídica del peticionario y frente al daño irreparable inminente, puede ser utilizada la vía del amparo.

Finalmente, indica la Sala que no se indica en el artículo 28 nada sobre el derecho de las personas a prohibir que los datos verdaderos sobre ellas, que no afecten ilegítimamente sus derechos, puedan ser transmitidos o distribuidos a otros por el recopilador. Ni el derecho a restringir a su arbitrio las informaciones sobre ellas o prohibir su transmisión mediante mecanismos electrónicos (salvo que violen garantías constitucionales). Tampoco consagro, establece la Sala la posibilidad de que las personas puedan solicitar que ciertos datos sean declarados confidenciales.

Ahora lo paradójico de todo el asunto es que después de dichos razonamientos en su decisión la Sala, no solo **REVOCA** la decisión de la Corte Primera, sino que de manera contradictoria establece:

- Parcialmente improcedente la acción interpuesta por los abogados Carlos Julio González Siabra y María Carolina González Prado, en su carácter de apoderados judiciales de INSACA, contra “...las actuaciones del DIRECTOR DE DROGAS Y COSMÉTICOS DEL MINISTERIO DE SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL”.
- ORDENA al Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Sanidad tachar en el memorándum N° 097 de fecha 2 de septiembre de 1999, las

menciones ofensivas a la reputación de la empresa INSACA, específicamente, lo siguiente:

“Empresas que disponen establecer 146 Farmacias sugerimos investigárseles el origen de ese capital pues a nuestro entender es bien ‘dudoso’ ya que es un capital sumamente grande.”.

Los cometarios obedecen a que por una parte apreciamos a una Corte Primera que demostró que los poderes del juez que conoce del habeas data, para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida al accionante, son sumamente amplios. De hecho vimos como la empresa INSACA, en ejercicio del habeas data, solicitó a la Corte Primera que ordenara la destrucción de un Memorando suscrito por el Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud, que contenía calificativos ofensivos contra la referida compañía, que ponían en entredicho su imagen y reputación. En ese orden, la Corte Primera, el memorándum y sus efectos, por lo que ordenó la destrucción de dicho documento emanado de la Dirección de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Con esto queremos decir que aunque la parte solicitante sólo había pedido la destrucción del memorando, la Corte Primera, fue más allá ordenando que se emitiera un nuevo memorándum, mediante el cual el Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, se retractara de las imputaciones que sin fundamento hizo contra la empresa INSACA, C.A., y además dispuso que el funcionario no continuara conociendo del asunto relacionado con la empresa.

Sin embargo, la Sala Constitucional más que tutelar restringe los poderes del juez, la posibilidad cautelar y creativa del mismo y a pesar de revocar dicha decisión al final ordena que se suprima de dicho memorando alusiones ofensiva de la empresa, es decir, prácticamente llega a la misma conclusión, pero disminuyendo la capacidad, autoría y facultad de dirección del juez en la materia, lo cual claramente resulta limitante de la tutela judicial efectiva que sobre dicha materia posee el ciudadano.

Decisiones después del 2001

Veamos algunas decisiones posteriores a marzo de 2001, luego de la sentencia INSACA, C.A., y los criterios que establece la Sala Constitucional sobre la figura del habeas data.

- El primer caso, es el Hábeas Data de fecha 25 de abril de 2003 (a), Caso: HENRY KONG SUN CHING, expediente: 02-2674.

Se trata específicamente de un caso presentado el 29 de octubre de 2002, por el ciudadano HENRY KONG SUN CHING, ante esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la “acción autónoma de corrección de información o habeas data” contra las afirmaciones inexactas vertidas a la opinión pública por parte del ciudadano JULIÁN ISAÍAS RODRÍGUEZ DÍAZ, en su carácter de Fiscal General de la República, las cuales, a su juicio, afectan su derecho al honor, reputación y la propia imagen, consagrados en el artículo 60 de la Constitución...”.

Ahora los elementos de innovación o ratificación de la decisión anterior, son: primero que la Sala para decidir, transcribe los mismos argumentos del caso

INSACA, C.A., en cuanto a los derechos, el procedimiento y los legitimados. Y en segundo lugar, **determina que el actor omitió o no probó la existencia del documento emitido por el Fiscal General de la República donde se ve perjudicado y mucho menos la existencia de datos del accionante dentro del mismo, razón por lo cual lo declara improcedente.** Siendo esa la situación, lo que hace la Sala es ratificar la necesidad de una prueba fundamental donde se evidencie el daño causado.

- El segundo caso, es el habeas data de fecha 21 de agosto de 2003 (b), Caso: Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica: Expediente: 02-1343.

El caso fue presentado el 5 de junio de 2002, por el abogado Ramón Emilio Crassus, actuando en su carácter de Procurador General del ESTADO MIRANDA, en contra del Presidente de la República, ciudadano Hugo Chávez Frías, y del Ministro de Finanzas, Tobías Nóbrega, “«a los fines de que informe, sobre las divisas adquiridas por el Banco Central de Venezuela a favor de [dicho] ente político-territorial [...], posteriormente transferidas al Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica (en adelante FIEM), de acuerdo a lo establecido en el artículo 321 de la Constitución y de la Ley que crea el FIEM»...”.

De acuerdo a lo indicado, el accionante se basa, entre otros, en que “..., el Ejecutivo Nacional, a través del Presidente de la República y del Ministro de Finanzas, violan el artículo 28 de la Constitución que asiste al Estado Miranda, en la medida que no ha informado al mismo o «[...]a ninguna de las demás entidades federales sobre el monto que le corresponde en el FIEM, y mucho menos, se les ha permitido obtener esa información [...]»”.

En el presente caso, la Sala para decidir, partió una vez mas del caso INSACA, C.A. y prácticamente transcribe los mismos argumentos razonados en dicha oportunidad, esto es:

El artículo 28 crea varios derechos a favor de las personas y no todos restablecen situaciones jurídicas lesionadas, sino que algunos mas bien condenan o crear una situación jurídica producto de su ejercicio. En principio no se trata de acciones de amparo. El artículo 28 de la vigente Constitución otorga en principio a las personas un doble derecho: 1) El de recopilar información sobre las personas y sus bienes, 2) Al acceso, por parte de aquél cuyos datos constan en los registros, a la información que sobre él ha sido recopilada.

Las persona poseen un derecho previo “a conocer sobre la existencia de tales registros.”. Frente a este último un derecho a la respuesta (positiva o negativa) a cumplir por quien recopila. “El primero de ellos (derecho a conocer) es de naturaleza netamente inquisitiva, ajeno a la estructura que para el proceso de amparo señala el artículo 18 de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...”. Los derechos del artículo 28 constitucional, se ejercen mediante acciones autónomas.

Nace el amparo cuando se le niega extrajudicialmente el ejercicio, porque no se le da acceso a la información, se le da errónea, o no se explica legalmente para qué se registra, se le infringe su situación jurídica que nace directamente de la Constitución. Ante tal negativa del acceso, la víctima puede optar entre un juicio ordinario, para hacer valer su derecho negado, acumulando pretensiones; o un amparo a los mismos fines si se dan los supuestos para ello, para que se le restablezca la situación de acceder.

La Sala en el marco de su decisión difiere de la apreciación del accionante, en cuanto al tipo de pretensión que se intenta, ya que en opinión de la Sala estamos dentro del supuesto de “restablecimiento de una situación jurídica denunciada como infringida”, por lo que es incorrecto denominarla hábeas data, sino que la vía sería el amparo constitucional, porque para la Sala lo que se viola es un derecho constitucional de acceso. Ahora no entendemos porque solo se indica al presente caso la vía del amparo, pero no establece la Sala nada en relación a la vía autónoma y de acumulación de pretensiones como otra vía de acceso y de ventilar el caso.

Establece la Sala que el mismo recurso debe intentarse directamente contra el Fondo y no contra los mencionados accionados.

- Un tercer caso, es el habeas data de fecha 24 de septiembre de 2003 (c), Caso: Jaime Ojeda Ortiz, expediente: 03-0980.

Este caso es significativo, porque aquí la Sala Constitucional no solo vuelve a ratificar lo dispuesto en el caso INSACA, C.A., sino que además se aplicó un procedimiento para el caso en concreto.

En este caso el 9 de abril de 2003, recibe la Sala Constitucional, proveniente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el oficio identificado con el número 03-1856, del 1° de abril de 2003, por el cual se remitió el expediente N° AB01-A-2003-000682 (nomenclatura de dicha Corte), contentivo de la acción de habeas data interpuesta por los abogados Carlos Bastidas Espinoza, Juan Manuel Montes A. y Geselle Payares Bastidas, con el carácter de apoderados judiciales del Capitán de Fragata JAIME OJEDA

ORTIZ, titular de la cédula de identidad número 5.564.765, contra las Consultorías Jurídicas del Ministerio de la Defensa y de la Armada...”.

Dicha acción versa sobre una “...solicitud de destrucción de información contra las afirmaciones que, sobre los hechos que fueron objeto de una averiguación administrativa distinguida con el N° 625, presuntamente instruida por el Comando de la Policía Naval, han sido vertidas en el expediente que sobre su persona reposa en los archivos de la Fuerza Armada Nacional sobre los oficiales del componente Armada, particularmente, en los archivos manejados por las Consultorías Jurídicas del Ministerio de la Defensa y de la Armada...” .

Lo primero que se hace presente es la declinatoria de competencia que hace la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la Sala Constitucional, para conocer de la acción de habeas data, cumpliendo lo ordenado por la Sala en el caso INSACA, donde sólo ella conocería de estos casos, además de referirse a que el caso “...va más allá del restablecimiento de los derechos constitucionales denunciados por el accionante y que implica para los órganos accionados la constitución de una situación jurídica nueva...” .

Ahora lo innovador del caso, es que considera la Sala que al tratarse de la destrucción de información y al no ser la vía la acción de amparo, se debe dar apertura al procedimiento respectivo –lo cual al no existir Ley, decide aplicar, al caso:

“...el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con las variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos.

En este sentido, al admitirse la acción, se comunicará al accionante que tienen la carga de promover en un lapso de cinco (5) días después de su notificación, a menos que se encuentren a derecho, toda la prueba documental de que dispongan, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos si los hubiere.

Los llamados a juicio como demandados, procederán a contestar por escrito la demanda, sin que sean admisibles cuestiones previas, produciendo un escrito de contestación que contiene sus defensas o excepciones de manera escrita, sin citas jurisprudenciales ni doctrinales, y que además contendrá la promoción y producción de la prueba documental de que dispongan y de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.

A partir de la contestación, el tribunal aplicará para la sustanciación de la causa, lo dispuesto en los artículos del 868 al 877 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo las partes promover, en el término señalado en el artículo 868 citado, las pruebas que creyeran convenientes ofrecer, conforme al artículo 395 eiusdem...”.

Estamos tal vez en el primer caso procesado como habeas data. Aquí la Sala después de establecer su competencia, según lo indicado, así como el procedimiento aplicable al caso, determina el legitimado por el interés que detenta y por tratarse de datos personales del accionante y con base a la admisibilidad dispone de lo previsto en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para así tramitar la solicitud o demandas ante este Tribunal Supremo de Justicia.

Por esa razón decide:

“Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: ACEPTA la competencia que le fue declinada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

SEGUNDO: ADMITE la acción de habeas data interpuesta por los abogados Carlos Bastidas Espinoza, Juan Manuel Montes A. y Geselle Payares Bastidas, con el carácter de apoderados judiciales del Capitán de Fragata JAIME OJEDA ORTIZ, antes identificado, contra las Consultorías Jurídicas del Ministerio de la Defensa y de la Armada.

TERCERO: Se Ordena emplazar a los Consultores Jurídicos del Ministerio de la Defensa y de la Armada, mediante copia certificada de la demanda, la cual contendrá la orden de comparecencia al pie de página. Este emplazamiento puede hacerse mediante fax, correo ordinario o electrónico, u otro medio que permita la recepción de la compulsa de la demanda.

CUARTO: Se le concede al demandante cinco (5) días de despacho a partir de la publicación del presente fallo, si se encuentran a derecho, o a partir de su notificación en su domicilio procesal, para que promueva las pruebas a que se refiere el artículo 862 del Código de Procedimiento Civil, en caso de no hacerlo precluirá el lapso para ello.”.

- Un cuarto caso de habeas data es el de fecha 26 de junio de 2006, Caso: Pedro Reinaldo Carbone Martínez, Expediente: 05-1964.

El mismo se presenta el 19 de septiembre de 2005, fue recibido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, proveniente de la Sala Uno de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo el oficio N° 0436-2005 del 11 de agosto de 2005, por el cual se remitió el expediente GP01-O-2004-000026 (alfanumérico de esa Sala), contentivo de la acción de habeas data interpuesta por el ciudadano **PEDRO REINALDO CARBONE MARTÍNEZ**, por la eliminación de unos datos inherentes a su

persona contenidos en el Sistema de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Dicho expediente fue remitido ante la declinatoria realizada el 4 de abril 2005, por la Sala Uno de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado, después de seguir una suerte de imprecisiones:

“El 17 de junio de 2004, el Tribunal Noveno de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo declaró su incompetencia para conocer de la acción de habeas data interpuesta, por considerar que la misma no se refería a una acción de amparo en protección de los derechos a la libertad o a la seguridad personal, razón por la cual la competencia para conocer de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Código Orgánico Procesal Penal, se la atribuyó a un Tribunal de Juicio en lo Penal de ese Circuito Judicial Penal.

El Tribunal Cuarto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo mediante sentencia dictada, el 1 de julio de 2004, estimó que el delito por el cual se había iniciado averiguación contra el accionante había prescrito, por lo que ordenó la eliminación inmediata de la información contenida en el Sistema de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas y remitió el expediente a la Corte de Apelaciones de ese Circuito Judicial Penal a los fines de que conociera en consulta obligatoria la decisión dictada, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a pesar de establecer que se trataba de una acción de habeas data.

El 11 de octubre de 2004, la Sala Uno Accidental de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo al conocer en consulta obligatoria el fallo dictado por el Tribunal de Juicio el 1 de julio de 2004, revocó dicha decisión y ordenó la reposición de la causa al estado de que se emitiera un pronunciamiento sobre la admisibilidad de la acción de amparo incoada, por cuanto la parte accionante no había precisado plenamente en su escrito el presunto sujeto agravante, aunado a que el referido Tribunal de Juicio había

subvertido el orden procesal propio de las acciones de amparo.

El 1 de febrero de 2005 el Tribunal Cuarto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo -en virtud de la decisión proferida por la Corte de Apelaciones- ordenó al ciudadano Pedro Reinaldo Carbone la corrección del escrito de interposición de la acción, toda vez que el mismo no cumplía con lo señalado en los numerales 2 y 3 del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

El 11 de febrero de 2005, el Tribunal Cuarto de ese Circuito Judicial Penal declaró inadmisibile la acción incoada, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dada la falta de corrección del escrito libelar por parte del accionante, declaratoria de inadmisibilidad que sometió a la consulta obligatoria establecida en el artículo 35 eiusdem.

El 4 de abril 2005, la Sala Uno de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo anuló la decisión sometida a consulta y declinó el conocimiento de la acción de habeas data intentada, en esta Sala Constitucional.”.

Los aspectos relevantes de la sentencia son los siguientes: Afirma nuevamente la Sala que el artículo 28 “crea varios derechos”; que existen 2 formas de garantizar la protección del derecho, a saber:

“En el caso que se le niegue a una persona natural o jurídica el manejo de las bases de datos que contienen información sobre sí mismas o sobre bienes de su propiedad, lo procedente a los fines de intentar la protección de sus derechos, es incoar una acción de amparo que resuelva efectivamente la situación jurídica transgredida a través de su restitución; no obstante, si nos encontramos con el caso de que la información ya se conoce y el particular considera que la misma resulta errónea o inexacta, éste cuenta con la acción de habeas data para hacer valer, de ser procedente, el derecho que tiene a la constitución de una nueva situación

júridica, que no será mas que la corrección o eliminación de los datos que considera falsos o desactualizados.”.

De acuerdo a su naturaleza y su visión doctrinal de verle como garantía, derecho o mixto, la posición de la Sala es que en Venezuela, al habeas data se le ve como:

“En nuestro país, la tendencia jurisprudencial, en especial la dictada por esta Sala, es concebir al habeas data como una acción constitucional garante del derecho que tiene todo ciudadano de rectificar, actualizar o destruir la información que resulte lesiva de sus derechos.”

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, establece la Sala que el solicitante debe cumplir los requisitos del artículo 28 Constitucional, así como de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo y los dispuestos jurisprudencialmente, dada la falta de desarrollo legislativo en la materia.

No procede ante expedientes personales de orden laboral, datos sueltos, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas -no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, “...con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación, se trata, por lo tanto, de bancos de datos, no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público.”.

Por esa razón, los archivos electrónicos llevados por el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, ya han sido considerados por la Sala Constitucional como recopilaciones de datos

susceptibles de ser impugnados a través de la acción de habeas data, toda vez que los mismos cumplen con las condiciones necesarias para que les sea aplicable la definición de registro establecida en la referida norma constitucional.

A partir de aquí y del análisis, la Sala establece y cambia de criterio, resaltando que:

“Por lo tanto, a pesar que esta Sala en anteriores oportunidades ha admitido acciones de habeas data que no habían sido acompañadas con algún documento fundamental o indispensable que comprobara la existencia de los registro policiales que se pretendían destruir o actualizar, tal como sucedió en el fallo N° 2.829 del 7 de diciembre de 2004, entre otros, se precisa que lo establecido en el presente fallo constituye un cambio de criterio, por lo que, en lo sucesivo, todo solicitante deberá cumplir con lo aquí asentado. Los efectos de este criterio sólo podrán ser aplicados a las acciones de habeas data interpuestas con posterioridad a la publicación de la presente decisión en el expediente.”.

De manera que, en los casos que se ventilen ante el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, donde se quiera la exclusión de datos se debe atender a los procedimientos de exclusión y además atendiendo al margen de respuesta de 20 días hábiles

Con todo lo expuesto, las diversas sentencias que se han dictado en la materia y la ausencia de norma alguna que determine el procedimiento, la legitimidad, y los demás elementos necesarios para su puesta en práctica, indudablemente que existe aun confusión, improvisación y criterios no sostenidos que perturban y hacen que el derecho protegido se vea conculcado.

Por esa razón, es que a modo de cierre de este capítulo, podemos apreciar que el mayor avance en materia de habeas data en Venezuela, evidentemente lo ha realizado el Tribunal Supremo de Justicia y específicamente la Sala Constitucional, sin embargo en su afán de controlador de la constitucionalidad se ha permitido legislar en la materia y así crear un procedimiento, un tribunal competente, requisitos de admisibilidad, establecer principios ante algunos casos puntuales, sin embargo –con dicho esfuerzo o intromisión- su tramitación presenta dudas y contradicciones debido a la falta de legislación especial en la materia y principalmente ha generado una verdadera limitante a una tutela judicial efectiva al derecho a la libertad informativa.

En el próximo capítulo abordaremos los principios que en materia administrativa y en materia judicial debe contener las garantías o medios de protección del derecho a la libertad informativa en Venezuela.

CAPITULO IV

LAS GARANTIAS DE LA LIBERTAD INFORMATIVA EN VENEZUELA

En sede administrativa

Al abordar el temas de las garantías y su vinculación con la libertad informativa o el derecho a la autodeterminación informativa, necesariamente su revisión debe desarrollarse o estudiarse tanto en sede administrativa, como a través de la vía judicial.

Ante tal planteamiento, evidentemente hacer su revisión en sede judicial es mucho más sencilla, debido a que -como ya lo hemos indicado-, representa constitucionalmente en Venezuela, el habeas data dicha garantía y tal vez lo necesario sería establecer algunos parámetros ante una futura legislación en la materia.

Sin embargo, nuestro constituyente solo indicó la garantía del derecho a la libertad informativa en sede judicial, pero como hemos visto jurisprudencialmente, pueden y existen en Venezuela procedimiento administrativos que debe cumplir el ciudadano común de manera previa a la vía judicial, lo cual representa una garantía de protección del derecho a la libertad informativa en sede administrativa.

Siendo ese el caso, lo lógico y que debe ser determinado por la legislación especial, es que en sede administrativa se deben tomar en cuenta los principios constitucionales, así como las leyes especiales que constituyen el cuadro normativo, esto es, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, independientemente éste se trate o no de el administrado o de registro que existen ante la Administración Pública.

En el caso de la Constitución de 1999, establecen los artículos:

“Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.”.

De tal suerte, que para poder establecer una garantía en materia administrativa, es necesario tomar en cuenta que la misma pueda permitir el acceso a todo aquel que se vea afectado, posibilitando su ejercicio sea individual, a nivel colectivo o mediante un interés difuso, ampliándose así el espectro de la legitimidad en dicha materia.

Del mismo modo, es fundamental que se ante tal garantía en sede administrativa, también se cuente con un debido proceso, donde el derecho a la defensa sea posible y se permita al ciudadano alegar, probar y controlar las pruebas aportadas, en las mismas condiciones que en la vía judicial.

Así mismo, se debe documentar bajo un procedimiento contentivo de los principios de: gratuidad, accesibilidad, idoneidad, independencia, responsabilidad, equitativa y expedita, todo lo cual implica un procedimiento sencillo, sin dilaciones y donde los formalismos y las reposiciones inútiles no se hagan presente.

A todo lo descrito y siendo más específico, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001, al plantearse una garantía en sede administrativa que proteja al derecho a la libertad informativa (donde se vea involucrada la Administración), la misma debe tomar en cuenta los siguientes principios:

- Que la Administración Pública se encuentra al servicio de los particulares, “...y en su actuación dará preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades.”. Con dicho principio se pretende -como se indica en el artículo 5-, que la Administración deberá ante las solicitudes de los particulares mejorar “los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles”, razón por la cual debe garantizar servicios con altos “estándares de calidad”.
- Además en dichos procedimientos se debe ofrecer a los particulares (conforme al artículo 6):

- “1. Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos, y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.
 2. Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de la Administración Pública.
 3. Puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre el esquema de organización de los órganos y entes de la Administración Pública, así como a guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones que ellos ofrecen.”.
- Sumando a lo comentado, dicha garantía debe tomar en cuenta los derechos de los particulares ante la administración, a saber y de acuerdo a la dispuesto al artículo 7:
 1. “Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.
 2. Identificar a las autoridades y a los funcionarios o funcionarias al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
 3. Obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en un procedimiento.
 4. Formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los términos o lapsos previstos legalmente.
 5. No presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.
 6. Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

7. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.
8. Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades, funcionarios y funcionarias, los cuales están obligados a facilitar a los particulares el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.
10. Los demás que establezcan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.”.

Acotando sobre el referido artículo, existe un aspecto importante que éste menciona, y que tienen que ver con el agotamiento de la vía administrativa. En ese sentido, es notable el avance que destaca la Ley en comento, toda vez que faculta al administrado a “Ejercer a su elección”, acogerse a la vía administrativa o judicial sin ningún tipo de condicionamiento. Este asunto merece gran importancia y relevancia, debido a que en materia de libertad informativa, ese derecho es perfectamente válido y aunque no representa el habeas data una forma de pesquisa en la misma forma como se plantea el amparo y se exige el conocimiento y la prueba de la existencia de los soportes o registros sobre la persona o su uso indebido, no nos parece lógico que el administrado esté indefectiblemente sujeto al agotamiento de una vía administrativa para poder luego tener activar la garantía judicial, en procura a dicho derecho.

Con ello no queremos agotar el punto, pero si dejar abierta dicha posibilidad, siendo hoy en día una tendencia a la no exigencia de agotamiento de la vía administrativa, es decir, que aunque existan procedimiento administrativos

que el ciudadano posea, el pleno derecho debe posibilitar a que sea el ciudadano que decida establecer sus vías o canales de protección. Sin embargo, ello no es un asunto resuelto, lo cual se podría adaptar de existir procedimiento uniformes y no procedimientos en los diversos entes administrativos o leyes especiales.

De tal suerte, que tendremos situaciones en los cuales el particular solicitará a la Administración actualice sus datos, los elimine o simplemente no los utilice, y en la mayoría de las oportunidades cuenta con la Ley de la Administración Pública o con la Ley de Procedimientos Administrativos –como ya veremos-, y podrá pesquisar o interponer alguna vía de protección. Pero el asunto delicado o no desarrollado, es el correspondiente a datos en manos de particulares, ya que no existe ni un ente centralizador del control, manejo de datos o de protección en el ámbito particular, y mucho menos procedimientos ante tales eventos.

Tal vez en los actuales momentos, el ciudadano común tendrá que apelar al Poder Ciudadano y especialmente a la Defensoría del Pueblo, a los fines de garantizar sus derechos humanos, como una de las instituciones que permita dirimir las controversias. Sin embargo, siendo que dicha institución no posee un carácter coercitivo, de no existir una conciliación entre las partes, tendrán que acudir a la vía judicial.

En todo caso, no es dicho ente la vía idónea, ni el que plantea un procedimiento adecuado, o simplemente la vía de protección ante dicho derecho, sino una salida a medias que podría permitir en algunos casos salidas mas que legales empíricas.

Por dicha razón, es que nos parece importante legislar, unificar y establecer una vía adecuada en el ámbito administrativo (ante la Administración o los particulares) y basado en las normas constitucionales o legales descritas, así como en la Ley de Procedimientos Administrativos, como de inmediato comentaremos. Dicha legislación debe necesariamente establecer la creación de un ente que en sede administrativa pueda ventilar dicho procedimiento y garantizar los derechos de las partes, permitir la pesquisa y la manera de preconstituir prueba, pero donde se garantice el derechos de las partes involucradas.

Finalmente, es necesaria que la garantía en sede administrativa cuente con los principios contenidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria de 1º de julio de 1981, a saber:

Que inicie el procedimiento a instancia de parte y por escrito (artículo 48).
Dicho escrito deberá contener:

- “1. El organismo al cual está dirigido.
2. La identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de la cédula de identidad o pasaporte.
3. La dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes.
4. Los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud.
5. Referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso.
6. Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias.

7. La firma de los interesados.” (Artículo 49).

Se deberá notificar a la otra parte para que exponga sus pruebas y alegatos (artículo 48). Se deberá aperturar un expediente para sustanciar el asunto. La Administración de oficio o a instancia del interesado “cumplirá todas las actuaciones para el mejor conocimiento del caso (artículo 53). Aquí puede caber los actos de pesquisa y determinación, garantizando siempre el derecho a la defensa de la otra parte y sus derechos humanos.

En la tramitación se deberá tomar en cuenta el lapso establecido por el artículo 60, esto es, no mayor de 4 meses. Se podrá decretar la confidencialidad del caso, y además se aplicará de forma supletoria el Código de Procedimiento Civil.

De manera que, al plantearse una legislación y hacer una revisión en sede administrativa, atendiendo a las disposiciones constitucionales y leyes especiales, son aun muchos aspectos que deben profundizarse, pero representan un buen comienzo la unificación de procedimientos, creación de entes de control en materia de datos y tramitador de dichos procedimientos y obviamente la inminente aprobación de una ley en la materia a los fines de consolidar las intenciones constitucionales.

Ahora bien, y ante lo esperado, existe una garantía judicial en la constitución, el habeas data, la cual nos parece debería contener una serie de principios, como se describirán a continuación.

En sede judicial

Como bien lo comentábamos, la existencia y uniformidad al hablar de la garantía judicial de la libertad informativa en Venezuela es un hecho, y es que mediante el artículo 28, nuestro constituyente estableció el habeas data como garantía de protección del derecho a la libertad informativa. Bajo este contexto y a una necesaria legislación, es importante indicar algunos de los principios que deben contener el habeas data, ante lo ya dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En ese orden y dirección, merece la pena considerar el Convenio N° 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981 sobre Protección las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995, mediante el cual se establece los principios que debe contener una legislación que garantice la libertad informativa, esta es:

- 1) El principio de licitud en la recolección de datos, mediante la cual se determine que para poder recolectar datos se deben utilizar medios que sean legales.
- 2) El principio de la pertinencia de los datos para su propósito, exactitos o verdaderos (actuales), y además la racionalidad de los datos, con lo cual se pretende que no se exceda para el propósito del registro.
- 3) El principio del consentimiento, ya que el titular del derecho de los datos debe autorizar su manipulación, y

4) El principio de la seguridad del responsable del tratamiento. Con ello se busca la existencia y adopción de medidas técnicas y operativas por parte del responsable de las bases de datos, y quienes deben impedir el acceso no autorizado a éstas de terceros (Casal, 2001, 211).

De acuerdo a lo descrito, y conforme a lo que ya hemos comentado, si bien el habeas data puede transversalmente tocar una serie de derechos con contenido en los derechos a la intimidad, honor, reputación, identidad, entre otros, su base fundamental es que existan datos o registros o banco de datos donde se puedan proporcionar información y los cuales puedan funcionar a nivel público y a nivel privado.

Ahora, la doctrina ha sido consecuente en afirmar que dichos datos no importan el soporte en el cual se encuentren, o si están sistematizados sino que el responsable del tratamiento de los datos los posea y que su utilización, falsedad o discriminación afecten a el titular del derecho (Casal, 2001, 212).

Por ello es que como ante señalábamos algunos le han buscado salida mediante el procedimiento de amparo constitucional. El problema es que el habeas data requiere que el asunto se inicie mediante la presunción de existencia de información en manos de otro o de su utilización, razón por lo cual en muchos de los casos requerirá la pesquisa o vía de identificar si existe o no dicha información en manos del particular o la administración, que mediante el procedimiento de amparo no es posible tramitar dicha pesquisa, ya que no es la naturaleza de dicha garantía.

En ese sentido, pudiéramos más bien vincular al habeas data más que como a un amparo, a un proceso acusatorio, ya que como afirma Esparza (1995,

193), al referirse al proceso debido y el principio acusatorio, presupone: una acusación sostenida por el legitimado, donde existe una vinculación con el juzgador y un control de la actividad del acusador (particular o fiscal).

Aquí puede el particular con auxilio del Fiscal del Ministerio Público investigar, recavar información y establecer si existe o no posibilidades para presentar una acusación ante el Juez de Control, como bien nos lo dispone el Código Orgánico Procesal Penal.

Por esa vía pareciera que sería posible pesquisar y poder verificar el soporte o registro o datos manipulados y sobre todo garantizar al acusado el derecho a la defensa que le asiste.

Por esa razón cabe las afirmaciones elaboradas por García (2001, 60), cuando dispone que cuando dicha figura nazca directamente en la Constitución, cabe la pregunta de cómo tiene que regularse. Al respecto, caben cuatro posibilidades:

- i) “que el habeas data sea regulado dentro de un Código Procesal cualquiera;
- ii) que sea regulado dentro de una Ley cualquiera;
- iii) que sea regulado por una Ley especial, y
- iv) que sea regulado por un Código especial sobre procesos constitucionales.”.

En todo caso no conocemos las intenciones legislativas y mucho menos las posibilidades reales de que se cristalice legislación alguna, pero lo que sí sería importante que sea la vía que se pueda desarrollar la misma acoja los principios fundamentales que nos explica Picó (1997, 39 y ss) conforme al conjunto de garantías constitucionales del proceso, recogidas de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español, a saber:

- 1) Derecho a la tutela judicial efectiva: lo cual implica el derecho al acceso a los tribunales, a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, a la efectividad de dicha decisión y a poder ejercer ante ella los recursos legalmente previstos.
- 2) Derecho a la no indefensión, esto es, evitar cualquier privación material, real, total y absoluta, definida y que pueda ser imputable al órgano jurisdiccional.
- 3) Derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley
- 4) Derecho a la defensa: argumentación, prueba, e incluso se justifican las resoluciones inaudita parte (medidas cautelares).
- 5) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: razonable duración y pautas temporales, así como al derecho a la reparación cuando se es vulnerado en dicho derecho.
- 6) Derecho a un proceso con todas las garantías: Esto significa el derecho a la igualdad de armas procesales, así como el derecho a la imparcialidad judicial.
- 7) Derecho a utilizar medios de pruebas pertinentes: a su admisión y evacuación. Aquí además merece importante la mención de las diligencias sumariales de investigación, mediante la cual no se justifica un fallo condenatorio, sino que se prepara para el juicio oral, “proporcionando los elementos necesarios para la acusación y la defensa”.

Finalmente nos merece importancia la propuesta de inclusión que sobre el derecho a la libertad informativa que plantea Casal (2001, 219), al establecer textualmente:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y en consecuencia:

- 1.- Al respeto de su intimidad personal, corporal y familiar.
- 2.- Al respeto de su honra y reputación.
- 3.- A la protección de su identidad, incluyendo al nombre, voz, imagen y demás caracteres que contribuyen a su identidad.
- 4.- A la protección, acceso, conocimiento, actualización, rectificación, supresión y confidencialidad de sus datos personales contenidos en bancos de datos públicos o privados, o en cualquier otro medio de almacenamiento, automatizado o no.
- 5.- A la inviolabilidad de su domicilio, de su correspondencia y de sus comunicaciones de cualquier naturaleza.

El Estado protege y garantiza el ejercicio de los anteriores derechos, obligándose a respetarlos y a tomar las medidas administrativas o judiciales para hacer efectiva la vigencia de los mismos, en conformidad con la Ley.

Así mismo, la Ley regula todo lo concerniente a la protección de los datos personales, del *habeas data* y demás mecanismos de protección de la libertad informática.

Sólo por la Ley podrán establecerse restricciones o limitaciones a los anteriores derechos, siempre que sean necesarias para la salvaguarda de: la seguridad del Estado, la defensa pública, la prevención y la investigación de infracciones penales y para garantizar las normas que rigen la libertad de expresión e información.”.

Con dicho planteamiento, se amplía el espectro o derechos asociados a la vida privada o que se vinculan con ello, además se describe la posibilidad que ellos sean protegidos en sede administrativa y judicial y del mismo modo se establece al *habeas data* como una de las forma, o mecanismos de protección del derecho a la libertad informativa, entre otros, con lo cual

también se garantiza la efectividad y ejercicio de dicho derecho humano fundamental.

Por lo antes expuesto, es que merece necesaria importancia la ampliación de la protección del derecho a la libertad informativa en Venezuela, para lo cual se debe contar en sede administrativa y judicial con las garantías idóneas y principales para materializar su ejercicio, más allá de la figura del habeas data. Y en cuanto a ésta último es necesaria una legislación acorde que facilite su tramitación y puesta en práctica a los fines de superar el conjunto de dudas descritas.

En razón a lo afirmado es que es fundamental que se incorpore en la legislación o en el texto constitucional la garantía de la libertad informativa en sede judicial, y en la legislación se unifique el procedimiento aplicable y se establezca un ente de control, de regulación en materia de datos personales. En ese sentido se desarrolle el habeas data como una de las formas de garantizar la libertad informativa en sede judicial.

CONCLUSIONES

- 1) El habeas data corresponde a una garantía procesal constitucional, concebida por primera vez en Venezuela, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su artículo 28. Dicha garantía procesal constitucional se distingue claramente del derecho fundamental a la libertad informática o autodeterminación informativa, sin embargo, corresponde a la posibilidad de pedir su tutela o protección directa e inmediata en sede judicial, debido a su carácter cautelar, lo cual a su vez posibilita su plena vigencia y ejercicio.
- 2) Si bien, con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se avanzó en el reconocimiento expreso del derecho de la libertad informativa y en su mecanismo de protección, denominado el habeas data, en la actualidad existe una ausencia total de norma o legislación especial en la materia que desarrolle el ejercicio del derecho y que regule su garantía, siendo el Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos, los únicos instrumentos que se refieren a la materia, pero que de manera aislada y escasa abordan al referido derecho y su garantía.
- 3) El Tribunal Supremo de Justicia y específicamente la Sala Constitucional, si bien –ante la ausencia legislativa- ha venido desarrollando la figura del habeas data en Venezuela -siendo la sentencia líder el caso INSACA, de fecha 14 de marzo de 2001-, lo real es que la misma más allá de constituir un avance en la protección del derecho a la libertad informativa, constituye un retroceso y una limitante a los poderes del juez, a su competencia y autonomía, debido a que la Sala –con dicha sentencia- en

su afán de controlar la constitucionalidad, se permitió legislar en la materia y así establecerse como el único tribunal competente, determinar el procedimiento aplicable revocando así decisiones más favorables establecidas por la misma Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, razón por la cual se limita el acceso y por ende la tutela judicial efectiva de dicho derecho, todo lo cual se ha reiterado con las decisiones posteriores al 2001.

- 4) En Venezuela, solo existe Constitucionalmente la figura judicial del habeas data, como única vía de protección del derecho a la libertad informativa. De manera que, dicha garantía no puede aplicarse en sede administrativa. En todo caso, el Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que pueden aplicarse procedimientos administrativos previstos en leyes especiales, a lo cual debemos agregar que a ellas la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y los principios de la Ley Orgánica de la Administración Pública. En ese orden y dirección, existiendo vías de protección en ambos ámbitos (administrativos y judicial), siendo lo adecuado y prioritario la materialización de una legislación que abarque ambos ámbitos de protección, bajo los mismo principios de celeridad, igualdad, acceso, gratuidad, entre otros, y donde se unifiquen los procedimientos aplicables y se establezca un ente de control, de regulación en materia de datos personales, a los fines de hacer posible una verdadera tutela efectiva del derecho.
- 5) Finalmente, podemos concluir que la utilización del habeas data, puede permitir una tutela efectiva del derecho a la libertad informática, en Venezuela, siempre que sea entendido como una garantía de rango constitucional -distinta al derecho que protege-, y con carácter cautelar, ante los órganos judiciales. En todo caso, dicho planteamiento no es

posible bajo la actual interpretación del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional) y la jurisprudencia aplicable hasta la fecha, así como tal como se encuentra contemplado en la Constitución, el habeas data tal no es suficiente ni permite que en el ámbito administrativo los particulares puedan proteger dicho derecho, razón por lo cual es necesario acudir a procedimientos especiales –de existir- o las leyes de derecho administrativo. Por esa razón, es que urge la discusión y aprobación de una ley especial que regule la materia, a los fines de desarrollar el texto constitucional y específicamente el artículo 28, con la vía de establecer el alcance y los límites del derecho a la libertad informativa, la regulación de su garantía judicial especial (habeas data), y las garantías que en sede administrativa permitan su respeto, ejercicio y control, así como sea limitada la actuación del Tribunal Supremo de Justicia en la materia y sea ampliada el ámbito de competencias a los distintos órganos de la República.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Carocca, A (1998). **Garantía Constitucional de la Defensa Procesal**. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Casal, J. (2001). **El nuevo derecho constitucional venezolano** (Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche). Caracas: UCAB.
- Cofavíc. (1995). **Los derechos humanos en Venezuela** (curso de formación sociopolítica). Caracas: Centro Gumilla.
- Echandía, D. (1984). **Teoría general del proceso** (Tomo I). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Esparza, I. (1995). **El principio del proceso debido**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, S.A.
- Ekmekdjian, M. y Calogero, P. (1998). **Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática**. Buenos Aires: Depalma.
- Faúndez, H. (1999). **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos** (2 ° edición). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández, L (1995). **Temas de Filosofía del Derecho** (2da. Edición). Caracas: Publicaciones UCAB.
- Gabaldón y otros (2004). **Delincuencia económica y tecnologías de la información**. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela (1961). **Constitución Nacional de Venezuela** (Nº 662, Extraordinaria). Caracas: Imprenta Nacional.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela (1981). **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos** (Nº 2.818 Extraordinaria). Caracas: Imprenta Nacional.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela (1988). **Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales** (Nº 34.060). Caracas: Imprenta Nacional.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela (1990). **Código de Procedimiento Civil** (Nº 4.209, Extraordinaria). Caracas: Imprenta Nacional.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela (1.999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** (Nº 36.860, Extraordinaria). Caracas: Imprenta Nacional.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela (2001). **Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas** (Nº, 37.148 Extraordinaria). Caracas: Imprenta Nacional.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela (2001). **Ley Especial Contra los Delitos Informáticos** (Nº 37.313, Extraordinaria). Caracas: Imprenta Nacional.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela (2001). **Ley Orgánica de la Administración Pública** (Nº 37.305). Caracas: Imprenta Nacional.

García, E. (1980). Introducción al estudio del derecho (31 º edición). Argentina: Editorial Porrúa, S.A.

Gozaíni, O. (1994). **La Justicia Constitucional**. Buenos Aires: Depalma.

Gozaíni, O. (1998). **El derecho de amparo** (Los nuevos derechos y garantías del artículo 43 de Constitución Nacional). Buenos Aires: Depalma.

Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal Civil**, (Traducción de Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Jurídicas Europeo –Americana).

Olaso, L. (2001). **Curso de Introducción al Derecho, Introducción Filosófica al Estudio del Derecho** (3º edición. Tomo I). Caracas: Publicaciones UCAB.

Ortíz-Ortíz, R. (2001). **Hábeas data, derecho fundamental y garantía de protección de los derechos humanos de la personalidad** (3º reimpresión: 2002). Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Ortíz-Ortíz, R. (2004). **Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos**. Caracas: Editorial Frónesis.

- Picó, J. (1997). **Las Garantía Constitucionales del Proceso** (Derecho a la información y libertad de expresión). Caracas: Editorial Frónesis, S.A.
- Revista de Derecho Constitucional. (2003). **El habeas data y el derecho a la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica**. Caracas: Editorial Sherwood.
- Revista de Derecho Constitucional. (2004). **El habeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado (Nº 9)**. Caracas: Editorial Sherwood.
- Rodríguez, G. (2004). **El comercio electrónico** (E-commerce). Barquisimeto.
- Rondón, H (2001). **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999** (parte orgánica y sistemas). Caracas: Ex Libris.
- Rondón, H (2004). **Cuatro temas álgidos de la Constitución Venezolana de 1999**. Caracas: Ex Libris.
- Sagües, N. (1995). **Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo**. Buenos Aires: Astrea.
- Serie Jurídica (1997). **Fundamentos de Derecho**. México: McGraw- Hil / Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Tablante, C. (2001). **Delitos informáticos delincuentes sin rostros**. Caracas: Fundación En Cambio.
- Toffler, A. (1980). **La tercera ola**. Barcelona: Plaza & Janes.
- Tornabene, M. (1999). **Internet para abogados** (nueva herramienta para el mejor desarrollo profesional). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2000, a). **Caso: Ruth Capriles vs. Consejo Nacional Electoral**. Sala Constitucional: expediente 00-2378 [Sentencia en línea]. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1050-230800-00-2378%.htm> [Consulta: 2007, Marzo 16].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2000, b). **Caso: Willian Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral.** Sala Constitucional: expediente 00-2397. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1053-310800-00-2397%20.htm>
 [Consulta: 2006, Marzo 19].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2000, c). **Caso: Alberto Galíndez vs. Comisión Legislativa Nacional.** Sala Constitucional: expediente 00-1246. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1356-101100-00-1246.htm>
 [Consulta: 2007, Marzo 05].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2000). **Caso: Ruth Capriles vs. Consejo Nacional Electoral.** Sala Electoral: expediente 00-2378. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Agosto/96-080800-0088.htm>
 [Consulta: 2007, Marzo 19].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2001). **Caso: Insaca, C.A.** Sala Constitucional: expediente 00-1797. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/332-140301-00-1797%20.htm>
 [Consulta: 2007, Marzo 29].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2003, a). **Caso: Henry Kong Sun Ching.** Sala Constitucional: expediente 02-2674. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/897-250403-02-2674%20.htm>
 [Consulta: 2007, Marzo 29].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2003, b). **Caso: Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica.** Sala Constitucional: expediente 02-1343. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/897-250403-02-2674%20.htm>
 [Consulta: 2007, Marzo 29].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2003, c). **Caso: Jaime Ojeda Ortiz.** Sala Constitucional: expediente 03-0980. [Sentencia en línea]. Disponible:
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1281-260606-05-1964.htm>

[Consulta: 2007, Marzo 19].

Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela (2006). **Caso: Pedro Reinaldo Carbone Martínez**. Sala Constitucional: expediente 05-1964. [Sentencia en línea]. Disponible <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1281-260606-05-1964.htm> [Consulta: 2007, Marzo 19].

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

Zarich, F. (2000). **Derecho 1 informático**. Argentina: Editorial Juris.