



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina.



Monitor de Privacidad y Acceso a la Información
en América Latina
<http://www.privacidadyacceso.org>

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

Este documento ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina” financiado por el Programa IFAP de la UNESCO.

The ideas, facts and opinions expressed in this publication are those of the authors. They do not necessarily reflect the views of UNESCO and do not commit the Organization.

Las ideas, hechos y opiniones expresados en esta publicación son responsabilidad de los autores. No reflejan las opiniones de la UNESCO y no incumben necesariamente a la organización.

UNESCO. Information for All Programme (IFAP).

7, Place de Fontenoy F-75352 Paris 07 SP, Paris, Francia

Edita:

ONG Alfa Redi

Coordinador General del Monitor de Privacidad y Acceso a la Información:

Diego Sánchez Montenegro

Análisis Situacionales:

Grace Benalcazar

Galina Tapia y Erick Iriarte

Colaboraciones:

Carlos Gregorio

Iván Ferrando

Diego Sánchez Montenegro

Galina Tapia

Gladys Stella Rodríguez

Coordinadora de Edición:

Eva Tatiana Torres López

Diseño

Imprenta Coroforma

Impresión

Imprenta Coroforma

Publicado en 2007, primera edición.

ISBN: 978-9972-2991-1-7

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2007-02698

Todos los Derechos Reservados

ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN

II. INTRODUCCIÓN

III. ANÁLISIS SITUACIONALES:

ACCESO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Por: Grace Benalcázar

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE PRIVACIDAD EN AMÉRICA LATINA

Por: Galina Tapia y Erick Iriarte

IV. ARTÍCULOS

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN AMÉRICA LATINA – JUAN PÉREZ ANTE UNA DISYUNTIVA DE PROGRESO Y BIENESTAR

Por: Carlos G. Gregorio

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES – PERSPECTIVAS DESDE UN INTENTO DE REGULACIÓN EN EL PERÚ

Por: Iván Ferrando Perea

LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Por: Galina Tapia

ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Por: Diego Sánchez Montenegro

GOBIERNO EN LÍNEA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA BAJO EL MARCO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Por: Gladys Stella Rodríguez

V. RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA DE PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

VI. SOBRE LOS AUTORES

I. PRESENTACIÓN

En la sociedad actual la información, como tal, es el producto más valioso. En América Latina esta conciencia ha marcado una tendencia en estos últimos años, sobre todo en la formulación y aplicación de políticas públicas para insertar a la Región en un proceso de desarrollo que poco a poco la ha ido incorporando en la llamada Sociedad de Información y el Conocimiento.

Sin embargo, la preparación de la Región no va en paralelo a dicha tendencia. Existen países en la región que todavía no han diseñado, adoptado y/o ejecutado efectivamente políticas y regulaciones coherentes y armonizadas de privacidad y acceso a la información pública, necesarias para el funcionamiento de la sociedad de la información y el conocimiento.

El compromiso de la UNESCO en el tema de Comunicación e Información consiste en favorecer la libre circulación de las ideas y el acceso universal a la información contribuyendo al fortalecimiento de las capacidades de la comunicación e información, a fin de aumentar la autonomía de las comunidades y los ciudadanos, posibilitando su participación efectiva en la vida democrática

El proyecto Monitoreo de Políticas y Marco Regulatorio sobre Privacidad y Acceso a la Información Pública, fortalecido por el sitio Web *Monitor de Privacidad y Acceso a la Información Pública* apoya al trabajo del Programa Información para Todos de la UNESCO, conocido como IFAP. Éste es el único programa intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción del acceso universal a la información y al conocimiento para el desarrollo, como clave para construir sociedades del conocimiento.

Otro tema al que este proyecto contribuye, es al cumplimiento de los Objetivos del Milenio. Uno de los elementos básicos para cumplir los ODM es la adhesión y participación de los gobiernos locales y sus habitantes, porque una ciudadanía bien informada, crítica y participativa es lo que genera los cambios y mejoramiento de la sociedad misma. Sí se facilita el acceso universal al enorme flujo de información pública, siempre y cuando no se lesione por ello a la protección de la propiedad intelectual, la seguridad nacional, la privacidad, la confidencialidad y otras consideraciones vinculadas con los derechos individuales y con los derechos colectivos, puede contribuir significativamente al desarrollo económico y social de una nación. Así, la generación de las políticas y regulaciones de privacidad y acceso a la información pública es de vital importancia, como base fundamental para la convivencia y el desarrollo.

Este texto da a conocer el estado del arte de la protección de datos y del acceso a la información en América Latina y ofrece un espacio de discusión a través de aportes de varios especialistas de la región quienes analizan y debaten las discusiones actuales en este tema. Asimismo, recoge los debates y resultados del taller Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina que se realizó el 11 y 12 de

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

noviembre del 2006. Esperamos que este proyecto sea un pretexto más para fomentar la integración regional.

II. INTRODUCCIÓN

Cuando el Programa Information for All de UNESCO nos informó que la iniciativa de Alfa-Redi para crear un Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina, había sido aprobada, comenzamos un reto enorme de generar un espacio de diálogo, recopilación de información, análisis situacional y propuesta en temas de Privacidad y Acceso a la Información, liderados por el Dr. Diego Sánchez Montenegro, y con un equipo que ha hecho de esta iniciativa una realidad tangible y productiva.

Tanto la Privacidad como el Acceso a la Información son dos de los ejes primarios que se deben contemplar cuando se desarrollan políticas de Sociedad de la Información, puesto que las dos están ligadas al elemento base de todo este proceso de cambio social: el usuario, el ciudadano.

El Monitor

La Sociedad de la Información presenta un claro reto al Derecho: la necesidad de entender los fenómenos que aparecen con las nuevas tecnologías, adecuando el derecho a estos nuevos procesos sociales.

La transparencia y acceso a la información pública son de vital importancia para los ciudadanos ya que permiten monitorear los actos del gobierno y de forma general controlar el accionar de la gestión pública, mediante la exigencia de una permanente rendición de cuentas por las decisiones que se toman. Un ciudadano que enfrenta vacíos y lagunas de información sobre los asuntos públicos no tendrá la oportunidad de expresar su opinión en temas inherentes a la administración gubernamental. No puede existir democracia sin que existan mecanismos de acceso a la información.

Por otra parte, en nuestra región varias instituciones públicas y privadas recogen datos inherentes a los ciudadanos y que son de uso común, como por ejemplo nombres y apellidos, lugar de nacimiento, lugar del domicilio, número de teléfono y otros en razón del trabajo que desempeñamos. Datos como: el estado de salud, filiación política, creencias religiosas, constituyen informaciones íntimas y que la doctrina más calificada los ubica dentro de la categoría de datos sensibles.

La falta de desarrollo de Políticas de Estado que incorporen componentes de TICpD dentro de las Políticas de Desarrollo, en un marco de evolución de la Sociedad de la Información, deja tanto a la normativa que atañe al derecho de acceso a la información como a las que se refiere a la privacidad y/o protección a la intimidad, aisladas cuando no inaplicables o en el peor de los casos no existen dichas normativas; se añade a esta problemática la falta de coordinación de esfuerzos a nivel subregional y regional, necesarios, entendiendo las características transfronterizas de los fenómenos de la Sociedad de la Información.

Alfa-Redi como organización de la Sociedad Civil es consciente que los espacios de información y de diálogo son necesarios para la adecuada participación en los

procesos de diseño, formulación y seguimiento de Políticas, es por ello que presentó la iniciativa de establecer un Monitor de Políticas y Marco Regulatorio de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina y el Caribe, pensando en poder captar la información y los esfuerzos que se venían realizando en la región, de modo tal que se pudiera tomar conciencia de los mismos, pero también siendo un espacio de presentación de puntos de vistas de doctrina para el diálogo, en la perspectiva de generar propuestas para la toma de acción en estas temáticas.

Muy al contrario de lo que se piensa, el Monitor no debe ser entendido como un simple concepto de recolección de información o de noticias, debe ser entendido y debe ser administrado como un instrumento para el diálogo político (y normativo), generador de espacios de diálogo entre academia, sociedad civil, sector privado y sector gubernamental. El Monitor es pues observador y debe ser proactivo en la busca de soluciones, o al menos ayudar a encontrarlas en un diálogo permanente multi-stakeholder¹.

Parte de la labor del Monitor es el desarrollo de este *Informe Situacional* que hace una recopilación de los principales puntos de análisis de expertos latinoamericanos tanto en Privacidad como en Acceso a la Información, que nos irán presentando la situación con que nos enfrentamos al inicio del Monitor y durante la acción de este. No es una recopilación solamente. Este documento sirve de base para el trabajo de propuesta que realizó el Monitor.

A manera de final...

Esperamos que proyecto sirva a los tomadores de decisiones en políticas y regulación de Sociedad de la Información en América Latina, en temas de privacidad, protección de datos personales y acceso a la información pública; a las organizaciones de la Sociedad Civil, que están activamente en la lucha por el respeto y un acceso para todos a la información, pero también que se encuentran en la batalla por la protección de los derechos de privacidad de todos; y finalmente esperamos que este Monitor sirva a la Comunidad de América Latina y el Caribe, para que conozcan los avances doctrinarios, legislativos, jurisprudenciales y de buenas prácticas en sus respectivos países y de la región en estas materias.

El Monitor es un espacio de diálogo por lo cual solo puede funcionar si contamos con el aporte de todos y todas.

¹ La traducción más aceptada es accionistas, en español no existe una traducción para el concepto. Si usted entiende el inglés puede revisar la referencia en: <http://en.wikipedia.org/wiki/Stakeholder>

III: ANÁLISIS SITUACIONAL
ACCESO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA
Por: Grace Benalcázar

1. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y CONTEXTUAL

1.1.- DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

“la información no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar otros objetivos, tales como participación, control evaluación e incidencia en la gestión pública”
Martínez².

El derecho de acceso a la Información es un derecho humano básico que posibilita el recurrir a instancias judiciales locales o internacionales cuando es vulnerado. Forma parte del interés público, al ser fundamental para el ejercicio de la democracia, y posibilita que se expresen, en la esfera judicial, recursos asociados a la defensa del interés colectivo. Por lo que es necesario que las leyes de acceso sean parte de un conjunto de normas que viabilicen la efectividad del ejercicio de este derecho.

“[...] el fundamento del derecho de acceso a la información es precisamente el “derecho a la libertad de expresión, como instrumento de crítica a la autoridad en las sociedades democráticas”,⁸ poniendo de relieve la estrecha vinculación que hay entre el sistema democrático y la libertad de expresión (acceso a la información). Se trata de un verdadero silogismo, cuyas premisas estarían constituidas, en primer lugar, por la circunstancia de que la libertad de expresión “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”;⁹ en seguida, por el hecho de que el acceso a la información no es sino una dimensión –la dimensión social o colectiva– de la libertad de expresión, y así, aplicando el silogismo, el acceso a la información tendría necesariamente como fundamento la existencia y el fortalecimiento de la democracia.”³

Por lo que, interpretando a Contesse, hacer referencia al derecho al acceso a la información nos remite a una de las dimensiones de la libertad de expresión, la que mira al sujeto que potencialmente habrá de recibir el mensaje con protección jurídica. *“De este modo, pareciera que no es tanto el verbo recibir el que puede identificarse con el derecho de acceso a la información –si es que hay tal–, sino más bien el buscar la información que se desea.”⁴* Así, la naturaleza y base democrática sobre la que se asienta el derecho al acceso a la Información nos conduce a un derecho subjetivo público, razón por la que suele ser presentado como el derecho de acceso a la información pública.

² Martínez Juliana, *Ver para creer: la información pública ciudadana en América Latina. Un estudio desde la sociedad civil* en OEA, Resultados del foro sobre “Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento” Págs: 1-2 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6008>

³ Contesse Singh, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, Pág.5 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4426>

⁴ Op.Cit. pág. 6

“ [...] Aristóteles tenía claro que la democracia se ejerce en un marco de libertad, pero dicha libertad requiere de instrumentos y conocimientos para ejercerse, y el principal insumo para ejercer la libertad es la información, siendo pues el eje de esta “nueva sociedad”. Para poder ejercer nuestra libertad democrática se requiere de la información, esta información emanada, creada y que debería ser puesta a disposición desde aquellos que ejercen el poder: el gobierno nacional, el gobierno regional, el gobierno local, esta información es fuente primaria para la participación democrática, como eje de la participación ciudadana en los mecanismos de control social del poder.”⁵

Pensar en el Derecho a obtener y buscar información que se encuentra en manos del Estado y su estructura administrativa nos conduce a la necesidad de acudir al derecho al acceso a la información pública, cuya ejecución, permite crear un vínculo jurídico entre el sujeto interesado en obtener la información con la fuente que contiene dicha información. *“El derecho de acceso a la información pública ha tenido un amplio desarrollo en el derecho comparado. Lo hallamos contemplado en textos constitucionales y en leyes que lo reglamentan tanto en el derecho continental como en el common law”.*⁶

El Derecho de Acceso, como manifestación del derecho a la información, no se estructura como derecho prestacional, como explica Canales (2004), puntualizando que el objeto del acceso es la información plasmada en “documentos” –soportes físicos de cualquier clase–, por lo tanto, no se trata de un acceso a la “noticia”, en el sentido de producto o de resultado de una actividad informativa realizada por terceros, sino de un acceso directo a la fuente de información misma, el documento.

“La actividad de la administración ante el ejercicio de este derecho no es prestacional, es de intermediación, lo que permite sostener que se trata de un derecho de libertad –la de informarse que se fundamenta ya no en la cláusula Estado social, sino en el principio democrático que reclama la publicidad de la información que está en poder del Estado.”⁷

Es un derecho que posibilita realizar un ejercicio de control capaz de transparentar, evaluar y supervisar los servicios públicos. A la vez, que constituye un medio de fiscalización y participación ciudadana. Proceso que involucra a la sociedad civil en una dinámica de apropiación de sus derechos promoviendo el desarrollo de una cultura capaz de redefinir, desde la noción de acceso, el concepto de servicio público.

Uno de los temas más importantes en materia de conceptualización del derecho a la información pública es el compete a la definición de sus objetivos y de su objeto,

⁵ Iriarte, Erick, *Acceso a la Información Pública en la Participación Ciudadana en Gobiernos Locales y Regionales*.

⁶ Palazzi, Pablo, “El Derecho de Acceso a la Información Pública en la ley N° 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, No. 011 - Junio de 1999”, <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6453>

⁷ Canales, Patricia, “El Derecho a la Información Pública Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia”, Chile, 2004, Pág:14 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=3876>

dado que su generalización imposibilita la identificación de caminos a través de los cuales se genera su marco legal.

Desde el planteamiento expuesto por Bossa (2004) el objetivo específico de éste derecho es “*obtener libremente la información en poder del Estado*”⁸ pues es un derecho que se deriva del derecho general a la información que a pesar de no tener objetivos idénticos, como lo explica Bossa (2004) ambos Derechos mantienen características similares como: la naturaleza de las excepciones, que en ambos casos se refiere a A) información protegida por derechos fundamentales; b) información protegida por el secreto de Estado y la seguridad nacional; y c) información reservada de carácter económico, como los secretos bancarios, comercial y tributario

En lo que respecta al objeto del Derecho al Acceso a la Información Pública éste es la información pública y la información de interés público. Pues, como lo explica Bossa (2004) existen dos razones:

*“La primera es que la información privada, a diferencia de la pública, es objeto de propiedad individual. Ello permite excluir a terceros incluyendo al Estado de la misma y utilizar frente a estos los mecanismos de protección que la ley establece. La segunda es que la información pública no tiene, en principio, restricciones para su acceso. Esto se explica, a su vez, en la idea de que la información pública no es propiedad del Estado sino de los ciudadanos. La importancia del derecho de acceso a la información reside, pues, en permitir un conocimiento veraz de la marcha del Estado sin el cual el correcto ejercicio de la ciudadanía es imposible”*⁹

Desde esta perspectiva la información, para aplicarla a los alcances de su Derecho al Acceso, puede clasificarse de acuerdo a tres criterios: a) en función de quien la posee; b) en función de su contenido; y c) en función del interés en juego. Esta última que, interpretando a Bossa (2004) se divide en información de interés general (o público) e información de interés privado. Considerando información de interés privado aquella ligada al ámbito de la intimidad personal de las personas; a diferencia de la información de interés general como aquella que tiene una repercusión en el colectivo. “*Como es lógico toda la información en posesión del Estado se considera de interés público; sin embargo la doctrina también incluye en esta categoría información con características especiales, o poseídas por determinados agentes*”¹⁰

El derecho al acceso a la información tiene la particularidad de, en el marco de una sociedad de comunicación, activar la participación social. “*la información en manos de los sujetos los convierte en actores, conocedores de su libertad. En una sociedad como la actual que se caracteriza por ser de la información y el conocimiento, limitar este derecho significa limitar el acceso a la interacción, a la acción*

⁸ Boza, Beatriz, “Acceso a la Información del Estado, marco legal y buenas prácticas”, CAD, Honrad Adenauer Stiftung, Lima, 2004. Págs.: 27. <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4855>

⁹ Op.Cit. Págs. 27-28.

¹⁰ Op.Cit. Págs. 27.

comunicativa”¹¹. Considerando que, como explica Benalcázar (2006), el acceso viene a reemplaza a la propiedad en el proceso de construcción de la identidad y con ello empieza a dar un nuevo significado a lo que es existir como ser humano, a la acción, a la interacción.

1.2. AMÉRICA LATINA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

En América Latina la ola de corrupción ha sido el detonante para identificar la necesidad y relevancia del ejercicio de este derecho. La transparencia¹² que genera su ejecución y práctica ha generado tanto en la ciudadanía como en la administración pública de la región una corriente de aplicación inmediata a la luz de un marco legal, respaldo y soporte, no solo contra la corrupción sino también como factor de control de la gestión del gobierno desde la construcción de políticas hasta su implementación.

Referirse a la importancia del acceso a la información, a la luz del principio de transparencia, como una de las características principales de la construcción de este derecho en América Latina implica el inicio de una reconstrucción del modelo tradicional de administración por lo que, interpretando a Canales (2004) es necesaria la intervención del legislador, dado que dicha reestructuración supone un ejercicio de inversión de las reglas de comunicación de la información. Por lo que la aprobación de Leyes de Acceso a la Información, si bien son necesarias, resultan insuficientes cuando carecen de medidas complementarias y de la voluntad política de impulso del principio de transparencia.

Si bien el ámbito de aplicación de la Ley de Acceso a la Información se limita al Poder Ejecutivo y su administración, como explica Canales (2004) se ha preferido que el Poder Legislativo y Judicial se autorregule¹³ en materia de acceso a la

¹¹ Benalcázar, Grace, *Jurisprudencia del uso del Internet en los países de la Comunidad Andina* en “Los Usos de Internet: comunicación y sociedad”, FLACSO-Sede Ecuador, 2006, pág.306.

¹² “El principio de la transparencia, es la vertiente objetiva del derecho al acceso a la documentación administrativa, como principio objetivo del funcionamiento de la administración pública. En la actualidad, los tres grandes principios que informan la actividad de la administración pública, y que se fundamentan cada uno de ellos en las tres grandes cláusulas que históricamente se han ido superponiendo hasta constituir los pilares de los Estados modernos son: el principio de la legalidad derivado de la idea de Estado de derecho, el principio de la eficacia de la de Estado social, y el principio de transparencia de la de Estado democrático” en Canales, Patricia, “El Derecho a la Información Pública Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia”, Chile, 2004, Pág.:2. M.

¹³ En los Estados Federales, como Estados Unidos y Canadá, la Ley Federal de Acceso a la Información limita su aplicación a las autoridades y organismos dependientes del gobierno Federal, de modo que carece de eficacia directa respecto de las administraciones estatales y locales, para las cuales rige el derecho propio de cada Estado. En cambio, en los países europeos, en los casos de Estados compuestos, en los cuales la autoridad central o federal comparte el Poder Legislativo con entidades regionales o federativas –Italia, Francia, España y Portugal–, la ley regulatoria del derecho de acceso a la información tiene una posición en el ordenamiento que le permite hacer prevalecer sus disposiciones sobre el resto de las autoridades públicas, sean éstas estatales, regionales o locales, basándose en la necesidad de garantizar a los ciudadanos de todo el país un tratamiento común, derechos básicos iguales, en sus relaciones con las administraciones públicas. en Op. Cit. Págs.:2-3

información. Así como, desde la perspectiva de la técnica legislativa se plantea la conveniencia o no de que la Ley sea aprobada como ley especial con este objeto exclusivo, o si por el contrario, es preferible su incorporación a la Ley General de Procedimiento Administrativo, que es lo que ha sucedido en la mayoría de los países de la región en la búsqueda de efectividad e integración en el derecho administrativo. Lo que también, ha limitado su ejercicio horizontal de transparencia y el ámbito de aplicación al restringirla al procedimiento administrativo. Desgastando la regulación del Derecho al Acceso a la Información en las instituciones administrativas.

Sin embargo, existe una tendencia *“pro apertura y profundización democrática en América Latina”*¹⁴ que es un indicador del interés ciudadano en la materia. Constituyendo una presión importante para la construcción de herramientas e instrumentos que permitan el acceso a la información pública. Pero, este fundamento democrático del acceso a la información, muchas de las veces en nuestros países, no considera que puede ser problema cuando no solo exige información pública, en poder del Estado, sino cuando también demanda información que responda a intereses particulares. Es decir, el problema se expresa el momento que se construye legislación sobre la base de *“la idea de que los derechos fundamentales sólo son vinculantes para el Estado [...] Es en este escenario en el que “nacen” los derechos individuales, situación que acuñó la idea de que sólo el Estado era quien podía afectar tales libertades, sin que se concibiera la posibilidad de vulneración de parte de los propios particulares. Ello, naturalmente, dista mucho de la situación a la que asistimos hoy en día”*¹⁵. A pesar de ello, gran parte de la legislación de la región encuentra en esta idea su base y soporte.

En este sentido, la escasa consideración de lo particular, del derecho individual en la normativa horizontal ha generado *“mecanismos a través de los cuales se niega a las personas y grupos la participación y los derechos sociales”*¹⁶. Así, la perspectiva de la exclusión social, como explica Araya (2005) es más amplia que el concepto de pobreza, en tanto se relaciona con las instituciones sociales, culturales y económicas; sin reemplazar el concepto, permite ir más allá de los análisis basados en los ingresos económicos. Se trata de un proceso acumulativo donde los diferentes factores interactúan y afectan las capacidades de controlar tales riesgos en el ejercicio de ciertos derechos.

“En América Latina el concepto de exclusión social ha sido utilizado con algunas variaciones para explicar la persistente marginalización y pobreza de la región, así como los procesos que incrementan la vulnerabilidad y riesgo de ciertos grupos sociales. Se trata de un fenómeno multidimensional que considera al menos tres

¹⁴ Diálogo Interamericano, “Acceso a la Información Pública en las Américas”, Buenos Aires, 11-12 diciembre, 2002, Pág. 5 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4424>

¹⁵ Contesse Singh, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, Pág.27-28 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4426>

¹⁶ Gacitúa, Estanislao y Carlos Sojo: *Social Exclusion and Poverty Reduction in Latin America and the Caribbean*, Banco Mundial / Flacso-Costa Rica, Washington, D.C., 2001. en Araya Dujisin, Rodrigo, “Internet, política y ciudadanía”, Revista Nueva Sociedad #195, enero-febrero 2005, Pág.60 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4371>

*áreas –económica, política y cultural– que tienen un efecto acumulativo en los grupos sociales e individuos, limitando las capacidades de modificar su posición en la sociedad.”*¹⁷

El problema se expresa en la dimensión política e institucional, que a la luz de esta categoría, evidencia en la región la ausencia de derechos civiles y políticos que garanticen la participación ciudadana en materia de acceso a la información. Generando una evidente inequidad en el acceso a la información que, en el marco de la revolución tecnológica, se la conoce como *brecha digital*. “*Con todo, esta no es la única vía de exclusión, ya que existen otras como la brecha entre lo urbano y lo rural, la generacional, la de género, e incluso la de raza.*”¹⁸. Situación que visibiliza el efecto acumulativo de la exclusión.

Por lo que, tal como lo explica Arana¹⁹, la obligación de garantizar un derecho no se agota en la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de dicha obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Y agregamos: asegurar, en la realidad, la efectiva existencia del derecho a la información, del acceso a la misma, del pluralismo, de la libertad de expresión.

2. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LEGISLACIÓN

2.1 ESTADO SITUACIONAL REGIONAL

“el acceso a la información es un derecho de las personas y al mismo tiempo una exigencia de una sociedad democrática”
Principios de Lima²⁰.

Declaraciones y Principio en torno al Acceso a la Información, en América Latina, han sido una luz en el camino de apertura de vías de reconstrucción legal y normativa. En la Declaración de Chapultepec adoptada en la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión (México, 1994), suscrita por veinte Jefes de Estado y Gobierno, se establecen principios que velan por el derecho de las persona a buscar y recibir información, así como expresar opiniones y divulgarlas libremente, enfatizando que nadie puede restringir o negar estos derechos (numeral 2); a la vez, que especifica la obligación legal de las autoridades de poner a disposición de los ciudadanos la información generada por el sector público, puntualizando que no podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.

¹⁷ Araya Dujisin, Rodrigo, “Internet, política y ciudadanía”, Revista Nueva Sociedad #195, enero-febrero 2005, Pág.60 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4371>

¹⁸ Op.Cit. Pág.58

¹⁹ Arana, Juan Francisco, “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: la Transparencia Parlamentaria” febrero 2004, Pág.5 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4286>

²⁰ *Principios de Lima*. Principio 1.citado en Contesse Singh, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, Pág.9-10 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4426>

El 26 de noviembre de 1999 el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH adoptaron una declaración conjunta que establece en su quinto párrafo lo siguiente *“Implícito en la libertad de expresión está el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información y a saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada”*.

La **“Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”**, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en octubre de 2000 da cuenta (Principio 4), del vigor que se le ha querido dar al acceso a la información como derecho humano. Así como los **“Principios de Lima”** (2002) establecen un conjunto de libertades que agrupan el buscar, recibir y difundir información y el derecho de acceder a la información *“sin interferencias de las autoridades públicas”* (Principio 1)

A lo que se suma, la Declaración de Santa Cruz de La Sierra de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países Iberoamericanos **“La inclusión social, motor del desarrollo de la Comunidad Iberoamericana”** donde se identifica a la informática y la tecnología como generadoras de mayores posibilidades de participación social, económica y política.

Documentos que mantienen y custodian el carácter autónomo del Derecho al Acceso a la Información, en relación con las dimensiones que competen a la Libertad de Expresión. El centro de atención ciudadana del ejercicio de éste Derecho se ha centrado en el control de la gestión del Estado, por parte de la ciudadanía. Vinculando el acceso la información con la calidad de la gestión gubernamental y la práctica democrática.

Respecto al desarrollo del Derecho al Acceso a la Información Pública, en el marco de Derecho Constitucional Comparado, en América Latina, se lo menciona en Brasil en el Art. 5 numeral XXXIII de su Constitución y en la Constitución del Perú en el Art.5 Inciso 5. Cuando se trata de la creación de normas específicas predomina, sobre los países de la región, el trabajo realizado en Austria, Suecia²¹ (con una primera ley de acceso a los archivos públicos creada en 1776);y, en la última década Inglaterra, Irlanda, Canadá y Nueva Zelanda. Sin embargo, como lo explica Palazzi (1999) el país más claro en materia legislativa es Estados Unidos dado que existe una ley

²¹ [...] el gobierno central y el gobierno local actúan a la luz del escrutinio ciudadano, es así que el acceso público de la información se conoce desde inicios del siglo XVIII, principalmente a través de la denominada *“acta de libertad de la información”* o la llamada *“The Freedom of the Press Act.”*. Siendo que este principio de acceso a la información, posteriormente fue asimilado en su carta fundamental de 1975, en Arana, Juan Francisco, *“La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: la Transparencia Parlamentaria”* febrero 2004, Pág.1 <http://www.alfaredi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4286>

federal y una ley en cada estado, que concuerda a grandes rasgos con la normativa federal. Trabajo previsto en la ley de procedimientos administrativos desde 1946²².

Otro caso particular es el de Sudáfrica cuya Ley de Acceso a la Información, promulgada en el 2000, no sólo considera la esfera de ejercicio de la información pública sino también la información privada. Lo que significa que el Estado tiene el derecho de acceder a información privada cuando debe proteger el derecho de otras personas.

De forma particular, en América Latina, los países considerados modelos en materia de avances legislativos y organizativos respecto al acceso a la información pública son Perú y México. *“Ambos países han sancionado normas nacionales y, en el caso de México, estatales de muy buena calidad. En México se creó además el Instituto Federal de Acceso a la Información, el cual se constituye –para nuestros países- en un modelo de agencia de aplicación de la ley.”*²³ Sin embargo, en el resto del continente, si bien hay luces de esfuerzos por iniciar un proceso de consolidación del sistema democrático como en el caso de Chile y Argentina; esto no garantiza una seguridad en la aplicación de este Derecho pues de la mano de su promulgación van restricciones a su ejercicio que son importantes de considerar en el proceso de formulación legal que sigue la región.

Las debilidades del sistema político-jurídico de la región se mueven en torno a dos ejes: la debilidad del marco jurídico y la escasa garantía de una aplicación efectiva e imparcial de la norma legal; aspectos ya identificados en el Informe sobre Acceso a la Información Pública en las Américas realizado por Diálogo Interamericano en el 2002²⁴ donde de forma comparativa se puede ver que el proceso de reconstrucción jurídica, de la última década, no ha modificado positivamente la situación.

²² Pese a que la Constitución no posee una disposición expresa en tal sentido, el derecho de acceso a la información pública estaba previsto en la ley de procedimientos administrativos desde el año 1946 (APA). Posteriormente, en el año 1968 se sancionó una ley general que permite el acceso a los registros de carácter público. Esta ley, denominada Ley de libertad de Información(15) (Freedom of Information Act, en adelante FOIA), estableció un mecanismo administrativo que permite a cualquier persona solicitar acceso a registros que posean las agencias federales. Los organismos públicos deben aceptar y procesar todos los pedidos realizados bajo esta ley. Si lo deniegan, deberán fundamentar la decisión, la cual es recurrible en instancia judicial. Esta ley americana de acceso a la información, ha obligado a las distintas administraciones a rever sus políticas acerca del acceso a los registros estatales por parte de los particulares, y en especial por parte de la prensa generado una gran transparencia en la administración pública norteamericana. La ley prevé nueve excepciones que permiten a la administración no dar acceso a información para proteger los intereses legítimos del Estado o de los particulares. Entre otras cuestiones, no resulta posible acceder por esta ley a información sobre seguridad nacional, secretos comerciales, archivos policiales o información personal(16). En general la jurisprudencia se ha inclinado a facilitar el acceso a la mayor cantidad posible de información y cuando no lo ha hecho, el Congreso ha respondido reformando la ley para hacerla mas abierta. Actualmente se está estudiando cómo mejorar el acceso a la información del gobierno a través de las autopistas de la información(17) citado en Palazzi, Pablo, “El derecho de acceso a la información pública en la ley N° 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, No. 011 - Junio del 1999, <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6453>

²³ Tesoro, José Luís, Entrevista a Roberto P. Saba, Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (Argentina). Pág. 3, <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6004>.

²⁴ Diálogo Interamericano, “Acceso a la Información Pública en las Américas, Buenos Aires”, 11-12 diciembre, 2002, Pág. 24-25 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4424>

Continúan las diferencias en términos del grado en que el ordenamiento jurídico consagra la libertad de información, considerando las categorías de: 1) libre acceso a la información pública, y 2) recurso de Habeas Data. Los países que poseen estas garantías son: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana, Paraguay, Perú y Venezuela en tanto que en Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua la Constitución dispone el acceso a la información pero no el habeas data.. Y, las constituciones de Bolivia, Cuba, Jamaica, Panamá, Trinidad-Tobago y Uruguay no cuentan con ninguna de las dos.

En cuanto a la tradición jurídica en materia de Derecho al Acceso, como lo cita Diálogo interamericano, Belice, Bolivia, Colombia, Ecuador y otros países – especialmente de la zona del Caribe- tienen una amplia experiencia; mientras que Chile, Jamaica, México, Panamá y Perú son recientes; al igual que en Argentina, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Paraguay y Uruguay que a inicios del 2000 empezaron un proceso de estudio de proyectos de ley de información con el objetivo de conformar un marco legal sólido que supere las garantías constitucionales de acceso a la información, labor a la que se han sumado Brasil, El Salvador, Honduras y Venezuela. A lo que se suma, que Haití mantiene la debilidad en sus garantías constitucionales y jurídicas en materia de acceso a la información; y, en Cuba continúan inexistentes.

Una tendencia, que se ha asentado en la región, es la poca importancia prestada a la normativa en materia de acceso a la información, muchas de las veces o pasa inadvertida o no se la cumple en su totalidad. Dado que, o existe una oposición, por parte del gobierno, para entregar la información; o, la lentitud del proceso administrativo (solicitud y entrega de información) constituye un bloqueo para la aplicación de los mecanismos de acceso. Debilitando la acción participativa ciudadana, la construcción de un proceso de interacción con el Estado y el sistema de fiscalización.

También se observa una serie de normas legales conexas que restan poder e importancia a las leyes centrales en esta materia. Si bien la última década América Latina registra importantes avances en materia de desarrollo legal, el exceso de normas vinculadas a la libertad de expresión causa una pérdida de atención en el centro/objetivo del derecho central que amparan.

La acción de la ciudadanía, con una actitud de vigilancia, y el trabajo de los medios de comunicación han constituido un factor importante para el impulso, desarrollo y sostenimiento del proceso fortalecimiento del marco jurídico e incremento de la garantía de aplicación efectiva de las normas. A lo que se suma, una creciente oposición civil a decisiones gubernamentales que limiten el acceso a la información y la libertad de expresión.

2.2 POR PAÍSES

Este recorrido por algunos países, cuyo proceso de construcción y reconstrucción social y jurídica en materia de Acceso ha tenido cierta particularidad, permitirá identificar puntos de encuentro y desencuentro sobre la base de los cuales nos

aproximaremos a la identificación de áreas de incidencia, niveles de intervención y puntualización de espacios de trabajo conjunto.

2.2.1 Argentina

En este país la Ley 104 de Acceso a la Información²⁵ es la única que norma aspectos relacionados con el acceso a la información de forma directamente relacionada con la Constitución de Buenos Aires. Al parecer, como explica Palazzi (1999), a nivel nacional, si bien no existe una ley parecida, si se manifiestan regulaciones infraconstitucionales que han establecido el derecho de acceso a la información pública en situaciones puntuales.

*“[...] estas normas forman un sistema fragmentado, insuficiente y disperso que sólo proveen acceso a determinada información en ámbitos muy específicos. Cabría preguntarse si frente a un pedido concreto de acceso a la información, los entes de la administración que la reciban no recurrirán a la invocación de la limitación de la vista para evitar el acceso del administrado a determinada información. Cabe preguntarse también qué respuesta daría un tribunal judicial ante la ausencia expresa de este derecho en nuestro ordenamiento positivo.”*²⁶

Vacío normativo que ha generado una cadena de búsqueda de precedentes, sin embargo, aun no se ha llegado a una normativa nacional que asegure, como lo hace la Ley 104 de Constitución de Buenos Aires, *“[...]el libre acceso a todo tipo de información que detentan los organismos del gobierno, y por ende, la inexistencia del secreto estatal”*²⁷ con un contenido que sienta las bases para un gobierno transparente desde un enfoque de acceso a la información como un deber de la Administración.

Derecho que se contempla en la Constitución de Buenos Aires tanto en lo referente al Estatuto Organizativo, los deberes del Gobierno, el Habeas Data, como en lo referente a la administración del patrimonio, los contratos administrativos y la búsqueda de personas desaparecidas, en la cláusula transitoria vigésima²⁸.

De forma puntual la Ley 104 establece:

“[...] en su artículo primero que toda persona tiene derecho, de conformidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno, a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada, de entes autárquicos.

Se incluyen también dentro de esta norma a todas las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo y del Judicial, en cuanto a su actividad

²⁵ Ley No. 104, de Acceso a la Información, promulgada por el Decreto N° 2.930 del 17 de diciembre de 1998, Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires del 29 de diciembre de 1998, No. 600, pág. 9360. citado en Palazzi, Pablo, “El derecho de acceso a la información pública en la ley N° 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, No. 011 - Junio del 1999, <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6453>

²⁶ Op.Cit. Pág.9

²⁷ Op.Cit. Pág.3

²⁸ “[...] un tema que ha provocado varios fallos judiciales(4) y proyectos legislativos, la cláusula transitoria vigésima dispone “La Ciudad facilita la búsqueda de información sobre personas desaparecidas antes del 10 de diciembre de 1983 y de las que se presumieren nacidas durante el cautiverio materno” en Op.Cit. Pág.2

*administrativa, y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.”*²⁹

Si bien, como lo explica Palazzi (1999) el ámbito de la norma es amplio, pues comprende la documentación e información proveniente de cualquier órgano perteneciente a la administración central y especifica la forma en la que debe proveerse la información (Art.2) contemplando el soporte digital. También, la especificación de los casos de información que no debe suministrarse entre los cuales *“(las materias exceptuadas por leyes específicas) permite ampliar estas exclusiones, pero sólo por ley”*³⁰.

La Ley 104 pone en evidencia, como bien lo platea Oyhanarte, *“una falta de organización en la administración pública respecto del archivo de la información”*³¹. Demostrando que es imposible consolidar una cultura de acceso sin normas complementarias que acompañen al instrumento legal.

Dicha ley es vista como un instrumento de control de los actos de gobierno por parte de los ciudadanos que evidencia la ausencia de este recurso legal a nivel estatal de forma que se conforme una serie de instrumentos legales de acceso a la información como camino a una conciencia ciudadana capaz de transparentar la gestión. Posibilitando, lo que Palazzi (1999) llama *“un balance entre la publicidad de los actos de gobierno y la privacidad de los actos de los ciudadanos”*³² para una práctica democrática.

En el 2003, se crea el Decreto 1172/2003 como una norma que facilita el acceso de la ciudadanía a la información que se encuentra en la Administración Pública de la Nación, pero el limitado alcance de la norma impide que esta incluya los poderes Legislativo y Judicial; mas aún cuando el decreto se lo entiende como una norma más *“débil” “en el sentido que no se apoya sobre un consenso amplio, como es el caso de las leyes votadas en el Parlamento, y un cambio de voluntad en el Ejecutivo podría resultar en una eventual derogación”*³³.

2.2.2 Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991 (reformada en el año 2001) consagra en el Artículo 74: *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”*.

Si bien, en este país existen normas desde el Siglo XIX que ordenan la difusión pública de los documentos oficiales existía una fuerte demanda de una ley que regulase el archivo de información oficial para el ejercicio del derecho de acceso. A inicio de década, la sociedad civil hizo una ley de acceso a la información por intermedio de veedurías que trabajaban el tema de corrupción. Dicha ley fue resultado de un pedido de documentación por parte de dichas organizaciones y la consecuente

²⁹ Op.Cit. Pág.5

³⁰ Op.Cit. Pág.6

³¹ Diálogo Interamericano, “Acceso a la Información Pública en las Américas, Buenos Aires”, 11-12 diciembre, 2002, Pág. 15 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4424>

³² Palazzi, Pablo, “El derecho de acceso a la información pública en la ley N° 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, No. 011 - Junio del 1999, Pág. 11 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6453>

³³ Tesoro, José Luis, Entrevista a Roberto P. Saba, Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (Argentina). Pág. 3, <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6004>

negativa a realizar la entrega por parte de la administración pública evidenció la inexistencia de una figura legal sobre la cual se sostuviera el pedido.

Lo que cambió el panorama legal en materia de acceso, empezando a normarse tanto el proceso como las garantías que lo sostienen y el objetivo de su aplicación. Aspectos relevantes como el tratamiento del silencio, cuando la Corte Constitucional invirtió la regla del silencio negativo al fallar que si el órgano no contesta al pedido transcurrido el plazo legal se puede acudir a un juez y exigir la entrega de información, vacían a la administración de argumentos que permitan sostener la reserva de la información. O, cuando se trata de clasificar la información como reservada, en materia de Excepciones, donde la decisión de no revelar ningún documento público no es responsabilidad del Estado sino que la debe prefijar una ley. Son algunas especificidades que éste país ha considerado en materia de Acceso a la Información.

2.2.3 Chile

En lo referente al tratamiento de los derechos humanos en la Carta Constitucional Chilena, según lo sostiene Contesse³⁴, la Constitución no ha distinguido de manera *apriorística* quiénes son los sujetos imperados por las normas. Lo que hace posible advertir ciertas deficiencias de procesos y técnicas en la configuración de algunos derechos, entre estos, el de Acceso a la Información.

Una lectura general de éste derecho en Chile nos conduce a identificar, interpretando a Contesse, que se lo ha entendido como parte de una fase de la libertad de expresión, donde la democracia es su punto de encuentro; y acogiendo alguna de las facultades de este derecho³⁵ como la necesidad de buscar y recibir información. Sin embargo, el acceder a la información, como ya le hemos indicado, no implica –únicamente- la búsqueda ni la posibilidad de recibir información. Situación que resta autonomía al Derecho al Acceso a la Información.

En este contexto, y a inicios de década, un fallo chileno ratifica un principio en el cual se aclara que el interés en materia de acceso a la información pública está dado por el hecho de ser ciudadano. Lo que posibilita que la ciudadanía, en general, pueda solicitar información, promoviendo una legitimación activa. En materia del tratamiento legal del Silencio, el Estado puede ser multado por no entregar la información solicitada en el plazo que fija la ley.

2.2.4 Ecuador

En mayo del 2004 se aprobó la Ley N° 2004 –34, denominada «Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública» («LOTAIP»), se publicó en el Suplemento del Registro Oficial N° 337³⁶.

³⁴ Contesse Singh, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, Pág.18 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4426>

³⁵ del Derecho a la Libertad de Expresión.

³⁶ Principios y objetivos de la Ley. En el artículo 1, inciso primero, se establece el principio de publicidad que consiste en el mandato imperativo hacia toda entidad o agencia de poner a disposición de la ciudadanía toda información que emane de ellas. Además se refiere a la correspondencia de este principio con el derecho fundamental de acceder a la información pública. El inciso segundo, incluye dentro del principio a las distintas instituciones y organismos del Estado y a varias categorías de

Sin embargo e interpretando a Riofrío (2006), aún no se ha asentado en la jurisprudencia la exigencia a la efectiva vigencia del derecho fundamental al acceso a la información pública (*pro homine*). Así como tampoco se ha efectivizado la determinación de que en caso de existir dos disposiciones sobre un mismo punto, hecho, cuestión, proceso o trámite, deberá aplicarse la que mejor favorezca a la publicidad de la información, de igual manera estipula que en caso de duda se preferirá la interpretación que más convenga a la publicidad informativa (*in dubio pro informatione*).

“Por lo pronto, en la jurisprudencia parece imperar el criterio contrario: el principio contra homine, que hace del recurso de acceso a la información pública previsto en la LOTAIP un trámite extremadamente riguroso y solemne, cual si fuera un recurso de casación. Mientras no se cambie éste criterio, el derecho al acceso de la información pública no será sino una pretensión idealista o malsana –según la óptica desde la que se lo mire–, pero pretensión al fin”³⁷.

Como lo explica Riofrío (2006), desde 1998, la Constitución del Ecuador ha dispuesto que «el Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información».³⁸ Esta garantía representa una libertad y un derecho fundamental que todo ciudadano puede esgrimir contra el Estado, la misma que ya había sido recogida

personas de derecho privado. Sin embargo, se aparta del principio de la universalidad, aceptado por la totalidad de la doctrina, al incluir una especie de listado de estas organizaciones, por lo tanto, las que no estén en este listado, no estarían obligadas a permitir el acceso a la información. Ámbito de aplicación de la Ley. Incorpora un amplio catálogo de instituciones obligadas a entregar información cuando sea solicitada. Se incluyen algunas personas jurídicas de derecho privado que posean información pública. Tipo de información. En el artículo 5 se considera que puede ser objeto de información pública cualquier documento en cualquier formato que se encuentre en poder y bajo responsabilidad de las instituciones obligadas, o que se hayan producido con recursos del Estado. [...] Información reservada y confidencial.

El artículo 6 de la Ley, considera información confidencial la información personal en poder de las instituciones públicas. Esta información está protegida constitucionalmente por el Hábeas Data, por lo tanto no podrá ser entregada salvo autorización del titular o de un juez o tribunal.

La información reservada, de acuerdo con el artículo 17 es aquella información pública que por razones excepcionales puede ser clasificada mediante resolución por la autoridad competente, en cuyo caso no procede el acceso, hasta que haya pasado un determinado período de tiempo en que opera la reserva, que en este caso es de quince años, o bien, cuando se extingan las causas que dieron lugar a su clasificación.

Se establecen dos causales de reserva: 1) por motivos de seguridad y de defensa nacional, se reservan los documentos calificados por resolución motivada del Consejo de Seguridad Nacional; 2) las informaciones establecidas como reservadas en las leyes vigentes (ejemplo: Ley General de Instituciones del Sistema Financiero) en Canales, Patricia, “El Derecho a la Información Pública Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia”, Chile, 2004, Pág.:13 M.

³⁷ Riofrío, Juan Carlos, “El Principio Contra HOMINE y el pretendido Derecho de Acceso”, 20 marzo 2006, Pág. 12. <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4232>

³⁸ Constitución Política, art. 81, inc. 1º, *in fine*. En el pasado, otras constituciones ecuatorianas como la de 1967 también habían consagrado el mismo derecho al acceso, aunque de forma implícita, dentro del derecho a la información. Como se sabe, el derecho a la información implica tres facultades: la de investigar, la de difundir y la de recibir información. Citado en Op.Cit. Pág. 1.

con anterioridad de forma generalmente implícita en el articulado de algunas declaraciones internacionales de derechos.³⁹

Así, según lo plantea Sánchez (2006) *“el derecho al acceso a la información es un derecho asegurado por la Constitución de la República y afirmado por los convenios y tratados vigentes suscritos por nuestro país, existe de esta manera, una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos”*⁴⁰

Sin embargo, el Derecho al Acceso a la Información carece de alcance en su ejecución al no aplicarse e interpretarse desde la perspectiva del principio *pro homine* tal como lo plantea el art. 18 de la Constitución *“que dispone, entre otras cosas: la aplicación directa e inmediata del derecho, el deber de interpretar la normativa de la forma que más favorezca la efectiva vigencia del derecho, la no necesidad de que exista ley para que los ciudadanos puedan invocarlo, y la imposibilidad de que una ley pueda restringir el contenido esencial del derecho.”*⁴¹. Impidiendo la eficacia en su aplicación, de ahí el origen de la Ley en mención.

2.2.5 El Salvador

La adhesión de este Estado, en 1996, a la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) hizo que el tema del Acceso a la Información se convierta en uno de los ejes de trabajo político. Empezando a considerarse como parte de las medidas preventivas contra la corrupción dentro de la estructura administrativa gubernamental.

Dicha convención, como lo narra Castillo (2004), se volvió ley para el Estado salvadoreño en octubre de 1998.

*“En la legislación de El Salvador la única regla legal que contemplaba el acceso a información estatal era el Art. 181 de la Constitución de la República. Este artículo establece el derecho de todo ciudadano para dirigir sus peticiones a las autoridades legalmente establecidas a que se le haga saber lo resuelto. Sobre este artículo hay una resolución de la Sala de lo Constitucional que determina que la contestación hecha por las autoridades a los ciudadanos “no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla conforme a las facultades jurídicamente conferidas.”*⁴²

³⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 19, Pacto de San José de Costa Rica, art. 13, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 19.2, y, especialmente, ver la Declaración de Chapultepec, en todo su articulado.

⁴⁰ Sánchez Montenegro, Diego, *Acceso a la Información y Participación Ciudadana*, en “Informe Situacional sobre Privacidad y Acceso a la Información en América Latina”, Septiembre, 2006 Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina, UNESCO, Pág.41.

⁴¹ Riofrío, Juan Carlos, “El Principio Contra HOMINE y el pretendido Derecho de Acceso”, 20 marzo 2006, Pág. 1. <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4232>

⁴² Castillo, José Manuel, “Informe sobre Acceso a la Información en El Salvador”, PROBIDAD, 2004.

El debate interno, al respecto, centra su atención en la pertinencia o no de considerar el derecho de acceso a la información como uno de los componentes de la libertad de expresión. Dado que en El Salvador, como explica Castillo (2004), el concepto de libertad de expresión⁴³ aún sigue siendo de definición ambigua, regulado únicamente para los casos en los que se incurre en calumnia o difamación, y con poco desarrollo en cuanto a considerar la libertad de recibir, difundir y comprobar información. Perspectiva que carece de una orientación para el ejercicio del derecho al acceso a información gubernamental que especifique la información restringida, reservada y los plazos de duración de estas características.

El proceso de desarrollo de este Derecho es reciente *“algunas de las iniciativas conocidas en el tema han apuntado a que se haga pública la información de la gestiones municipales (en 2004), la información generada por las entidades públicas durante cada año fiscal (en 2003), el financiamiento de los partidos políticos (en 2004), etc.”*⁴⁴ Iniciativas que no han surgido de la sociedad civil. Parece ser que es un proceso en construcción que ha centrado su atención en la promoción de la cultura de la transparencia entre los funcionarios y de estos hacia la ciudadanía.

2.2.6 México

En México la constitución de 1917 establece en su Art.6 y Art.8 tanto la garantía del derecho a la información por parte del Estado, como la obligatoriedad por parte de los funcionarios y empleados del Estado de respetar dicho derecho. Sin embargo, es en la última década que el Estado centra su atención en el desarrollo del marco jurídico en materia de acceso a la información.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información en el 2003 constituyen una transformación radical de la relación entre ciudadano y su gobierno. Los objetivos de la Ley son:

*“1) proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos; 2) transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados; 3) garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados; 4) favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados; 5) mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos; 6) contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho”*⁴⁵

⁴³ [...]En El Salvador la libertad de expresión está delimitada en el Art. 6 de la Constitución de la República. Este artículo dicta que: "Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan", en Op.Cit.

⁴⁴ Op.Cit.

⁴⁵ Canales, Patricia, "El Derecho a la Información Pública Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia", Chile, 2004, Págs. 6-7 <http://www.alfaredi.org/privacidad/articulo.shtml?x=3876>

Según lo describe Canales (2004) el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, se encarga – fundamentalmente- de promover el ejercicio del derecho de acceso a la información, resolver sobre la negativa de las solicitudes de acceso y la protección de los datos personales en poder de las dependencias y entidades.

Para fines de identificar excepciones, este país, a dispuesto la necesidad de una “*prueba de daño*” con la que se demuestre: (i) que la información se encuadra legítimamente en alguna de las excepciones previstas en la ley, (ii) que la entrega de dicha información puede amenazar efectivamente el interés protegido por la ley, y (iii) que el daño que produzca la entrega de información es mayor que el interés público de conocer la información de referencia.

2.2.7 Panamá

El ordenamiento legal de este país considera el Derecho al Acceso a la información en dos instancias: la Constitución y la Ley # 6 promulgada en el 2002. La Constitución del Estado plantea el derecho de toda persona a presentar peticiones (entre las que se incluye pedidos de información) a los servidores públicos sea por motivos de interés social o particular especificando que las respuesta debe ser pronta - 30 días- bajo el riesgo de sanción según Ley.

La Ley # 6 del 22 de enero del 2002 dispone que es un “*hecho incontrovertible*” que la información en posesión de los funcionarios del Estado pertenece a toda la comunidad, y por ello “es y debe ser pública”. Como lo explica Boza (2004) la ley señala que la transparencia informativa de los actos de las autoridades públicas no solo es un “elemental derecho ciudadano”, sino “la manera más eficaz para prevenir la corrupción”. Según esta ley, el derecho de acceso a la información quedaba garantizado mediante la acción de habeas data”. El reglamento de la norma panameña, sin embargo, ha sido objeto de diferentes cuestionamientos por parte de diferentes instituciones” calificándolo de contradictorio con el texto de la Ley.

2.2.8 Perú

La Constitución Política de Perú consagra entre los Derechos Fundamentales de la Persona, en su Artículo 2, numeral 5, que toda persona tiene derecho:

“5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”

Como explica Arana (2004), la ley de Transparencia y Acceso a la información señala como pilares fundamentales la promoción de la transparencia de los actos del Estado, el desarrollo normativo del derecho fundamental del acceso a la información establecida en la magna lex y la importancia del principio de publicidad estableciendo excepciones: como las tipologías de información desarrollados en conceptos como inteligencia, seguridad nacional, información protegida por secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, comunicaciones internas o información interna de las entidades públicas previa a un proceso deliberativo o consultivo, las informaciones preparadas por asesores que revele estrategias

judiciales, las informaciones de investigaciones en trámite, las informaciones referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión a la intimidad y finalmente informaciones que tienen como fin reprimir y prevenir la criminalidad en el país.

Respecto al secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. Sin embargo, en el Acuerdo Nacional[viii] en la Vigésimo Novena Política señala *“El Estado promoverá una cultura de transparencia, de rendición de cuentas y difusión de actos de gobierno, con la eliminación de la cultura del secreto”*.

En dicho marco la eficiencia parlamentaria, fiscalización fundada en la transparencia que exige la función pública, se asienta sobre la necesidad de difundir, informar y publicitar su gestión para interactuar con la ciudadanía con miras a fortalecer la democracia.

*“Mediante el acceso e inspección directos de la documentación administrativa, el envío de mensajes y reclamaciones a líderes políticos y responsables de la Administración y el diálogo plural en múltiples plataformas de contacto, los ciudadanos corrientes podrían experimentar una sensación de acceso informativo, control público y participación personal en la gestión y debate cotidianos de los asuntos públicos.[xiv]”*⁴⁶

La Ley peruana en materia de Acceso a la Información otorga al Consejo de Ministros la facultad de definir los casos de difusión de información en materia de seguridad nacional, a pesar de que, como lo explica Albán⁴⁷ la experiencia indica que el Ejecutivo, amparándose en una interpretación amplia, tiende a mantener la información en reserva.

3. ÁREAS DE INCIDENCIA

La educación al ser inductora de actitudes, aptitudes y capacidades de generación de acción y conciencia ciudadana, constituye un área de incidencia en materia de acceso a la información. Se propone la necesidad de programas y planes de estudio que integren principios de capacidad e incidencia ciudadana en los procesos de gestión pública a través del acceso a la información para promover la inclusión ciudadana a la administración del Estado como un derecho. Con el objetivo de generar la convergencia de la ciudadanía, la democracia, el pluralismo, la transparencia y la eficiencia administrativa como factores condicionantes del desarrollo y la gobernabilidad.

El uso de la tecnología al servicio de la promoción de la democracia constituye otra categoría que, ligada al derecho al acceso a la información, incide en la formación de

⁴⁶ Arana, Juan Francisco, “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: la Transparencia Parlamentaria” febrero 2004, Pág.6 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4286>

⁴⁷ Diálogo Interamericano, “Acceso a la Información Pública en las Américas, Buenos Aires” 11-12 diciembre, 2002, Pág. 17 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4424>

ciudadanos libres y comprometidos con el desarrollo de su entorno. Procurando, identificar y bloquear, en la generación de contenidos, tendencias intolerantes, dogmáticas, que invadan la privacidad y censuren la libertad de expresión.

Se trata de generar una cultura que considere el valor de la información como parte fundamental de la construcción del conocimiento y base de la acción ciudadana. El derecho al acceso a la información es un factor fundamental para el cambio de sujeto a ciudadano en la América Latina. Su incidencia, en dicho proceso, se fundamenta en un ejercicio de reconocimiento, diálogo e interacción entre los distintos actores de una misma comunidad, país y/o región.

De forma específica, el ejercicio de este Derecho posibilita a la ciudadanía tener argumentos, fundamentados en información de la fuente, que impidan al Estado ejercer control sobre las políticas públicas. Es decir, un ejercicio pleno del Derecho al Acceso a la Información, en América Latina, constituiría uno de los elementos que posibilitaría reforzar los marcos jurídicos y garantizar la aplicación efectiva de la norma legal al considerar al ciudadano como un actor más del proceso de construcción jurídica.

4. NIVELES DE INTERVENCIÓN

Roberto Saba identifica tres obstáculos al acceso a la información, uno que se encuentra en la cultura del secreto, el otro que lo identifica como “*la falta de “práctica”*” por parte de la ciudadanía y un final que, en términos prácticos, se basa en la poca claridad, en materia de reglamentación, del procedimiento para acceder a la información.

*“La inexistencia de leyes de acceso a la información deja un espacio demasiado amplio de discrecionalidad a los funcionarios del gobierno al momento de responder a un requerimiento de información por parte de un individuo. Las leyes de acceso a la información, estableciendo quién puede pedir la información (“toda persona”), a quién (“al Estado en cualquiera de sus poderes y niveles”), en qué plazos, que el silencio se entenderá como negativa, que el principio es la publicidad y el secreto la excepción, y el recurso al juez para obligar al Estado a respetar el derecho, entre otros componentes habituales de este tipo de legislación, son una excelente herramienta en manos de las personas para bloquear posibles estrategias de negación de la información por parte del Estado.[...]”*⁴⁸

Por lo que identificar niveles de intervención para una práctica efectiva de este Derecho disminuye la posibilidad de bloqueos en el acceso. Los niveles de intervención, en materia de Acceso a la Información, deben considerar las áreas de incidencia especificadas y los obstáculos al acceso a la información que presenta cada

⁴⁸ Tesoro, José Luis, Entrevista a Roberto P. Saba, Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (Argentina). Pág. 1 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6004>

administración de justicia. Identificando, de forma concreta: el motivo que da origen a cada resolución en la materia, el lenguaje que utiliza y su coherencia con la intención identificada; el nivel de intervención del magistrado en referencia a consideración de decisiones anteriores como fundamento de la nueva resolución y la justificación utilizada para dicha propuesta o cambio; el acceso de los ciudadanos a la información que se utiliza para la construcción de la resolución y el nivel de participación de estos en el proceso.

La intervención en los niveles propuestos, de alguna manera, garantiza que el marco legal construido sea comprendido, responda a criterios de justicia, promueva la transparencia -no solo en su contenido sino como principio de su construcción-, visibilice los argumentos, fundamentos y pensamiento de sus autores. De forma tal, que el proceso de interacción para su formulación queda visible tanto en el proceso que le dio origen como en el contenido del instrumento legal a ejecutarse.

Otra de las áreas que requiere atención e intervención de procesos democráticos es la cultura judicial manifiesta en la región donde uno de sus factores problema es la poca conciencia de que una disposición legal constituye un acto de comunicación social factor que disminuye la garantía de su aplicabilidad. La comunicación efectiva del marco legal orienta a la ciudadanía hacia el fortalecimiento de su acción intencional (en términos habermasianos) como un elemento clave del sentido democrático de la justicia en pro de su institucionalidad.

En la mayoría de los países de la región, el imaginario social en materia jurídica resta credibilidad tanto a jueces como a su trabajo en materia legal, así sus decisiones sean trascendentales. De ahí que intervenir en la conciencia social, a través de procesos que promuevan el acceso a la información para que el sujeto, como ciudadano, se convierta en un co-gestor de la administración del Estado constituye un camino para el ejercicio de la cultura democrática.

Tratar la intervención en materia de acceso implica, también, considerar dos elementos principales en lo referente al procedimiento, tal como lo plantea Canales (2004): la justicia el procedimiento; y, por otro, la celeridad. En materia de celeridad se especifica que *“sí la solicitud de acceso puede afectar los derechos o intereses de terceros –petición de documentos que contengan datos confidenciales o personales– es esencial para la justicia del sistema la participación de tales terceros”*⁴⁹ desde esta perspectiva la celeridad es importante dada la extrema caducidad de la información en la sociedad de nuestra región.

Intervenir, en las áreas y con los niveles planteados, constituye una propuesta hacia la construcción de una relación horizontal entre el legislador y el legislado. Promoviendo niveles de interrelación, entre los actores mencionados, en la legislación, la fiscalización y el control del poder estatal.

⁴⁹ Canales, Patricia, “El Derecho a la Información Pública Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia”, Chile, 2004, Pág.:8 <http://www.alfaredi.org/privacidad/articulo.shtml?x=3876>

5. IDENTIFICACIÓN DE ESPACIOS PARA TRABAJO CONJUNTO

Como prioridad se requiere la creación de instancias -pueden ser de carácter virtual-, nacionales y regionales, que otorguen al ciudadano el derecho de intervención en los procesos administrativos y el derecho a realizar observaciones sobre las decisiones del Estado. Un escenario genere una acción convergente y regional que aborde temáticas en torno a la gestión de la administración pública tanto en materia de archivo de información como de difusión de la misma.

Dichas instancias de trabajo conjunto, ciudadano-estado, disminuirán la disyuntiva, entre: “a) *dar creciente institucional respuesta a las demandas ciudadanas, o b) condenar la democracia a un estancamiento que acumula crecientes procesos no democráticos*”⁵⁰. A la vez que el trabajo realizado en dicha instancia visibilizará: necesidades puntuales e inmediatas de acceso a la información, estrategias de acceso, indicadores de cambio del régimen regional de acceso en contextos globales; es decir, constituirían áreas generadoras de las condiciones político-culturales para la transformación en materia de acceso a la información en la América Latina. Claro, promoviendo, a la par, de creación de las debidas normas e instrumentos legales que soporten su existencia y accionar interno y externo.

Accionar que constituirá un soporte para la generación de políticas que permitan establecer mecanismos de supervisión de la gestión y cumplimiento de las normas creadas; así como del proceso de la normativa en construcción. Lo que implica, ampliar la labor del Monitor de Privacidad y Acceso a la Información hacia las actividades de las organizaciones privadas, la gestión parlamentaria y hacer participe de ello a la sociedad civil en las instancias de participación conjunta potenciando el incremento de espacios (digitales o no) de participación ciudadana que integren a la ciudadanía en debates en torno a la política y la gestión parlamentaria en América Latina.

Al ser espacios de convergencia la participación de legisladores, medios de comunicación, movimientos sociales será fundamental para esta propuesta, que pretende, a través de un proceso inductivo lograr la efectividad de la aplicación del Derecho al Acceso a la Información que, como lo plantea Contesse⁵¹, sobre la base de la relación ciudadano-estado, trascienda ésta para consolidarse como ejercicio de un derecho fundamental en las relaciones particulares de las personas.

La Autora

Grace Benalcázar

Miembro del Consejo Asesor, Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina. Maestra en Comunicación y Sociedad con mención en Políticas Públicas para Internet, FLACSO-Sede Ecuador

6. BIBLIOGRAFÍA

⁵⁰ Martínez Juliana, “Ver para creer: la información pública ciudadana en América Latina. Un estudio desde la sociedad civil” en OEA, Resultados del foro sobre “Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento” Pág.3 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6008>

⁵¹ Contesse Singh, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”, Pág.30 <http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4426>

Arana, Juan Francisco, “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: la Transparencia Parlamentaria” febrero 2004

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4286>

Araya Dujisin, Rodrigo, “Internet, política y ciudadanía”, Revista Nueva Sociedad #195, enero-febrero 2005.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4371>

Benalcázar, Grace, *Jurisprudencia del uso del Internet en los países de la Comunidad Andina* en “Los Usos de Internet: comunicación y sociedad”, FLACSO-Sede Ecuador, 2006.

Boza, Beatriz, “Acceso a la Información del Estado, marco legal y buenas prácticas”, CAD, Honrad Adenauer Stiftung, Lima, 2004.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4855>

Canales, Patricia, “El Derecho a la Información Pública Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia”, Chile, 2004.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=3876>

Contesse Singh, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno”.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4426>

Castillo, José Manuel, “Informe sobre Acceso a la Información en El Salvador”, PROBIDAD, 2004.

Diálogo Interamericano, “Acceso a la Información Pública en las Américas”, Buenos Aires, 11-12 diciembre, 2002.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4424>

Iriarte, Erick, *Acceso a la Información Pública en la Participación Ciudadana en Gobiernos Locales y Regionales*.

Martínez Juliana, *Ver para creer: la información pública ciudadana en América Latina. Un estudio desde la sociedad civil* en OEA, Resultados del foro sobre “Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento”.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6008>

Palazzi, Pablo, “El Derecho de Acceso a la Información Pública en la ley N° 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, No. 011 - Junio de 1999 ”.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6453>

Riofrío, Juan Carlos, “El Principio *Contra HOMINE* y el pretendido Derecho de Acceso”, 20 marzo 2006.

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=4232>

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

Sánchez Montenegro, Diego, *Acceso a la Información y Participación Ciudadana*, en “Informe Situacional sobre Privacidad y Acceso a la Información en América Latina”, Septiembre, 2006 Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina, UNESCO.

Tesoro, José Luís, Entrevista a Roberto P. Saba, Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (Argentina).

<http://www.alfa-redi.org/privacidad/articulo.shtml?x=6004>

III: ANÁLISIS SITUACIONAL

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE PRIVACIDAD EN AMÉRICA LATINA

Por: Galina Tapia y Erick Iriarte

La denominada Sociedad de la Información aparece en los procesos sociales como último paso (o al menos el más reciente) en la evolución humana, por ende se enfrenta a relaciones humanas, formas de reraconamiento, realidades jurídicas y sociales, pre-existentes, pero que se ven marcadas, cuando no alteradas, superadas o mejoradas, al verse a la luz de la Sociedad de la Información.

Lo que es mío y lo que no es mío, lo que es de mi esfera personal y lo que no, lo que creo y expreso o lo que creo y calló, son parte de estos hechos humanos que a la luz de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), en un marco de Sociedad de la Información, se enfrentan a la manera “clásica” de ser observador y analizados, así como tratados, para requerir de nuevos enfoques de análisis y por ende de aproximación.

Habermas nos plantea en el capítulo “La transformación política de la función de la publicidad”⁵² como con el desarrollo de la prensa hacia la Empresa Comercial (en la década de los 30 del siglo XIX), es entonces que la prensa se vuelve manipulable en relación a su grado de comercialización (fenómeno que parece mantenerse en la actualidad). Es decir que “(...)la prensa pasa de institución de las personas privadas como público(...)” a ser una “(...)institución de determinados miembros del público como personas privadas (...)”.

“El volumen de capital manejado llegó a ser tal, y tan amenazante (...) que en algunos países, (...) se puso la organización de esos medios bajo supervisión – y a veces hasta bajo el control – del Estado”. Es decir la necesidad de tener un control por sobre la divulgación de la información requeriría mecanismos de control gubernamental, pero esto conlleva a dos extremos, a mecanismos de clientelares de la información (sobre todo en lo que respecta al uso de los gastos públicos en publicidad), y por otro lado a los esquemas de estados totalitarios de “Programas Nacionales de Información Centralizada.”

Es claro lo que expone Habermas al enfrentar el hecho de que lo privado tiene una clara separación de lo público en relación al acceso a la información que se pueda obtener de las personas, Acceso a la Información y Privacidad son lados de la misma moneda.

La Sociedad de la Información nos abre un mundo de al cual se puede acceder, donde la información fluye, en el más puro de los sueños de los viejos adalides de la Internet, que esperaban que este espacio “aparentemente neutral” se mantuviera así, donde primaba los temas de colaboración, compartir, aprender, que los de ¿quién me ve?, ¿qué saben de mí?, ¿quién recibe esta información?

⁵² Habermas, Jurgen. “Historia y crítica de la opinión pública”.

Los temas de intimidad, privacidad y protección de datos, existen antes de la aparición de la Internet, y de la misma Sociedad de la Información, pero es claro que *“la automatización y la facilidad de acceso a información, así como los instrumentos para análisis de información cruzada de los individuos, enfrentan a los conceptos clásicos ante nuevos retos.”*⁵³

Es así que podemos rastrear la historia para encontrar recopilaciones de datos para su administración (la Iglesia ha sido uno de los primeros y principales recopiladores de datos, sobre todo con fines estadísticos, con los registros de nacimientos, bautizos, matrimonios, fallecimientos. En su poder estaba saber quién era hijo de quién). Dentro de los procesos de separación de la Iglesia del Estado ha sido el registro de estos “actos humanos” uno de los elementos claves.

Pero los datos de las personas no solo se han recopilado con fines estadísticos, han sido recopilados con fines de control, sobre todo en los regímenes autoritarios; se han utilizado como instrumento de discriminación, marginación, segregación. Es por ello que frente a un flujo de información tan abundante como la que se puede encontrar en la Red, y a este fluir, el discurso por la protección de la esfera privada, de lo que creemos, de la fe que profesamos, de la creencia política que tenemos, de nuestra vida familiar, se alza con una fuerza no dimensionada adecuadamente.

Hay una clara significación de querer ser parte de la Red, pero que la misma no se entrometa en la esfera privada, que nadie (estados, terceros, agencias del gobierno, cualquiera), recopile, administre, utilice, datos que son de la esfera personal sin que el propietario tenga conocimiento y sin que el propietario brinde un adecuado consentimiento para dicho uso.

En América Latina los principios de intimidad⁵⁴ se encuentran explicitados en la totalidad de las constituciones de la región, asimismo se encuentran en el Pacto de San José,⁵⁵ así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁵⁶ Sin embargo y a pesar del desarrollo constitucional el desarrollo normativo en los temas de protección de datos, y en general los ligados a la privacidad, se encuentran poco desarrollados, menos aún a nivel de desarrollos de armonización normativa. Cabe destacar que los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales han tratado de llenar esta carencia, pero los mismos se encuentran en sus fases de desarrollo, que creemos que con el advenimiento de relaciones comerciales con Europa pueden verse acelerados, así tenemos los ejemplos del Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación entre Chile y la Comunidad Europea,⁵⁷ que en su artículo 30, explícitamente habla de la protección de datos. Asimismo en el Acuerdo de Asociación

⁵³ Iriarte, Ahon. “Estado Situacional y Perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe”. CEPAL. 2005

⁵⁴ Carlos Gregorio hace un extenso análisis que la terminología más pertinente es la de Intimidad antes que la de Privacidad, claramente compartimos lo expresado por Gregorio.

⁵⁵ Artículo 11.

⁵⁶ Artículo 12.

⁵⁷ https://www.agpd.es/upload/Acuerdo_de_Asociacion_con_Chile.pdf

económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y México,⁵⁸ se expresa en su artículo 41 en similar camino.⁵⁹

“Es en el área de la privacidad y la protección de datos el ámbito en el que la región ha creado soluciones jurídicas que no tienen paralelo en otras regiones. El Hábeas Data es un recurso constitucional que defiende la autodeterminación informativa del ciudadano,⁶⁰ y es prácticamente un desarrollo que se ha dado tan solo en América Latina y el Caribe. Este derecho constitucional presenta importantes avances en el tema de Habeas Data en la región, que permiten un acercamiento al tema de protección de datos personales, pero falta una adecuada legislación de desarrollo constitucional en los diversos países, que clarifique el modo de empleo y los niveles de protección sobre los datos personales utilizando este instrumento constitucional.”⁶¹

Gregorio, Guadamuz y otros autores reconocen que la mayor influencia en la legislación de nuestra región en estos temas proviene de Europa, en concreto de las normativas y políticas europeas sobre Protección de Datos Personales. Es importante señalar que la existencia de la Red Iberoamericana de Protección de Datos es parte de la política de incidencia en un desarrollo armónico de legislación en temas de protección de datos siguiendo la línea europea.

“Sumado a lo antes dicho el requerimiento de información necesaria para el desarrollo de mercados económicos sólidos, donde se debe “premiar” al mejor pagador y “castigar” al mal pagador, siendo las denominadas “centrales de información crediticia / centrales de riesgo” instrumentos para determinar las cualidades de un “buen/mal” pagador, generando espacios de acumulación de datos sobre los individuos que debiendo tener una finalidad concreta en algunos casos (por no decir en muchos) han tergiversado su naturaleza.”

La temática de la privacidad y la protección de datos personales ya tiene una serie de referencias políticas por parte de los gobiernos de la región, siendo así que es una de las prioridades de eLAC 2007, pero hay que indicar que un hito de suma importancia ha sido lo dicho en la *Declaración de la Antigua* con motivo del *II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos*,⁶² la *Declaración de Cartagena de Indias*,⁶³ y

⁵⁸ https://www.agpd.es/upload/Acuerdo_de_asociacion_economica_con_Mexico.pdf

⁵⁹ Entre otros temas el envío transfronterizo de datos personales es una temática clave en los temas de comercio electrónico con Europa, y teniendo en cuenta procesos de TLC Comunidad Andina-Comunidad Europea, pueden ser un acelerante de este proceso. En la región Argentina es el único país que cumple con los requisitos de la Comunidad Europea en la temática de protección de datos, además de ser el país con el mayor desarrollo normativo y organizacional en la materia.

⁶⁰ Chirino, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, San José, Costa

Rica: Edit CONAMAJ, (1997) p.14.

⁶¹ Iriarte, Ahon. “Estado Situacional y Perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe”. CEPAL. 2005

⁶² <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=345>

⁶³ <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=409>

en especial la *Declaración de Santa Cruz de la Sierra* (Bolivia) con motivo de la *XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno*⁶⁴ que dice:

“45. Asimismo somos conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad.”

Si bien hemos indicado que Argentina es el país que mayor desarrollo normativo posee en la región no podemos dejar de mencionar que existen legislaciones específicas o relacionadas en la región que se han intentado acercarse al fenómeno de la protección de datos/de la privacidad/de la intimidad desde diversos ángulos.

“La presencia de una definición desde el punto de vista económico esta clara en las regulaciones de Paraguay, Perú y Uruguay donde se puede encontrar que la definición de lo que sería un dato está en normas sobre “centrales de riesgo”. Mientras que en Panamá y México se encuentra en la norma sobre acceso a la información pública. Chile y Argentina, tienen normas sobre protección de datos personales. Ni Brasil ni Ecuador dan una definición sobre lo que vendría a ser un dato personal. Pero ahondando en las definiciones, la presencia de definiciones sobre “datos sensibles” se encuentran presentes en las normas de Argentina, Chile, Paraguay y Perú.

*En la mayoría de las normas analizadas el derecho al acceso, a la modificación, a la eliminación o a la inclusión de datos personales por parte del titular de los mismos se encuentra presente, incluyendo además conceptos de gratuidad por ejercer dichos derechos, aunque en algunas normas se indica que se pagará el “costo operativo” de dicha acción, tal es el caso de las normas de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay. Las normas están referidas a datos personales desprendiéndose de las mismas que se encuentren en bases de datos, pero no se limita a que se encuentren en bases de datos o que estas sean bases informatizadas, sino que afectan datos personales que tengan privados o públicos, personas naturales o jurídicas, en bases manuales o informatizadas.”*⁶⁵

Derecho a la Intimidad

Uno de los pilares del marco ideológico liberal del Estado es el reconocimiento del ámbito de autonomía y libertad de los particulares, sin que medie ningún tipo de intervención en dicho ámbito. *“Estas libertades, por su inmediata referencia al desarrollo de la personalidad humana, constituyen el núcleo de los derechos personales; derechos que se consideran inherentes a toda persona e inviolables, y*

⁶⁴ <https://www.agpd.es/upload/Declaracion%20Santa%20Cruz%20de%20la%20Sierra%20Bolivia.pdf>

⁶⁵ Iriarte, Ahon. “Estado Situacional y Perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe”. CEPAL. 2005

explicitan y concretan los valores de la libertad y la dignidad humana en el Estado de Derecho”⁶⁶.

El desarrollo personal del individuo supone un encuentro con el sistema de derechos fundamentales, principalmente con aquellos derechos que le garantizan su integridad moral y física. El derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales que garantiza la integridad y dignidad de los individuos.

El dominio y la libertad que tiene el individuo sobre sí es lo que le permite valorar sus acciones y voluntad en la sociedad. *“Sobre esta concepción del hombre adquiere sentido la noción actual de intimidad como atributo necesario de su nuevo status de libertad-autonomía. La dualidad de la persona (interioridad y socialidad) se traslada a la intimidad que es bidireccional: ad se y ad alteros. La intimidad si bien hace referencia primariamente a un espacio propio, privativo del individuo, éste sólo adquiere su pleno sentido frente a los otros, tanto para oponerlo a ellos como para compartirlo con los demás. Así, la intimidad es simultáneamente condición de la personalidad individual y de la personalidad social”*⁶⁷.

Respecto a la terminología, existe divergencia en la determinación de si “intimidad” y “privacidad” son sinónimas o no respecto a éste derecho. Esta discusión se ha acrecentado debido a la traducción e introducción de la privacy anglosajona en el plano legal de los Estados con un sistema legal continental. En primer lugar, habría que defender el término “intimidad” por corresponder éste a la “privacy” en su traducción al castellano, además de ser el término acuñado en el ámbito legal de los países de habla hispana; en segundo lugar, sobre su concepto *“Vida privada e intimidad no son términos sinónimos en su acepción exacta porque lo íntimo es un núcleo más interno que lo meramente privado, es el corazón del corazón de cada persona. El concepto de vida privada, lo mismo que la intimidad es de difícil delimitación por ser un concepto multiforme, variable e influido por situaciones contingentes de la vida social”*⁶⁸.

Así, la intimidad entendida como el ámbito propio y reservado de una persona frente a la acción y conocimiento de ese ámbito para los demás, es el objeto de protección del derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad *“constituye una respuesta jurídica a las aspiraciones de cada persona por alcanzar un ámbito de desarrollo interior, ajeno a la intromisión de*

66 Pérez Luño, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, Octava Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2004, pp. 174-175.

67 Fernández López, Juan Manuel. *El derecho a la privacidad y su frontera en los demás derechos humanos*, XX Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos, 1998, CD-ROOM Agencia Española de Protección de Datos, 2005. En este sentido, *“el hombre ha de ser útil a la sociedad, pero no como objeto que la técnica puede llegar a controlar hasta el detalle de su pensamiento o de su conciencia, sino como sujeto agente que actúa, como elemento personal de las múltiples relaciones sociales que se construyen a través, precisamente, de la comunicación”*, Desantes Guanter, José María; Soria, Carlos. *Los Límites de la Información...* cit., p. 109.

68 Conde Ortiz, Concepción. *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2005, p. 24.

*terceros.(...) Por tanto el derecho a la intimidad asegura una calidad mínima de vida en las relaciones con los terceros, de suerte que únicamente se conozca aquello que cada persona desea compartir y revelar a los demás*⁶⁹.

El derecho a la intimidad ha sido reconocido en varios textos internacionales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 12), la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de 1969 (art. 11) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17); así como en textos constitucionales de diversos Estados como: la Constitución de España (art. 18), la de Colombia (art. 15) y la de Paraguay (art. 33).

En los textos internacionales referidos el alcance de protección del derecho a la intimidad va dirigido a cuatro esferas, a saber:

1. La vida privada: esta comprende hasta cierto punto el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos en la sociedad. La diversidad de situaciones calificadas como relaciones de vida privada podrían sistematizarse en las siguientes áreas: i) relaciones interpersonales. En el que la personalidad individual encuentra su pleno desarrollo; ii) integridad física y moral. Donde la vida privada cubre la integridad física y moral de la persona y comprende la vida sexual; y iii) la libre disposición del propio cuerpo. El derecho a la vida privada ha de incluir el de la libre disposición del propio cuerpo que constituye el soporte natural de la vida humana⁷⁰. En otro sentido, se puede considerar también que *“la vida de una persona, si no está expuesta al conocimiento general de “el público”, es vida privada, que se desenvuelve en el ámbito de su propia familia y de un grupo, ciertamente reducido, de amigos*⁷¹;
2. vida familiar: en esta esfera se ha de referir al estrecho vínculo que puede existir entre la vida propia y personal de un individuo con determinados aspectos de la vida de otras personas, que por la relación existente entre ellas inciden en la personalidad del individuo⁷². La vida privada y la vida familiar se superponen necesariamente en la zona común de la vida privada de los individuos que la integran y del domicilio en que se realiza⁷³;
3. respeto del domicilio: donde no podrá ser intervenido el domicilio de una persona a menos que medie una resolución judicial que lo justifique. El allanamiento del domicilio, aún justificada, se constituye en la *“intromisión en ese reducto físico que*

69 Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El derecho a la protección de datos en la Sociedad de la Información*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos no. 26, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2003, pp. 11-12.

70 Fernández López, Juan Manuel. *El derecho a la privacidad...*, cit.

71 Díaz, Francisco Eugenio. *La protección de la Intimidad y el uso de Internet*, IV Jornada sobre Contratación Electrónica, Privacidad e interne, Mérida, España, julio 1999, CD-ROOM Agencia Española de Protección de Datos, 2005.

72 Conde Ortiz, Concepción. *La protección de datos personales...*, cit., p. 23.

73 Fernández López, Juan Manuel. *El derecho a la privacidad...*, cit.

*constituye la morada o vivienda de una persona, generalmente con su familia, el recinto donde su vida se desenvuelve cerrada a la observación de los extraños*⁷⁴; y

4. respeto a la correspondencia: refiere a la prohibición de intervenir las comunicaciones realizadas entre personas en su vida privada, independientemente del medio por el que se haya efectuado la comunicación⁷⁵.

Por otra parte y sobre el ejercicio del derecho a la intimidad, cuando Warren & Brandeis publicaron en 1980 su famoso artículo “The Right of Privacy”⁷⁶, configuraron el aspecto negativo de ejercicio del derecho a la intimidad: el derecho a no ser molestado o que a uno lo dejen en paz (the right to be let alone). En éste aspecto, el sujeto titular del derecho no ejerce el mismo de manera activa, sino pasiva. El ejercicio pasivo del derecho a la intimidad refiere a la inercia del individuo a tomar acciones para que no haya una intromisión en su intimidad. El individuo espera el respeto espontáneo y voluntario de los demás de su espacio personal e interno.

Sin embargo, es aceptado hoy día que el derecho a la intimidad “*ha superado la tradicional concepción del derecho a la intimidad como derecho a ser dejado en paz, para acoger en su ámbito una esfera de protección positiva, que se manifiesta en el reconocimiento de determinadas facultades para exigir y facilitar un ámbito de libertad y el pleno ejercicio de los derechos de las personas; en definitiva, se aspira a garantizar el control de la información que nos concierne y que otros conocen de nosotros, no se trata de reaccionar cuando nuestra intimidad se ha visto vulnerada, sino de exigir positivamente del Estado deberes de tutela del derecho, y en todo caso, de garantizar facultades para la tutela y defensa de las libertades de la persona*”⁷⁷.

En este sentido, las obligaciones del Estado no son sólo negativas, de abstenerse de injerirse en la esfera privada de los individuos; sino también positivas, esto es, preparar el sistema jurídico para evitar y en su caso reprimir los actos de los particulares que vulneren ese derecho⁷⁸.

Así, el reconocimiento del derecho a la intimidad y las garantías que el Estado debe al individuo por ser el titular de ese derecho, deben ser contempladas de manera expresa en la Carta Magna del país en aras de garantizar el desarrollo personal del individuo en un Estado de derecho.

74 Díaz, Francisco Eugenio. *La protección de la Intimidad y el uso de Internet...*, cit.

75 Tanto el respeto al domicilio como a la correspondencia (como esferas que están protegidas con el derecho a la intimidad) están reconocidos y protegidos en el articulado de la Constitución dominicana, en sus artículos 8.3 y 8.9 respectivamente.

76 Originalmente éste artículo fue publicado en la Harvard Law Review no. 5, de 1980. El contenido de éste artículo fue traducido por Pilar Baselga y publicado como: S.D. Warren y L.D. Brandeis. *El Derecho a la Intimidad*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1995.

77 Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Protección de Datos...*, cit., pp. 10-11.

78 Fernández López, Juan Manuel. *El derecho a la privacidad...*, cit.

Por lo anterior, es imprescindible que se reconozca en la Constitución dominicana el derecho a la intimidad. En la redacción del texto constitucional que consagre éste derecho, deberá tomarse en cuenta los siguientes elementos:

1. que el derecho a la intimidad tiene como objeto todos los aspectos que se encuentre en el ámbito propio e interno del individuo; aspectos que son indispensables para el desarrollo de su personalidad y la interacción de éste con otros miembros de la sociedad, como su vida privada, vida familiar, domicilio, su correspondencia, su imagen, honor y dignidad; y
2. que se debe garantizar la protección de ese derecho, y por ende su objeto, a través de garantías acordes y suficientes

Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal

El reconocimiento de los derechos personales en las sociedades democráticas es un hecho. Sin embargo, la evolución social que se ha producido en las últimas décadas ha originado un replanteamiento social, político y económico que alcanza sin lugar a dudas los derechos fundamentales.

Tradicionalmente, la protección de la esfera privada del individuo estaba garantizada por el derecho a la intimidad. Ahora bien, por el desarrollo y uso incesante de las nuevas tecnologías en todas las actividades de la sociedad, se ha advertido el peligro de la utilización de las mismas en detrimento de la intimidad de los individuos por el tratamiento irracional, ilícito e ilegítimo de la información personal de estos⁷⁹. Es así como *“la doctrina relativa al derecho a la intimidad va evolucionando y partiendo de un derecho pasivo de primera generación que proclamaba la “no injerencia en la vida privada” del individuo, llega a reivindicar un derecho de libertad informática o control de los datos personales incluidos en un fichero”*⁸⁰.

De esta forma, es preciso establecer las diferencias entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales (DPDP). El derecho a la intimidad tiene un carácter defensivo y excluyente del conocimiento de terceros de la vida privada y familiar del titular del derecho; mientras que en DPDP, aun reconociendo la dinámica de su contenido derivado de los cambios tecnológicos, garantiza a la persona un poder de control, de contenido positivo sobre el tratamiento de los datos de carácter personal. Además, el objeto del DPDP es más amplio que el relativo al derecho a la intimidad, ya que no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato personal⁸¹.

79 Bel Mallén, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto (Coord.). *Derecho a la Información...*, cit., pp. 348, 352. Pérez Luño, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 176-177.

80 Conde Ortiz, Concepción. *La Protección de Datos Personales...*, cit., p. 27.

81 Idem, p. 46. Bel Mallén, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto (Coord.). *Derecho a la Información...*, cit., p. 353.

De esta manera y como respuesta al avance de la Sociedad de la Información, surge el derecho a la protección de datos como un derecho personal de tercera generación⁸² que garantiza el pleno desarrollo de la personalidad individual y el libre ejercicio de los derechos de un individuo, al momento de otorgar a este la facultad de determinar por sí mismo el tratamiento de sus datos por terceras personas⁸⁴.

La valoración, conceptualización de la naturaleza y justificación de la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, desde la estructura del Estado social y democrático de derecho, es difícil debido a la carencia de sustento inicial de su reconocimiento por la dogmática constitucional.

Sin embargo, La naturaleza del DPDP está basada en el principio constitucional de la dignidad e integridad de la persona. *“La condición jurídica propia del derecho fundamental a la protección de datos se retrotrae a la concepción genérica de todo derecho de libertad que, en última instancia, utilizando cualquier tendencia jurídica, facilita y hace posible (...) el desarrollo integral de la persona, y el ejercicio efectivo y real de su dignidad. Sobre este concepto liberal y clásico de la libertad, históricamente ha influido el valor democrático de la igualdad que implicará para su plena efectividad al poder público. Pues bien, sólo así, con la promoción del poder público, este nuevo derecho fundamental alcanzará trascendencia real para toda persona sujeto de derechos. Estamos ante un nuevo derecho de libertad que se incorpora al catálogo de derechos reconocidos a la persona por su simple naturaleza racional, pero cuyo ejercicio real y plena efectividad social demanda la promoción del poder público y, en definitiva, de todos los poderes del Estado, pero en el ámbito de su propio y complejo marco positivo que lo desarrolle”*⁸⁵.

De lo anterior resulta obvio que la función de DPDP es garantizar a toda persona el poder de control sobre sus datos personales, tanto su uso como su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y la potencial vulneración de la dignidad del afectado.

82 “En la actualidad, el imparable desarrollo social, y en concreto, el avance de la sociedad de la información, exigen respuestas jurídicas precisas y adecuadas a los nuevos fenómenos sociales que la vida moderna ofrece a las personas. Aparece, de este modo, con el impulso de los nuevos avances sociales y tecnológicos, la Tercer Generación de Derechos Fundamentales, llamados derechos de la solidaridad, que superan el ámbito individual y se refieren a cuestiones de interés general. Son derechos tales como la protección del medio ambiente, al tutela de derechos de consumidores y usuarios o la protección de datos personales”, Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Protección de Datos...*, cit., pp. 13-14.

83 El derecho fundamental a la protección de datos personales ha sido reconocido en diversos textos constitucionales, como: la Constitución de Venezuela (art. 28), de Colombia (art. 15), de Argentina (art. 43), de Portugal (art. 35), y nivel regional en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

84 Conde Ortiz, Concepción. *La Protección de Datos Personales...*, cit., p. 28. Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Protección de Datos...* cit. 7, pp. 14-16.

85 Bel Mallén, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto (Coord.). *Derecho a la Información...*, cit., pp. 350-352.

Según Pérez Luño, la Sociedad de la Información conlleva muchos logros fundados mayormente en el desarrollo de las nuevas tecnologías, pero como contrapunto negativo el uso indiscriminado de tales tecnologías en el tratamiento de los datos personales puede llegar a contaminar las libertades del individuo⁸⁶. En la Sociedad de la Información, si la contaminación amenaza las libertades del individuo se reivindican facultades para la protección de los datos personales ante cualquier forma de tratamiento; éste fenómeno es “*simplemente una nueva concreción histórica de los valores básicos de la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana*”⁸⁷.

Así, podría conceptualizarse DPDP como: “*la protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos de carácter personal, o de otra forma, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización de terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para confeccionar una información que, identificable con él, afecta a su entorno personal, social o profesional*”⁸⁸.

Desde su inicio la protección de datos personales ha pasado por una serie terminológica evolutiva que la ha definido y que, lamentablemente, al día de hoy tales términos son confundidos como sinónimos, cuando en realidad refieren a diversos aspectos del DPDP. Los términos a los que se hace referencia son:

1. Autodeterminación informativa: en 1983 el Tribunal Constitucional Alemán dictó una sentencia sobre la base del artículo 2.1 de la Ley Fundamento de Bonn, en la que dispuso que la autodeterminación informativa era la facultad del individuo de decidir por sí mismo cuándo y dentro de cuáles límites permite la revelación de su información personal a otras personas⁸⁹. Se reconoce así un aspecto negativo en la autodeterminación informativa, a que la persona sea dejada en paz respecto al tratamiento de su información personal;
2. libertad informática: ésta recoge la dimensión positiva del DPDP como facultad de control sobre los datos personales. Comprende además, la oposición del individuo a que determinados datos personales sean tratados para fines distintos de aquél que legitimó su captura⁹⁰;
3. habeas data: que no es más que la garantía del DPDP. Este concepto incluye el haz de facultades que forman el contenido del DPDP, tanto en cuanto sean ejercidos para proteger la dignidad y la integridad del titular de los datos que sean tratados. El *habeas*

86 Pérez Luño, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, cit., p. 177.

87 Bel Mallén, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto (Coord.). *Derecho a la Información...*, cit., p. 352.

88 Conde Ortiz, Concepción. *La Protección de Datos Personales*, cit., p. 29. Vid. Sancho Villa, Diana. *Transferencia Internacional de Datos Personales*, Premio Protección de Datos Personales VI Edición, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, España, 2003, p. 38.

89 Corripio Gil-Delgado, María de los Reyes; Marroig Pol, Lorenzo. *El tratamiento de los datos de carácter personal...*, cit., p. 78.

90 Idem, p. 81.

data es a la protección de datos personales, como el *habeas corpus* es a la protección de la libertad; y

4. protección de datos personales: este término engloba tanto el aspecto negativo como el positivo del DPDP; además, de incluir las facultades que dan las garantías necesarias para la protección efectiva de los datos personales.

Sin lugar a dudas, el término que ha de utilizarse para llamar a éste nuevo derecho fundamental es “protección de datos de carácter personal”.

La DPDP como derecho fundamental personal de tercera generación le es inherente una serie de elementos que le caracterizan como tal, como son el objeto, el contenido y los sujetos titulares de dicho derecho.

El objeto del DPDP son los datos de carácter personal cuando estos sean objeto de tratamiento. Por un lado, datos personales refiere a toda información sobre una persona física identificada o identificable; considerando identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social⁹¹. En definitiva, lo que se busca proteger son aquellos datos personales que puestos de forma organizada, permitan identificar a la persona y confeccionar un perfil de cualquier naturaleza que pueda llegar a constituir una amenaza para el desarrollo del individuo, tanto en la sociedad como en su vida privada. En contraposición, los datos aislados, en anónimo o disociados de su titular y que no puedan ser atribuidos o identificar con posterioridad a su titular, escapan del objeto de protección del DPDP.

Por otra parte, el tratamiento de los datos es “*cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción*”⁹². El tratamiento de los datos personales deberá ser realizado atendiendo a lo consignado en los principios rectores del DPDP.

Los principios rectores del DPDP refieren a las normas reguladoras mínimas que han de observarse en aras de brindar una efectiva protección a los datos personales, cuando los mismos sean tratados. Estos principios son:

91 Conde Ortiz, Concepción. *La Protección de Datos Personales*, cit., p. 357. Estadella Yuste, Olga. La protección de la Intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1995, p. 32. García Beato, María José. *Principios y Derechos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y en la Directiva 95/46/CE*, Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia de Protección de Datos, octubre 1996, Madrid, España, p. 36.

92 Concepto tomado del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, del Parlamento y del Consejo Europeo relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

1. Principio de legalidad y licitud: este principio refiere que al momento de captarse los datos personales, dicha captura se haga conforme a lo establecido en la ley y que el tratamiento que se realice sea justo. Así, se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos, que medie el consentimiento del titular de los datos para que se realice el tratamiento y que dicho tratamiento no tenga como resultado una lesión de los derechos de los titulares de los datos que se hayan tratado;

2. Principio de calidad de los datos: el objeto de este principio es procurar que la información que revele los datos personales sean lo más fiable posible, para evitar perjuicios a los titulares de los datos personales. En este sentido, los datos deberán ser correctos, exactos y en la medida de lo posible actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados con la finalidad para la que fueron recopilados. Además, deberán conservarse los datos de forma tal que se procure su seguridad y que esa conservación no durará más tiempo de lo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento; y

3. Principio de seguridad: donde se obliga al responsable del tratamiento que adopte las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales tratados, por los riesgos que podrían padecer de pérdida parcial, total, modificación o acceso no autorizado. Las medidas de seguridad deberán ser apropiadas y acordes al tratamiento que se vaya a efectuar y a la categoría de datos que se trate.

Sobre el contenido del DPDP se debe precisar que el mismo debe albergar para la persona, como el resto de sus derechos, posibilidades de actuación que técnicamente se llaman facultades. El DPDP atribuye a su titular un haz de facultades que consisten en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que sirven a la capital función que desempeña este nuevo derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales. Estas facultades son:

1. Derecho de acceso e información: se le reconoce al titular del dato personal el derecho a obtener del responsable del tratamiento de los datos de forma libre, sin restricción, con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos, el poder conocer: si existe o no algún tratamiento de sus datos personales, la finalidad del tratamiento, la categoría de los datos, los destinatarios de los datos tratados si hay cesión, el origen de captura de los datos, los medios que tiene para hacer valer sus derechos de rectificación y cancelación de los datos⁹³;

2. Derecho de rectificación y cancelación de los datos: se reconoce el derecho al titular de los datos personales el solicitar y obtener de manera efectiva la rectificación, bloqueo, cancelación y borrado de los datos tratados por el responsable del

93 García Beato, María José. *Principios y Derechos en la Ley Orgánica 5/1992...*, cit., pp. 45-48.

tratamiento, cuando esos datos personales sean inexactos, incorrectos o incompletos⁹⁴; y

3. Derecho de oposición: este derecho se reconoce al individuo para oponerse en cualquier momento, por razones legítimas propias de su situación particular, al tratamiento de sus datos personales cuando sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento⁹⁵.

Las facultades que conforman el contenido del DPDP, integran en su conjunto el habeas data como cauce procesal destinado a la salvaguarda de la libertad de la persona en la Sociedad de la Información respecto al tratamiento de sus datos personales.

Respecto al sujeto titular del derecho, se ha discutido si el mismo pertenece tanto a las personas físicas como a las jurídicas. La doctrina⁹⁶ y la mayoría de los textos legales en Derecho Comparado⁹⁷ se inclinan a favor de que sólo la persona física o natural sea la titular de datos personales y, por ende, de los derechos y deberes que esto implica. La justificación de esa postura se basa en: i) que las personas morales al ser una ficción jurídica, no le son inherentes los derechos personales que sustentan la sociedad democrática y el DPDP es un derecho fundamental personal; ii) que este DPDP garantiza el pleno desarrollo de la personalidad individual y el libre ejercicio de sus derechos al titular de los datos personales, no siendo posible tal desarrollo en una persona moral; y iii) para las personas jurídicas existen mecanismos legales, distintos en su objeto a la protección de datos, de protección de su información como el secreto bancario.

El DPDP como derecho fundamental personal convive con otros derechos de igual naturaleza y, lógicamente, el ejercicio del mismo por su titular no es ilimitado. En el caso específico del DPDP, los límites que se fijan recaen en la forma de ejercer el conjunto de facultades que conforman su contenido frente a otros intereses jurídicamente protegidos.

94 Idem, p. 48. Sánchez Bravo, Álvaro A. *La regulación de los derechos de la persona interesada en la Directiva Europea de protección de datos*, Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia Española de Protección de Datos, octubre 1996, Madrid, España, pp. 303-304.

95 Corripio Gil-Delgado, María de los Reyes. *Las nociones de interés público e interés legítimo en relación al ejercicio del Derecho de Oposición del Interesado*, Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia Española de Protección de Datos, octubre 1996, Madrid, España, p. 290.

96 Bel Mallén, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto (Coord.). *Derecho a la Información...*, cit., p. 360. Estadella Yuste, Olga. *La protección de la Intimidad...*, cit., p. 32.

97 Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España, no. 15/99, de 13 de diciembre; Ley de Protección de Datos Personales no. 25.326 de Argentina; Ley no. 19.628 sobre protección de la Vida Privada o Protección de Datos de Carácter Personal de Chile; Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, del Parlamento y del Consejo Europeo relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Convenio no. 108, de 28 de enero de 1981, del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal; entre otros.

Por todo lo anterior y en respuestas a las particularidades de la Sociedad de la Información, es imprescindible el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en la Constitución dominicana. En tal sentido, el articulado constitucional que reconozca éste derecho deberá de estar orientado en:

1. que se reconozca el derecho a la protección de los datos personales;
2. que el tratamiento que se haga sea respetando los principios rectores de la protección de datos;
3. que debe mediar el consentimiento del titular de los datos para su tratamiento, a menos que haya alguna disposición legal permita el tratamiento sin dicho consentimiento;
4. que se reconozcan los derechos al acceso, información, oposición, rectificación y cancelación del titular de los datos;
5. que exista reserva de ley para el desarrollo legal adjetivo del derecho a la protección de datos.

Tareas Pendientes

Hemos de indicar que compartimos lo que se determinan como “Tareas Pendientes” en el Informe “Estado Situacional y Perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe”, que CEPAL editara, en el marco del cumplimiento de la meta 25 del Plan eLAC 2007.

Dichas tareas son:

“Tarea Pendiente 1: Fomento de la implementación de Agencias de Protección de Datos (Argentina⁹⁸ es el único país que cuenta con este tipo de organización), de un alto nivel en la estructura gubernamental. Estas oficinas deben velar por la adecuada protección de los datos personales, en relación a su uso, manejo, manipulación, traspaso y/o venta. Asimismo debe implementarse una red regional que coordine los esfuerzos de estas Agencias Nacionales. De esta manera es tarea el desarrollo de manuales operativos y de requisitos mínimos para la implementación de dichas oficinas.

Tarea Pendiente 2: Es necesario establecer los mínimos necesarios para una adecuada Política y Regulación en Protección de Datos Personales en todos los ámbitos sociales: política, religiosa, económica, cultural, médica, judicial (siendo de especial interés para el último caso la adhesión abierta y aplicación de los Reglas de Heredia).⁹⁹ Estos mínimos deben servir de sustento al desarrollo de políticas y normas

⁹⁸ <http://www.jus.gov.ar/dnmdp/index.html>

⁹⁹ <http://www.latinoamericann.org/ivmundial/gregorio.pdf>

de protección de datos ínter operables a nivel de los países región. En este mismo sentido el desarrollo de la Red Iberoamericana de Protección de Datos¹⁰⁰ (impulsada por la Agencia de Protección de Datos de España y por la Comunidad Europea), será fundamental para los trabajos en conjunto en la materia.

Tarea Pendiente 3: Siendo un subtema específico pero que ha desarrollado implicancias comerciales y sociales especiales, la temática del SPAM tiene que ser considerada en el análisis de políticas y normativas, desde las perspectiva técnica, comercial, jurídica y política, siendo una tarea pendiente el establecer un espacio de monitoreo sobre el particular, así como un trabajo en base a la normativa existente y las propuestas que se puedan realizar, para limitar sino eliminar el SPAM.”¹⁰¹

Hacemos propias estas tareas, es evidente que la región latinoamericana requiere de instrumentos de armonización normativa y política que entiendan que la protección de los datos personales y de la privacidad en general de los individuos es parte del diseño de las políticas y acciones de Sociedad de la Información, elemento sin el cual los riesgos para los usuarios son claramente evidentes, pero mayor aún las posibles vulneraciones a los derechos individuales reconocidos en los documentos internacionales empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La problemática de la privacidad, no puede desligarse de la del acceso a la información son lados de la misma moneda, una regulación no puede ir sin la otra, pero ninguna de las dos puede ir sin un diseño de Políticas de Desarrollo donde los componentes de TICpD sean elementos claves para su desarrollo e implementación. La Sociedad de la Información no existe como fenómeno aislado.

¹⁰⁰ <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=349>

¹⁰¹ <http://www.eclac.cl/publicaciones/DesarrolloProductivo/5/LCW25/LCW25.pdf>

Los autores:

Galina Tapia Bueno

Doctoranda en el programa de Derecho de la Comunicación en la Sociedad Actual (Universidad Complutense de Madrid); Título Propio en Derecho de Nuevas Tecnologías (Universidad Complutense Madrid); Master en Derecho Empresarial con especialización en Nuevas Tecnologías (Universidad Antonio de Nebrija, Madrid); prestación de consultoría en Clifford Chance, Madrid, España para la elaboración de las Normas Complementarias de la Ley 126-00 sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales de la República Dominicana. Coordinadora de AR-Republica Dominicana.

Erick Iriarte

Director Ejecutivo de Alfa-Redi. Webeditor del Proyecto LatinoamerICANN sobre Internet Governance en América Latina. Miembro y Vice-Chair del At-Large Advisor Committee (ALAC) del ICANN por América Latina. Miembro del Internet Governance Forum - MAG, equipo formado para asesorar al Secretario de Naciones Unidas para el IGF. Miembro Fundador del Cibertribunal Peruano y de la Asociación Peruana de Derecho Informático. Asesor para Regulación de Sociedad de la Información de la Oficina Regional de Comunicación e Información para América Latina de UNESCO. Director de AR:RDI (Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático). Fue Asesor Legal de la Administración de Nombres de Dominio .pe (ccTLD .pe). Coordinador de la Meta 25 del Plan eLAC 2007. Miembro del Comité Asesor Internacional del ccTLD .pr. Socio Principal de Iriarte & Asociados, abogados especializados en Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual.

Bibliografía

ALFA-REDI. “Puntos Mínimos Regulatorios para la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe. – Bloque II”.

http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/374d0ee90831e4ebaa1def162fa50747/pmr2.pdf

APEC. “APEC Privacy Framework”.

http://www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce/MedialibDownload.v1.html?url=/etc/medialib/apec_media_library/downloads/ministerial/annual/2004.Par.0015.File.v1.1

CHIRINO, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, San Jose, Costa Rica: Edit CONAMAJ, (1997) p.14.

EDWARDS, Lilian, “The Problem with Privacy: A Modest Proposal” 3(3) *Privacy and Data Protection* 6 (2003).

GREGORIO, Carlos. “Protección de Datos Personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina”, en *Transparentar al Estado: la Experiencia*

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

Mexicana de Acceso a la Información’, Hugo Concha Cantú, Sergio López-Ayllón, Lucy Tacher Epelstein (eds.), (2004)

<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1407/12.pdf>

GREGORIO, Carlos, Greco, Silvana y Baliosian, Javier. “Impacto de las nuevas tecnologías de comunicación e información sobre los derechos de intimidad y privacidad”. En: “Internet y Sociedad en América Latina y el Caribe”. FLACSO-Ecuador / IDRC. 2001

GUADAMUZ Andrés, "Habeas Data vs the European Data Protection Directive", 2001(3) *The Journal of Information, Law and Technology* (JILT).

http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2001_3/guadamuz/ .

HABERMAS, Jurgen. “La transformación política de la función de la publicidad” En: Historia y Crítica de la opinión Pública. 4ta. Edición.

IADB. “Protección de la Privacidad y de los Datos Personales”. IADB

<http://www.iadb.org/sds/doc/Privacidaddatos.pdf>

IRIARTE Ahon, Erick. “Estado Situacional y Perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe”. CEPAL. 2005

<http://www.eclac.cl/publicaciones/DesarrolloProductivo/5/LCW25/LCW25.pdf>

KEANE, John. “Lo público en la era de la abundancia comunicativa.

MACLAY, Colin y otros. “Preparación Andina para el Mundo Interconectado: Introducción y evaluación regional”. Harvard University / CAF

Monitor de Privacidad y Acceso a la Información. “Estado Situacional sobre Privacidad y Acceso a la Información en América Latina”. UNESCO/Alfa-Redi. [Documento Preliminar]

Privacy International and GreenNet Educational Trust. “Silenced: an international report on censorship and control of the internet”. Privacy International.2003

AR:Revista de Derecho Informático – Selección de Artículos de Privacidad

http://www.alfa-redi.com/area_tematica.shtml?x=133

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN AMÉRICA LATINA – JUAN PÉREZ ANTE UNA DISYUNTIVA DE PROGRESO Y BIENESTAR

Por: Carlos G. Gregorio

Introducción

En los últimos años los crecientes niveles de informatización de los servicios estatales y privados han llevado a la generación de bases de datos que incluyen información personal - y en algunos casos datos sensibles. Simultáneamente varias empresas privadas en América Latina y el Caribe comenzaron a comercializar datos personales, en casi todos los casos operando dentro de un vacío legal. Sólo en algunos países las reformas constitucionales o los procesos legislativos tuvieron en consideración la problemática desde alguno de los siguientes perfiles: habeas data, protección de datos personales, acceso a la información gubernamental, regulación de las empresas que comercializan datos personales y seguridad de las bases de datos. Un hecho significativo es que ningún país de la región dispone de leyes que regulen todos estos aspectos en forma coordinada.¹⁰² Si bien no existe imposibilidad jurídica de una regulación única o coordinada, este hecho da la sensación que en la región ha sido imposible conciliar intereses que naturalmente pujan en sentido.

El propósito de esta nota es analizar no sólo el marco normativo actual, sino las causas y consecuencias de proteger los datos personales en América Latina y el Caribe, y cual ha sido el juego de intereses o prioridades que demoran o precipitan este tipo de legislación.

1. La legislación sobre protección de los datos personales en América Latina

Las recientes reformas constitucionales en América Latina introdujeron la protección de los datos personales (algunas bajo la forma de *Habeas Data*), viz. Brasil (1988) artículo 5° — X, XII y LXXII; artículo 105 I b); Colombia (1991) artículo 15; Paraguay (1992) artículos 33, 36 y 135; Perú (1993) artículos 2°, 162, 203-3; Argentina (1994) artículos 19 y 43; y Ecuador (1998) artículos 23.8; 23.13; 23.24; 94. Dos textos constitucionales recientes han percibido - de alguna forma - la existencia de riesgos en el proceso de informatización. El caso de la Constitución Política del Perú: Artículo 2 “*Derechos fundamentales de la persona: ... (6). A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*”; y el de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Artículo 60, “*Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos*”.¹⁰³

A partir de este marco constitucional algunos países han ido legislando sucesivamente mecanismos de protección de los datos personales:

¹⁰² El país que más se aproxima a cubrir todos estos aspectos es Panamá.

¹⁰³ Cf. Constitución española de 1978, artículo 18 4. “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

La Ley Argentina de Protección de Datos Personales,¹⁰⁴ es probablemente la más cercana al modelo europeo. Argentina es el primer país de América Latina que recibe una certificación de la Unión Europea como “un nivel adecuado de protección” (Decisión 2003/490/CE del 30 de junio de 2003),¹⁰⁵ que también ha sido conferida a Suiza, Hungría y a la Bailía de Guernsey, e indirectamente a Estados Unidos y Canadá por medio de la calificación de “safe harbor”. En este mismo sentido es el único país de América Latina que cuenta con una agencia de protección de datos con alguna similitud a las europeas. Sin embargo varios artículos de la ley han sido vetados por el Poder Ejecutivo, entre ellos el artículo 47 sobre los historiales crediticios fundamentando que *“el Proyecto de Ley dispone que los bancos de datos prestadores de servicios de información crediticia deberán suprimir, o en su caso, omitir asentar, todo dato referido al incumplimiento o mora en el pago de una obligación, si ésta hubiere sido cancelada al momento de la entrada en vigencia de la presente ley. Que esta decisión generaría la pérdida de la información histórica respecto al cumplimiento crediticio de muchos deudores del sistema, lo que podría producir un encarecimiento de las operaciones de crédito bancario originado por el mayor riesgo provocado por la incertidumbre”*.¹⁰⁶

Según el mapa mundial de leyes de protección de datos personales realizado por David Banisar,¹⁰⁷ Chile y Paraguay (además de Argentina) son los otros dos países de América Latina y el Caribe que cuentan con una legislación adecuada.¹⁰⁸

La ley chilena sobre Protección de la Vida Privada (Ley 19.628 del 30 de agosto de 1999) contiene un capítulo sobre el uso de la información financiera, comercial y bancaria que en el año 2002 fue parcialmente modificado por la Ley 19.812; por esta norma *“Se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios”* al artículo 17, y además se establece que: *“No podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas”*. Se modifica el artículo 18 en el sentido que *“En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal”*.

Por la misma ley se modifica el artículo 2º del Código del Trabajo, estableciendo que: *“Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia*

¹⁰⁴ Ley 25.326 del 2 de noviembre de 2000.

¹⁰⁵ http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2003/l_168/l_16820030705es00190022.pdf Artículo 1. “A efectos del apartado 2 del artículo 25 de la Directiva 95/46/CE, se considera que Argentina garantiza un nivel adecuado de protección por lo que respecta a los datos personales transferidos desde la Comunidad”.

¹⁰⁶ Decreto 995/2000, <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64791/norma.htm>

¹⁰⁷ <http://www.privacyinternational.org/survey/dpmap.jpg>

¹⁰⁸ Ver Marc Rotenberg & Cedric Laurant, *Privacy and Human Rights 2004, an international survey on privacy laws and developments*, <http://www.privacyinternational.org/survey/phr2004>

de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúense solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza".

En Paraguay la Ley 1.682 del 16 de enero de 2001,¹⁰⁹ delimita los datos sensibles, la acción de *habeas data* y establece, en su artículo 5, que los datos financieros podrán ser publicados solamente cuando las personas concernidas *"hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito"*. Sobre otro tipo de datos, podrán ser publicados y difundidos, según el artículo 6, cuando *"los datos que consistan únicamente en nombre y apellido, documento de identidad, domicilio, edad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, ocupación o profesión, lugar de trabajo y teléfono ocupacional"* y *"cuando la información sea recabada en el ejercicio de sus funciones, por magistrados judiciales, fiscales, comisiones parlamentarias o por otras autoridades legalmente facultadas para ese efecto"*.

En Panamá existen dos normas: la Ley 6 de 22 de enero de 2002 que dicta normas para la transparencia de la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y otras disposiciones y la Ley 24 de 22 de mayo de 2002 que regula el servicio de información sobre el historial de crédito de los consumidores o clientes. Se ha incluido en la Ley 6 la acción de *habeas data* y una definición de *Información confidencial*: *"Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios"*. La ley prevé, artículo 13, que *"La información definida por la presente Ley como confidencial no podrá ser divulgada, bajo ninguna circunstancia, por agentes del Estado. En el caso de que la información de carácter confidencial sea parte de procesos judiciales, las autoridades competentes tomarán las provisiones debidas para que dicha información se mantenga reservada y tengan acceso a ella únicamente las partes involucradas en el proceso judicial respectivo"*.

En Brasil la Ley 9.507 del 12 de noviembre de 1997 regula o *direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data*, aquí también varios artículos de esta ley han sido vetados por el Poder Ejecutivo.

En Colombia por el artículo 15 de la Constitución Política: *"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer,*

¹⁰⁹ http://www.camdip.gov.py/leyes/2001/py1682_16012001.pdf

actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley". Una reciente reforma realizada con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas - declarada inexecutable por la Corte Constitucional - permitía interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada sin previa orden judicial.¹¹⁰

En Ecuador, los artículos 30 a 45 de la Ley de Control Constitucional, del 18 de junio de 1997, regulan el *habeas data*. El artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2004, establece que: "*Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República. El uso ilegal que se haga de la información personal, o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes*".

En Perú el artículo 14 del Código Civil, establece que: "*La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden*". La ley 27.806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 13 de julio de 2002, en el artículo 15 exceptúa del derecho de acceso: "*La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado*".¹¹¹

En Uruguay en la Ley 17.838 de Protección de Datos Personales para ser utilizados en Informes Comerciales y Acción de *Habeas Data*, 1 de octubre de 2004, se exceptúa - en el artículo 2 - "*el tratamiento de datos que no sean de carácter comercial como por ejemplo: a) datos de carácter personal que se originen en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, así como los relativos a encuestas, estudios de mercado o semejantes, los que se regularán por las leyes especiales que les conciernan y que al efecto se dicten; y b) datos sensibles sobre la privacidad de las personas, entendiéndose por éstos, aquellos datos referentes al origen racial y étnico de las personas, así como sus preferencias políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a su salud física o a su sexualidad y toda otra zona reservada a la libertad individual*", pero se establece que: "*(...) para la obtención y tratamiento de datos*

¹¹⁰ Por el Acto Legislativo 2 de 2003 (<http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/ACL02003.HTM>) fue modificado el texto original, y a su vez declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816-04 de 30 de agosto de 2004 (http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC816_04.HTM).

¹¹¹ El texto corresponde al artículo 15-B. Información confidencial, inciso 5 según las modificaciones introducidas por la ley 27.927 (3 de febrero de 2003)

que no sean de carácter comercial se requerirá expresa y previa conformidad de los titulares, luego de informados del fin y alcance del registro en cuestión”.

En México no existe legislación federal de protección de datos personales, excepto en algunos aspectos regulados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, 11 de junio de 2002 y la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia, 15 de enero de 2002. Algunas leyes estatales de acceso a la información, como las de Guanajuato, Michoacán de Ocampo y Sinaloa contienen un capítulo dedicado a la protección de datos personales, las tres leyes contienen la obligación de declarar explícitamente la finalidad de las bases de datos generadas y difundidas por los órganos de gobierno, norma que no existe en ninguna otra legislación latinoamericana.¹¹²

En otros países existen leyes de acceso con algunas consideraciones sobre datos personales: Trinidad & Tobago, *Freedom of Information Act*, 5 de noviembre de 1999; Belice, *Freedom of Information Act*, 31 de diciembre de 2000; Jamaica, *Access to Information Act*, 24 de Julio de 2002; y República Dominicana, Ley 200-04 de *Libre Acceso a la Información Pública*, 28 de julio de 2004.

Algunos países han desarrollado además algunas leyes que contemplan la protección de datos desde una visión sectorial, o que se relacionan de alguna forma con los datos personales, por ejemplo:

Argentina: Ley 25.392 de *Creación del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas*, 30 de noviembre de 2000; Ley 6.879 de la Provincia de Mendoza sobre el *Registro de Deudores Alimentarios Morosos*, 26 de febrero de 2001;¹¹³ Ley 23.798 de *Prevención y Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)*, 20 de septiembre de 1990;

Colombia: El artículo 38 de la Ley 23 de 1981 regula los datos de la historia clínica (bajo la forma de revelación de secreto del profesional médico); la Circular 004 de 2003 del Archivo General de la Nación regula “*los espacios destinados al archivo de Historias Laborales, deben ser de acceso restringido y con las medidas de seguridad y condiciones medioambientales que garanticen la integridad y conservación física de los documentos*”;

Costa Rica: Ley General sobre el VIH-SIDA¹¹⁴, artículo 43;

¹¹² En Panamá el proyecto de ley 2004-A-067 para modificar la ley 24 de 2002 explicitaría (artículo 4-A) las “*Finalidades de la base de datos*. Los datos sobre historial de créditos de los consumidores o clientes suministrados por los agentes económicos a las agencias de información de datos, solo será empleada para: 1. Conocer el historial de crédito de los clientes o consumidores, en el preciso momento que estos realicen transacciones bancarias, económicas, financieras, comerciales o industriales, y siempre que medie autorización escrita del cliente o consumidor. 2. Reflejar el movimiento de pagos, abonos y cancelaciones de las obligaciones que mantienen los clientes o consumidores con los agentes económicos. 3. Servir de referencia crediticia, en cualquier momento, cuando el cliente o consumidor autorice al respectivo agente económico a obtener la información contenida en la base de datos para el propósito especificado en la autorización de que se trate. 4. Reflejar el estado de las deudas morosas por más de tres meses de los clientes o consumidores cuyo pago le hubiere sido exigido por el departamento de cobros del respectivo agente económico, y que le haya sido debidamente notificado. 5. Reflejar el estado de las deudas morosas de los clientes o consumidores exigidas por vía de mandamiento de pago judicialmente decretado o por medio de sentencia en firme proferida en proceso ordinario.

¹¹³ http://www.jus.mendoza.gov.ar/rda/ley_6879.htm

¹¹⁴ <http://www.sida.bioetica.org/crleygral.htm>

Chile: Ley sobre cambio de Nombres y Apellidos;¹¹⁵

Ecuador: Ley Reformativa a la *Ley de Discapacidades*, artículo 14 sobre el Registro Nacional de Discapacidades, reglamentado provisoriamente por el Reglamento General de la Ley sobre Discapacidades del 4 de febrero de 1994, ver artículos 51 y 52;

Guyana: *Domestic Violence Act*, 31 de diciembre de 1996 §43.(3); y *Occupational Safety and Health Act*, 9 de diciembre de 1997 §47.(m)

Paraguay: Ley sobre Información de Carácter Privado¹¹⁶;

Perú: Normas reglamentarias para los casos de homonimia¹¹⁷;

Trinidad & Tobago: *DNA Identification Act* [sections 39 & 40];

Uruguay: *Código de la Niñez y la Adolescencia*, 14 de septiembre de 2004, artículos 218 a 222 sobre el registro de información de niños y adolescentes.

Venezuela: *Ley de Transfusión y Bancos de Sangre*, artículo 44; *Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones*.

La jurisprudencia ha tenido la carga de llenar imprecisiones y los vacíos normativos. Algunos ejemplos de casos decididos por los más altos tribunales latinoamericanos son: En Argentina: *Dirección General Impositiva vs. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 1996 (información personal que figura en los registros, archivos y bancos de datos computarizados); *Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida, S.A.* 1984 (derecho a la intimidad - personas voluntariamente públicas); *Granada, Jorge Horacio vs. Diarios y Noticias S.A.* 1993 (responsabilidad por datos erróneos); *Urteaga vs. Estado Nacional* 1998 (acceso a la información); *Ganora vs. Estado Nacional* 1999 (Habeas data puede ser usado para todas las bases de datos gubernamentales); *Lascano Quintana vs. Veraz S.A.* 2001 (información crediticia). En Chile: *Bohme Bascuñán, Manuel vs. Clínica Alemana*, 1992 (filmaciones no autorizadas) y *CODEPU vs. Gendarmería de Chile*, 1995 (micrófonos en cárceles). En Costa Rica: *C. A., E. vs. Aludel Ltda.*, 2000 (información crediticia) y *M. M., C. vs. Aludel Ltda.*, 2002 (exactitud de la información). En Colombia *In re Manuel Cifuentes*, 2000 (habeas data y principio de finalidad). En Panamá: *Guillermo Cochez vs. Ministro de Relaciones Exteriores*, 2002 (la planilla de una institución

¹¹⁵ Ley 17.344 (<http://colegioabogados.org/normas/leyes/17344-cambionombres.htm>). El nombre no es sólo un elemento de individualización, sino que también es expresión de pertenencia étnico cultural; el apellido revela toda una historia familiar o un origen, e incluso aquellos apellidos que han sido traducidos, fonetizados o modificados por los errores de transcripción de los registros civiles estarían mostrando además datos migratorios. También si un apellido es frecuente o raro estaría marcando una vulnerabilidad diferencial para los procesos de búsqueda e identificación, pues una forma de conservar la intimidad es tener un apellido común y caer dentro de la saturación de una búsqueda

¹¹⁶ http://www.ulpiano.com/habeasdata_paraguay_Ley.htm

¹¹⁷ <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/pen55.htm>

gubernamental no es de carácter reservado) y *Aluminio Estructural y otros vs. Director General de Ingresos*, 2002 (la información copiada en ejercicio de la función fiscalizadora es de acceso restringido). En Venezuela: *N. A. y otros*, 1998 (datos sensibles, infección VIH), *R. C. M. y otros vs. Consejo Nacional Electoral*, 2000 (acceso a los padrones electorales) y *G. B., X. vs. Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Lara*, 2002 (redacción de sentencias judiciales); y casos sobre *passagem*¹¹⁸ en Brasil.

En otros países (por ejemplo México y Costa Rica) existen proyectos de legislación sobre protección de datos personales, o de temas conexos, por ejemplo en Guyana *e-Commerce Bill*.¹¹⁹

2. Equilibrio entre acceso a la información y protección de datos personales.

Fundamentalmente las leyes de acceso establecen criterios de confidencialidad y reserva, como una limitación al acceso a ciertos datos en la esfera pública. Los fundamentos son seguridad nacional, intimidación o precaución en ciertos actos preparatorio cuya publicidad podría limitar o impedir su eficacia. El principal problema se produce cuando el Estado acumula datos personales, y el hecho que estén almacenados en la esfera pública no necesariamente los transforma en información gubernamental o de dominio público. Las leyes de acceso suponen, pero no enfatizan, que el derecho de acceso está dirigido a establecer como ejercen los funcionarios estatales sus funciones. Efectivamente, si ciertos datos personales o íntimos son confiados por particulares al Estado para la toma de decisiones, el derecho de acceso no necesariamente alcanzaría la totalidad de esos datos, sino sólo en la medida que esos datos son necesarios para establecer si el proceder del Estado ha sido dentro de la ley; entonces en la gran mayoría de los casos los nombres de las personas no son necesarios para realizar este control ciudadano.

La *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:¹²⁰

10. "Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas."

Introduce dos aspectos muy interesantes. En primer lugar da la sensación de un conflicto o tensión entre la libertad de expresión —y el correlativo derecho de acceso

¹¹⁸ Práctica muy común en Brasil por la que se informa el número de consultas sobre una misma persona realizadas durante un periodo determinado, situación que indicaría —que pese a haber sido buen pagador— podría estar comprometiendo peligrosamente su capacidad de pago.

¹¹⁹ http://www.mintic.gov.gy/documents/Draft_E_Commerce_Bill_2005.pdf

¹²⁰ <http://www.cidh.oas.org/relatoria/spanish/Declaracion.htm>

a la información— y la protección de los datos personales. Sin embargo ciertos aspectos de la protección de datos personales han sido encuadrados dentro del derecho de autodeterminación informativa (mencionado por primera vez por la Corte Constitucional de Alemania). La referencia —entonces— a la libertad de expresión (y no a un derecho de expresión) supone la existencia de dos derechos, el derecho a expresarse y el derecho a no expresarse, y precisamente este último —en realidad ambos— está íntimamente relacionado con la autodeterminación informativa, en el sentido que una persona no podría ser obligada a expresar ciertos datos personales. En la medida que sea posible establecer esta vinculación, y en esa medida, no podrá hablarse de un conflicto entre derechos que generalmente tiende a resolverse prefiriendo la libertad de expresión.

El segundo aspecto que introduce la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* es la categoría de “*funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público*”. Este concepto extensamente desarrollado en la jurisprudencia norteamericana (y la de California en particular) no tiene prácticamente ningún desarrollo legislativo ni jurisprudencial en América Latina.¹²¹ En el Caribe si existen leyes como la de Guyana, *Integrity Comisión Act* (24 de septiembre de 1997) y Trinidad & Tobago, *Integrity in the Public Life Act* (1999) en las que se enumeran los funcionarios públicos cuyos datos personales tienen una menor protección.

Aún así, parece cada vez más necesario generar un marco regulatorio adecuado y eficaz para evitar que el juego de derechos e intereses que están detrás del acceso y de la protección de datos personales no se transformen en riesgos o violaciones. Volviendo a la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* en América Latina, los sistemas de responsabilidad civil (o “*sanciones civiles*”) —en manos de los jueces— son muy disímiles, y aun cuando en algunos países se asemejan a la tradición europea o norteamericana, en la mayoría son económicamente irrelevantes y en algunos casos han sido declaradas inconstitucionales.¹²²

3. Registros Estatales

Tradicionalmente los gobiernos asumieron la responsabilidad de generar y gestionar los registros civiles, de capacidad de las personas y los de propiedad. Hace ya algunos años - y manteniendo aun los libros o fichas como sistema de registro - se fueron generando otros registros públicos, por ejemplo en casi todos los países de la región existen registros de antecedentes penales y carcelarios adecuadamente legislados. Sin embargo, fue en los últimos años que los procesos de informatización de la función pública y la posibilidad de acceder y tramitar vía Internet provocaron la proliferación de todo tipo de sistemas de información con datos personales. En estos casos la

¹²¹ Gary Williams, ¿El derecho constitucional a la privacidad en California, protege a las figuras públicas de la publicación de información confidencial personal?, en *Internet y Sistema Judicial en América Latina — Reglas de Heredia* (2004) 325-338, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

¹²² Ver *José G. Romano Larroca vs. Editorial Perfil S.A.*, probablemente la indemnización más alta concedida en Argentina por invasión a la privacidad (60.000 dólares), y aun así es irrelevante dentro del negocio editorial [<http://lac.derechos.apc.org/clegislacion.shtml?x=9471>].

información - accesible en forma rápida y oportuna - ha sido vista como una necesidad para establecer servicios estatales más eficientes y también más transparentes. En este sentido muchos servicios públicos como escuelas, hospitales, teléfonos, recaudación de impuestos, entre otros, comenzaron a registrar datos personales e información que hace a las actividades de las personas. En algunos casos se trata de información claramente sensible como, por ejemplo niños en riesgo que están recibiendo medidas estatales de protección, pero la gran dificultad consiste en pasar de una definición enumerativa de datos sensibles (como la de la Directiva Europea 95/46/CE) a una definición que surja del uso efectivo que se hace de esos datos; concretamente si esos datos se están o pueden utilizarse para discriminar injustamente.

Algunos servicios de búsqueda en Internet son irrestrictos: *e.g.* **Brasil:** Relação de Apenados (personas privadas de libertad, Estado de Paraíba);¹²³ Relação nominal dos presidiários fugitivos (Estado de Paraíba);¹²⁴ **Costa Rica:** Descarga del Padrón Electoral Ordenado por Número de Cédula,¹²⁵ Registro Nacional (bienes muebles e inmuebles).¹²⁶ Otros requieren la inscripción previa, y se accede con usuario y contraseña, algunos ejemplos son: **Argentina:** Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Provincia de Mendoza);¹²⁷ **Panamá:** Servicio de Verificación de Identidad (Tribunal Electoral);¹²⁸ **Uruguay:** Abogados y Escribanos suspendidos,¹²⁹ además se está planificando la adopción de una historia clínica electrónica única.¹³⁰ Muchos sitios han evolucionado en los últimos años y han suprimido la búsqueda por nombre y apellido, ofreciendo ahora el servicio a partir de un número personal, algunos ejemplos son: **República Dominicana:** Consulta *on line* Al Padrón Electoral;¹³¹ **Uruguay:** Verificación del padrón electoral;¹³² **Venezuela:** Registro Electoral.¹³³

4. Registros Privados

También se han generado exponencialmente registros privados, y en la mayoría de los casos son los mismos usuarios quienes brindan la información. Bancos, empresas de tarjetas de crédito y compañías aéreas son buenos ejemplos de cómo correlacionar datos personales vinculados a actitudes personales, resulta de utilidad como prevención de determinados delitos o la optimización de algunos servicios. Así si el proveedor de una tarjeta de crédito dispone del perfil de consumo de una persona puede detectar en tiempo real alguna compra que presuntamente corresponda a una tarjeta robada, e interceptarla antes de que el delito se consume. Igualmente si una compañía aérea dispone de ciertos perfiles de sus pasajeros, puede optimizar sus servicios y hasta predecir la probabilidad de *no show* de un pasajero en un vuelo.

¹²³ <http://www.tj.pb.gov.br/apenados/index.jsp>

¹²⁴ <http://www.paraiba.pb.gov.br>

¹²⁵ <http://www.tse.go.cr/downloads.html>

¹²⁶ http://196.40.22.13/rnb_inmuebles/inconfinca_id_new.html y <http://196.40.22.13>

¹²⁷ <http://www.jus.mendoza.gov.ar/rda/consultas/index.htm>

¹²⁸ <http://www.tribunal-electoral.gob.pa/servicios/servicios-online/svi.html>

¹²⁹ “Profesionales Suspendidos” en <http://www.poderjudicial.gub.uy/pls/portal30/portal30.rentrar>

¹³⁰ Ver Decreto, <http://www.presidencia.gub.uy/decretos/2003093001.htm>.

¹³¹ <http://web.jce.do/consultas/ced2004.asp>

¹³² http://www.corteelectoral.gub.uy/consweb/hcons_partidos.exe

¹³³ <http://www.cne.gov.ve/ce.php>

Los sistemas de registro de antecedentes crediticios (bureaux de crédito),¹³⁴ han desarrollado un mecanismo de acceso al crédito, fundamentados en la necesidad de procedimientos más eficientes para acceder al crédito a sola firma, sin garantías reales o personales, y la búsqueda de incentivos para el pago, más eficaces que la ejecución judicial, especialmente en el sector del comercio. El acceso y disponibilidad del historial de pago como mecanismo para la concesión del crédito ha sido denominado “democratización del crédito” pues abrió esta posibilidad a sectores cuya única garantía es su condición de buen pagador.¹³⁵

Aprovechando el vacío legal las empresas de riesgo crediticio ocuparon un importante lugar en el mercado, que fue seguido por una creciente litigiosidad. Cuando estas empresas eran pequeñas y nacionales, la informalidad y falta de seguridad en las bases de datos estatales, facilitó que se obtuvieran bases de datos a partir de la compra ilegal de datos. Luego la mayoría de estas empresas en la región o fueron adquiridas por empresas transnacionales (Equifax, por ejemplo) o ésta función comenzó a desarrollarse en las Cámaras de Comercio (en Brasil, por ejemplo), esto llevó a una mayor legalidad en la obtención de datos y suministro de informes.

Sin embargo estos sistemas entran en colisión con los derechos de privacidad e intimidad y son alicientes para la discriminación laboral especialmente cuando se desarrollan en un vacío legal. Efectivamente, uno de los problemas más delicados observados es su incidencia en el acceso al empleo. Desde 2001 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha recibido varias demandas laborales vinculadas con esta actividad, en las que algunas personas fueron despedidas o no contratadas por haber sido testigos o víctimas de delitos o por los informes crediticios de sus familiares. El problema radica en que el empleado o potencial empleado no es informado sobre el pedido de informes y puede ser discriminado sin percibirlo. El tema es aun más crítico cuando se discrimina a un candidato a un empleo por haber realizado en el pasado acciones laborales contra su empleador, esto es posible por la disponibilidad en Internet de los juicios laborales iniciados.¹³⁶

La dificultad reside en que algún organismo de control estatal debería cerciorarse que los datos - que se acumulan y suministran - sean legales y no discriminatorios (por

¹³⁴. En algunos países los antecedentes crediticios son registrados por el Estado, por ejemplo en Argentina quienes libran cheques sin fondo son registrados por el Banco Central y en El Salvador existe una base de antecedentes crediticios administrada por la Superintendencia del Sistema Financiero.

¹³⁵. Rafael del Villar, Alejandro Díaz de León y Johanna Gil Hubert, *Regulación de Protección de Datos y de Sociedades de Información: Una Comparación de Países Seleccionados de América Latina, los Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea*, Banco de México, Documentos de Investigación 2001-7.

¹³⁶. Presionados por quejas y consientes de posibles acciones discriminatorias algunos Poderes Judiciales han desactivado estas funciones de búsqueda en sus *websites*, el Poder Judicial que canceló su buscador formalmente es el Tribunal Superior do Trabalho de Brasil (30/08/2002) precedida por una decisión similar del Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Estado do Mato Grosso do Sul) del 13/12/2001. Ver Mário Antônio Lobato de Paiva, "A difusão de informações judiciais na Internet e seus efeitos na esfera trabalhista"

ejemplo no se podría almacenar información sobre personas infectadas con VIH u otras enfermedades que no impidan socialización), pero esta tarea es de difícil concreción.

Recientemente este mismo procedimiento de almacenar historiales personales se ha extendido a otras actividades, como el mercado inmobiliario, personas que han sido desalojadas por no pagar sus arrendamientos, o bancaria, que va desde libradores de cheques sin fondo a listas de clientes molestos, donde molesto se define como alguien que ha realizado más de dos quejas.

La difusión de información en Internet ha generado algunas situaciones particulares, por ejemplo existen sitios sobre búsqueda libre en Internet por nombre y apellido - no se incluyen los sitios judiciales que serán tratados aparte - : **Argentina:** Personas desaparecidas en la Argentina entre 1975 y 1983,¹³⁷ Personas Desaparecidas y Responsables de desapariciones,¹³⁸ Ex-Alumnos del Colegio Nacional de Buenos Aires;¹³⁹ **Chile:** Médicos Colegiados (Colegio Médico de Chile);¹⁴⁰ **Guatemala:** búsqueda de bodas,¹⁴¹ (corresponde a bodas de hace dos meses y las de los próximos seis meses); **México:** Sociedad Mexicana de Oncológica (profesionales matriculados),¹⁴² Ganadores del sorteo de Libretón (participan en los sorteos mensuales todas las cuentas de ahorro denominadas *El Libretón* de Bancomer BBVA, vigentes al mes anterior a la realización de cada sorteo y cuyo saldo promedio en dicho mes, sea igual o mayor a \$3,000.00. La participación no es voluntaria;¹⁴³ **Uruguay:** Búsqueda de Escribanos Jubilados;¹⁴⁴ **Venezuela:** Egresados de la Universidad de Carabobo.¹⁴⁵

Entre estos algunos tienen características totalmente distintas, pues hacen a personas públicas o a la seguridad pública: **Argentina:** Militares responsables de desapariciones;¹⁴⁶ **Ecuador:** Directorio de Candidatos para las Elecciones del 2002.¹⁴⁷

Esto muestra la necesidad de formular recomendaciones, buenas prácticas y claridad sobre qué tipo de acceso es razonable para cada servicio.

5. Políticas Públicas

5.1. En el Poder Ejecutivo

Prácticamente no existen políticas públicas explícitas sobre acumulación, uso y seguridad de las bases de datos con datos personales. Probablemente la causa se deba a que estos sistemas fueron desarrollados por equipos informáticos, internos o externos, que no percibieron que estos desarrollos podían tener algún impacto en los

¹³⁷ <http://www.sinolvido.org/newQuery.jsp>

¹³⁸ <http://www.nuncamas.org/formularios/formular.htm>

¹³⁹ <http://www.cnba.uba.ar/exalumnos/busqueda.php>

¹⁴⁰ http://www.colegiomedico.cl/medicos_colegiados.asp

¹⁴¹ <http://www.granboda.cemaco.com/buscar.asp>

¹⁴² <http://www.smeo.org.mx/Busqueda.php>

¹⁴³ <http://www.bancomer.com.mx/ganadores/busca13.html>

¹⁴⁴ <http://cavern.montevideo.com.uy/cajanotarial/hbusqueda.cgi>

¹⁴⁵ <http://150.186.52.79:8069/busquedas/egresados/egre.html>

¹⁴⁶ <http://www.nuncamas.org/formularios/respons.asp>

¹⁴⁷ <http://www.viviendolademocracia.org/seccional.jsp>

derechos. Cierta brecha generacional, en la que las autoridades públicas desconocían la arquitectura informática puede haber incidido en la continuidad y crecimiento de estos sistemas.

Ciertamente hay dos puntos débiles en la generación de registros públicos, viz. la falta de una definición previa y explícita de “*finalidad*” en función de la cual podrían definirse políticas que equilibren beneficios con vulnerabilidad; y la inexistencia de políticas de seguridad de los datos, tanto en aspectos prácticos como en sanciones penales y procedimientos probatorios para el robo de información.

En la práctica muchos de los datos acumulados son innecesarios para la función pública, o al menos los beneficios que aporta su almacenamiento son menores que la vulnerabilidad que generan. Por ejemplo, la ley Argentina (pre-informática) de partidos políticos establecía que la Justicia Electoral registrara la afiliación a los partidos políticos, así al afiliarse a un partido se completaba una ficha de cartón que era enviada al registro para verificar que esa persona no estaba afiliada a otro partido. El fundamento de este registro y del procedimiento se relacionaba con la contribución económica que hace el Estado a los partidos políticos, que se realiza en función del número de afiliados. Con la informatización creciente de los últimos años, pareció razonable - claro desde el punto de vista informático, no del jurídico - informatizar estos datos e incorporarlos al padrón electoral. Una vez que la base de datos esta disponible, es natural que se piense en otros usos ajenos a la finalidad original, así fue que un partido político solicitó - en virtud de tratarse de información pública - que se le expidiera una copia del padrón, incluyendo los datos de afiliación. El caso llegó a la justicia electoral y en el fallo es posible ver como los jueces terminan tomando decisiones sin la perspectiva histórica ni analizando las consecuencias en forma amplia.¹⁴⁸

Casos como este pueden extenderse rápidamente a los datos de migración, datos genéticos, escolares, por ejemplo.

5.2. Información judicial

La información judicial representa el paradigma más crítico de información personal y datos personales - i.e. de carácter privado - que ingresan a la esfera pública. Además es frecuente que estos datos se relacionen con aspectos íntimos de las personas, e.g. conflictos interpersonales como divorcios o delitos, responsabilidades, datos de salud. Cuando el dato ingresa en la esfera pública, éste es inmediatamente visto como un dato de acceso público y a veces de dominio público. Guillermo Cosentino ha escrito muchos argumentos que deben ser tenidos en cuenta para entender que esta conclusión no es tan inmediata como parece.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Ver el fallo de la Cámara Nacional Electoral (Argentina): *Susana T. Sánchez Morteo, coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional*, <http://www.ijilac.org/modules.php?name=Articulos&artid=46>

¹⁴⁹ Guillermo Cosentino, “La información judicial es pública, pero contiene datos privados. Cómo enfocar esta dualidad”, en *El acceso a la información judicial en México: una visión comparada* (2005) 247-267, UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1646/19.pdf>

La informatización de la información judicial ha conducido al mismo tiempo a un dilema y a una paradoja. La tendencia predominante en América Latina y el Caribe es la de facilitar el acceso a la información procesal directamente vía Internet, aquí debe entenderse que la ineficiencia (lentitud) que aqueja ya históricamente a los procesos judiciales necesitará reacciones casi heroicas; cuando se pudo ver que disponibilizar datos por Internet era un cambio hacia la eficiencia, no existieron dudas.

La información procesal que se publica hace fundamentalmente a datos y decisiones de las partes, pero la publicación de sentencias judiciales - en las que evidentemente debe estar fundamentado cómo el sistema judicial resuelve los conflictos que le son sometidos - hace inequívocamente a la función pública, y por tanto, debe ser transparente.

Es contradictorio que en algunos países (*e.g.* Ecuador, México) la información procesal tenga amplia difusión en Internet, mientras que prácticamente no se publican sentencias judiciales en los sitios oficiales en Internet. La razón más probable es que muchos jueces están acostumbrados a redactar sentencias - en el mejor de los casos - para ser leídas sólo por juristas - y en el peor de los casos, en un español extraño y primitivo, que oculta imprecisiones y una pobre fundamentación.

La paradoja se presenta cuando se percibe que prácticamente ningún sitio en Internet de los poderes judiciales de la región publica edictos. Los edictos son los documentos judiciales vinculados a datos personales que necesitan mayor difusión y accesibilidad, pues de su acceso depende el derecho de defensa. En teoría los edictos tendrían que resultar accesibles no sólo por buscadores en los sitios judiciales, sino también por buscadores universales (Google, Altavista, Yahoo), en la práctica sólo existe un sitio privado en Ecuador desarrollado por el periódico La Hora con un buscador para edictos.

Todos estos conflictos y paradojas son el resultado de procesos de informatización realizados en un vacío de políticas públicas. Llenar este vacío, proponiendo recomendaciones, fue el objetivo de las *Reglas de Heredia*.

Estas *Reglas* están aún muy lejos de ser el estándar en América Latina y el Caribe, ya que absolutamente ningún poder judicial de la región las cumple en un contexto de transparencia. Existen notables aproximaciones, como la del Poder Judicial de Nayarit (México) que permite acceder a la información procesal sólo con el número de caso, pero no difunde ninguna sentencia; igual situación puede decirse de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, en este caso son sólo accesibles las sentencias de primera instancia y vinculadas al número de caso, o del Tribunal Superior do Trabalho de Brasil, que inhibió la búsqueda procesal por nombre del empleado, pero mantiene la búsqueda sobre las decisiones.

En términos de política pública judicial, está perfilándose una tendencia que se podría traducir así: existe derecho de acceso a la información judicial en función de cierto criterio - jurídico o fáctico - de búsqueda, pero no existe el derecho a una descarga de

la totalidad de las bases de datos judiciales. Esta hipótesis se deduce del hecho que algunos sitios de los poderes judiciales (el primero en América Latina ha sido el Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sur, Brasil) han agregado a la consulta un texto en formato gráfico que es necesario ingresar en forma de caracteres para acceder a los resultados de la búsqueda, este es un procedimiento para evitar que programas o robots generen automáticamente búsquedas que tienen por sola finalidad la descarga completa de la base de datos. Esta práctica es una actividad comercial supuestamente lucrativa, un ejemplo de ello es el Buró de Informaciones Legales (México) que descarga diariamente toda la información procesal publicada por los poderes judiciales estatales y la vende a sus clientes.¹⁵⁰

6. Progreso económico vs. protección de datos

En varios aspectos el uso y difusión de los datos personales es visto como necesario para facilitar el progreso económico. En primer lugar los sistemas de registro de antecedentes crediticios (buró o bureaux de crédito),¹⁵¹ han desarrollado un mecanismo - muy eficiente - de acceso al crédito y de disuasión del no pago de las deudas. Los mecanismos de transparencia son vistos también como una forma eficaz de evitar la corrupción en el sector público.

En general se ha instalado la hipótesis que una sociedad más transparente en instituciones y personas debería conducir a una sociedad con menos conflictos, incluso algunos autores del género de ciencia-ficción han ideado comunidades que han evolucionado para que las mentes de las personas sean absolutamente transparentes y por tanto ya no tenga sentido la mentira.

Si en alguna medida se ha producido esta evolución, ésta ha sido absolutamente asimétrica. Mientras que se pide transparencia para el Estado y para la vida de las personas, las grandes corporaciones mantienen secretos comerciales y todas sus decisiones - como los procesos de contratación de personal - son naturalmente reservadas e indiscutibles. En la práctica son ellas las que han creado listas negras o bases de datos de clientes molestos, que se traducen en mecanismos que tienden a optimizar la rentabilidad de sus decisiones.

Conclusiones

En los últimos años la sociedad latinoamericana se ha visto presionada en diferentes sentidos. Las corrientes contrapuestas de opinión entre Europa y EE.UU., sobre la protección de datos personales, se ven claramente fotografiadas en la legislación o en las lagunas normativas de algunos países en América Latina.¹⁵² Así Argentina es el

¹⁵⁰ <http://www.bil.com.mx>

¹⁵¹ En algunos países los antecedentes crediticios son registrados por el Estado, por ejemplo en Argentina quienes libran cheques sin fondo son registrados por el Banco Central y en El Salvador existe una base de antecedentes crediticios administrada por la Superintendencia del Sistema Financiero.

¹⁵² Ver Carlos G. Gregorio, 'Protección de Datos Personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina', en *'Transparentar al Estado: la Experiencia Mexicana de Acceso a la*

modelo de la aproximación a Europa, y entre los factores que han gravitado es necesario resaltar el uso que las dictaduras militares hicieron de los datos personales en la desaparición de personas. México es el modelo de aproximación a EE.UU. que queda de manifiesto con la fortísima política de transparencia que ha puesto en marcha el gobierno de presidente Vicente Fox, que también debe ser vista desde una historia de opacidad pública.

Además de estos ejemplos - que podrían denominarse *Europa vs. EE.UU.* - que pesa sobre legisladores, jueces, gobernantes y sociedad civil latinoamericana, está presente también otro predicamento mucho más cotidiano, que contrapone “*protección de datos personales vs. progreso económico y social*”.

La amenaza de terrorismo - que ha impactado las prácticas de privacidad en otras regiones - no es quizás la más relevante en América Latina (aunque si hay algún indicio en Colombia); más probablemente las fuertes expectativas sobre la lucha contra la corrupción, eficiencia administrativa, seguridad ciudadana, democratización del crédito, son vistas por muchos como más prioritarias que la protección de la vida privada. El problema surge de la hipótesis subyacente que estima que con un espacio mucho menor de privacidad e intimidad - con personas más transparentes - podría garantizarse una sociedad con mayor estado de bienestar. La idea no es ajena a otros planos de discusión en los que las garantías jurídicas son vistas como un costo muy alto para los ciudadanos “honestos”, el argumento es: “póngase en el lugar de una persona que se llama Juan Pérez que nunca fue parte de un proceso judicial, que paga sus deudas, es propietario de su casa y vive en una familia tipo; y entenderá porque no tiene nada que ocultar”.

La idea de llamarle Juan Pérez es usar nombre que saturaría cualquier búsqueda informática, para resaltar las ventajas implícitas de los grupos suficientemente grandes. Contrariamente las víctimas están mayoritariamente entre las minorías, de allí que la sociedad democrática evolucionó al crear garantías individuales. El concepto tradicional de los derechos de las minorías, ha tenido un amplio desarrollo en instrumentos internacionales (Naciones Unidas) que se basan en la protección de los derechos humanos, las libertades individuales y los principios de no discriminación e igualdad - se estimaba que si se aplicaban efectivamente las disposiciones de no discriminación, serían innecesarias las disposiciones especiales sobre los derechos de las minorías. Hoy la accesibilidad a datos personales - y no necesariamente a datos sensibles - permite construir grupos difusos de personas que coinciden en algún perfil.¹⁵³ De esta forma surgen entre los ciudadanos diferentes

Información’, Hugo Concha Cantú, Sergio López-Ayllón, Lucy Tacher Epelstein (eds.), (2004) <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1407/12.pdf>

¹⁵³ Isidro Cisneros, *Derechos humanos de los pueblos indígenas en México*, 2004, identifica minorías permanentes, ocasionales, móviles, difusas o corporativas, y distingue las “minorías corporativas” — minoría organizada de la subjetividad jurídica a la cual se vinculan por tendencia las pretensiones de actuar en nombre y por cuenta de todos los pertenecientes a la minoría sobre cuya adhesión se reivindica— de las “minorías difusas” —como una minoría no-organizada jurídicamente en términos unitarios, por completo desestructurada, libre por lo que se refiere a la pertenencia y cuyos adherentes

sensibilidades con respecto a algunos grupos: “(...) no es igual pensar en el grupo de personas que alguna vez iniciaron una acción laboral contra su ex empleador; o que se han divorciado recientemente; o que son portadores de VIH, o que son o han sido dirigentes sindicales; ... que en el grupo de personas que han fallado alguna vez en sus obligaciones de pago; o que han sido condenados por algún delito, y (con una sensibilidad aun mayor), por ejemplo, si este delito es una agresión sexual contra niños”.¹⁵⁴ Siempre ha existido demanda sobre los datos personales de alguna persona para predecir su conducta futura, pero los riesgos de tornarlos más accesibles o no, son distintos en cada caso.

El balance que es necesario hacer entre derechos e intereses en juego para inhibir, permitir o facilitar el acceso a ciertos datos personales se asemeja, por ejemplo a una polémica reiterada - al menos en América Latina - en la que se discute y contraponen las garantías del debido proceso con la seguridad pública; o en una versión aún mucho más pedestre: si aumenta la inseguridad pública, algunos piden reducir la edad de imputabilidad penal.

Llevar a la práctica un equilibrio entre derechos supone - en cada caso particular - tener en cuenta, al definir contenidos y forma de acceso, cuál es la finalidad y cuáles son los riesgos. Por ejemplo, el Poder Judicial de Mendoza (Argentina) ha habilitado tres tipos de búsquedas que implican datos personales y las ha desarrollado con tres procedimientos totalmente distintos:¹⁵⁵ el acceso al *Registro de Deudores Alimentarios Morosos* requiere inscribirse e identificarse para la búsqueda; la consulta en el *Registro de Juicios Universales* (sucesiones, quiebras y concursos) es libre, sin identificación del usuario, por nombre y apellido o por documento de identidad, se obtiene información sobre la existencia del proceso, fecha de inicio y el juzgado donde está radicado el juicio; el *Registro de Detenidos* es sólo accesible por el número de expediente y se obtiene información sobre si está detenido o no, además “no se consignarán nombres ni datos personales a fin de proteger la identidad del detenido”.¹⁵⁶ Las formas de consulta y los resultados están orientados a proteger algunos derechos, minimizando los riesgos.

La accesibilidad y difusión de datos permite la generación de clases o minorías difusas, que por su condición pueden ser discriminadas, aun al extremo de no percibirlo. La protección de los datos personales - ya sea como privacidad o autodeterminación informativa - tiene por resultado dificultar la identificación de personas por características íntimas que las hacen más vulnerables. Poner en práctica

no están sujetos a ninguna instrucción particular y pueden ejercer a título por completo individual los derechos, (<http://directorio.cd hdf.org.mx/libros/pueblosindi.pdf>)

¹⁵⁴ En algunos países existe una fuerte corriente de opinión según la cual se demanda un libre acceso a los antecedentes penales de otras personas, hoy la mayoría de las legislaciones en América Latina prevé que éstos son solo accesibles ante el pedido de un juez o de la persona concernida. Ver: *Public Attitudes Toward Uses of Criminal History Information*, 2001, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/pauchi.pdf>.

¹⁵⁵ <http://www.jus.mendoza.gov.ar>

¹⁵⁶ Acordada 18.324 bis (<http://www.jus.mendoza.gov.ar/documental/detenidos/index.php>) de 17 de marzo de 2004

esta protección requiere que la definición de “datos sensibles” y en consecuencia, indiscutiblemente protegidos, no sea una enumeración estática, sino una definición basada en el riesgo de discriminación. Pero mantener un equilibrio de derechos (intimidad, seguridad pública, derecho de defensa, acceso al crédito, etc.) y crear un sistema de vigilancia para detectar qué datos son usados para discriminar y por quiénes, no es una tarea simple, y menos aún en un contexto de presiones e intereses económicos.

El autor

Carlos Gregorio

Director del Instituto de Investigación para la Justicia. Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Consultor del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes –IIN– (Organización de los Estados Americanos),

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES – PERSPECTIVAS DESDE UN INTENTO DE REGULACIÓN EN EL PERÚ

Por: Iván Ferrando

En el presente artículo se pretende dar a conocer el contenido y alcance del derecho a la protección de los datos personales, con el propósito de inducir e influenciar en la necesidad de dictar una Ley sobre la materia, a partir de la cual se pueda superar la actual situación de desprotección que rige en nuestro ordenamiento legal, en relación con un derecho fundamental de las personas consagrado en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución Política de 1993.

Debemos decir que en el desarrollo del presente artículo se hace un estudio del derecho a la protección de datos personales, para a partir de ello, proceder al análisis de su regulación en nuestro ordenamiento constitucional. También se revisará la legislación nacional vinculada con la materia, tal es el caso de la Ley sobre bases de datos de solvencia patrimonial, denominadas en nuestro país como, Centrales Privadas de Información de Riesgos (CEPIRs).

Es nuestro interés demostrar que en un contexto regido por el uso indebido y no regulado de la informática y de las telecomunicaciones, surge la urgente necesidad de proyectar en nuestra legislación una Ley de Protección de Datos Personales, que garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos, limitando el uso de la informática y las tecnologías de la información y comunicaciones para dicho fin. Conviene destacar en este sentido, el Anteproyecto de la Ley de protección de datos personales, publicado mediante Resolución Ministerial 331-2004-JUS, el 23 de julio de 2004, con el cual se advierte que ha existido un avance en la materia que no debe de quedar trunco.

Espero que las reflexiones y propuestas que se ponen a consideración puedan ser de utilidad en el debate de cara al proyecto de Ley de Protección de datos personales que se encuentra pendiente de aprobación.

1.- El tratamiento automatizado de los datos personales en el contexto de la denominada “Sociedad de la información”.

Muchos aún guardamos en nuestra mente la imagen de aquellos archivos manuales, repletos de fichas, ante los cuales teníamos que recurrir cada vez que requeríamos algún tipo de información.

En efecto, esos archivos manuales contenían bases de datos de variada gama y contenido, como por ejemplo el de una biblioteca, la información de nuestra oficina, la información vinculada a nuestro negocio, etc. Indiscutiblemente, asociada a la imagen de tales archivos, están las infinitas búsquedas que se plasmaban en largas jornadas de tiempo y numerosos apuntes que buscaban copiar la información contenidas en tales archivos.

Seguro nos parece tan lejana la experiencia descrita, ahora que estamos rodeados de computadoras y equipos informáticos y que podemos acceder a toda la información que imaginamos y a la que no imaginamos también, con solo hacer un clic con el dedo índice y sin siquiera movernos de nuestra habitación o escritorio. Ahora convivimos dotados del poder de contar con la información que queramos, nuestro acceso a la información es ilimitado y esta capacidad de actuación nos invita a sentirnos invitados y protagonistas de la denominada sociedad de la información¹⁵⁷, fenómeno que es un hito en el desarrollo de la sociedad moderna comparable al establecimiento de la sociedad industrial o post-industrial.

El efecto que tiene en nuestra vida la informática y las telecomunicaciones desbordó cualquier afiebrada imaginación o predicción. Con la convergencia entre la informática y las telecomunicaciones, que originan la telemática, tenemos a nuestra merced a la red de redes, la Internet y el correo electrónico, lo que hace que nuestra sociedad goce de todas las ventajas que supone el acceso de la información, su almacenamiento, su tratamiento y su disposición, ventajas que son un beneficio demasiado grande como para no llevar aparejado determinados riesgos, que el ordenamiento legal se supone debe prevenir y en muchos casos sancionar.

En efecto, los riesgos a los que nos referimos son latentes, ahora con el tratamiento informático de los datos, se pueden generar, de manera increíblemente fácil, bases de datos e intercambiar, ceder o transferir la información contenida en ellas; todo ello con las consecuencias añadidas en caso las citadas acciones se hagan mediante accesos no autorizados o sin consentimiento del titular de los datos personales afectando derechos fundamentales del titular.

Expuesta así la cuestión, es tarea del legislador, en primer término y de la administración, jueces y tribunales, en segundo; regular el ejercicio al derecho de protección de los datos personales, en tanto y en cuanto se trata en sí mismo de un derecho fundamental de la persona, reconocido constitucionalmente, tal como veremos; pero a su vez es una garantía constitucional de otros derechos fundamentales del ciudadano como son el honor y la intimidad personal o familiar.

2.- El Derecho a la protección de los datos personales.

2.1 Un derecho fundamental del ciudadano.

A decir de la doctrina europea, en los últimos años el derecho a la intimidad es uno de los más estudiados, la razón de ello estriba en que el desarrollo de las aplicaciones informáticas, la Internet y el uso de diversos medios que brinda las tecnologías de la

¹⁵⁷ La Sociedad de la Información es un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadano, empresas y Administración Pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera. Concepto contenido en la publicación: La Sociedad de la información en el Perú. Presente y perspectivas 2003-2005 Telefónica. Servicios Editoriales del Perú S.A.C.

información y comunicaciones puede llevar aparejada una fuerte intromisión en el ámbito privado de las personas.

En este orden de ideas, el tratamiento indebido de los datos personales, vale decir, sin el consentimiento del titular de los datos, o en oposición al mismo; debe llevar el reconocimiento de una acción del titular, que le permita resguardar sus derechos. Esta realidad empujaba a los Estados a limitar legalmente el tratamiento indebido de los datos personales acarreando una limitación en el uso de la informática, siendo que, en numerosos casos la actuación del Estado se daba al mayor rango posible, esto es, a nivel constitucional.

Así pues, en el ámbito europeo, la Constitución pionera en lo referente al derecho de protección de los datos personales fue la Constitución Portuguesa, carta magna que en su catálogo de derechos fundamentales, artículo 35, bajo el título “Utilización de la informática”, contiene el siguiente texto:

“1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de los que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos, y de la finalidad a la que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos; así como su actualización.

2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos”.

Como ha sido señalado por diversos juristas españoles, en relación al derecho a protección de datos personales, la Constitución Española de 1978 fue influenciada por su antecesora portuguesa, siendo que en su artículo 18 declara lo siguiente:

Artículo 18

“18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...”

18.4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos...”

Como se puede apreciar, a diferencia de la Constitución Portuguesa, la Constitución Española utiliza una fórmula distinta, puesto que de su redacción se observa que la limitación al uso de la informática y la consiguiente protección de datos personales, se presenta como una garantía de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad.

La posición adoptada por el Constitucionalista español conllevó a entablar un debate acerca de si se consagraba o no la existencia de un nuevo derecho fundamental de protección de los datos personales, independiente del derecho al honor y a la intimidad, tal como sucedía en la Constitución Portuguesa.

Efectivamente, el debate a que nos referimos llegó a ser materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional español¹⁵⁸, máxima instancia constitucional de ese país, entidad que encaró la diferencia entre el derecho fundamental a la intimidad y el derecho fundamental a la protección de los datos personales, decantándose por el reconocimiento del segundo.

A partir de lo anterior El Tribunal Constitucional español, con el devenir de los acontecimientos¹⁵⁹, avanza en su postura inicial y señala que la función del derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución Española) es la de proteger, frente a cualquier invasión que pueda realizarse, en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir de todo conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad; en cambio, el derecho fundamental a la protección de datos personales persigue garantizar a una persona un poder de control sobre sus datos personales, su uso o destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo en perjuicio del titular.

Asimismo, añade que el objeto del derecho a la protección de los datos personales es más amplio que el derecho a la intimidad, entendida en su perspectiva constitucional, dado que su extensión abarcaría una esfera más amplia de bienes de la personalidad que pertenecen a la vida privada.

En buena cuenta, el objeto del derecho a la protección de los datos personales no protege sólo aquellos datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal cuyo empleo pueda afectar los derechos de la persona, aunque tales derechos no tengan la categoría de fundamentales¹⁶⁰.

Finalmente, el Tribunal Constitucional español señala la diferencia en el contenido de ambos derechos, siendo que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; mientras que el derecho a la protección de los datos personales, atribuye a su titular un haz de

¹⁵⁸ A decir de Álvaro Suárez Sánchez León, la primera sentencia del Tribunal Constitucional Español, en analizar el artículo 18.4 de la Constitución y pronunciarse sobre el tema, fue la sentencia 254/93, del 20 de julio de 1993, la que interpreta que el referido artículo incorpora: “Una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza, concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma, en último término, no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”. En: El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores. Revista la Ley, Año XXII, número 5404, octubre, Madrid 2001.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Aliaga Casanova Alfonso Carlos, En: El Teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad. Revista la Ley, Año XXII, número 5398, octubre, Madrid 2001.

¹⁶⁰ Efectivamente los datos materia de protección pueden ser de variada índole. Normalmente aquellos vinculados con la intimidad pueden ser los datos vinculados a ideología, afiliación sindical, religión, salud, vida sexual, antecedentes penales, entre otros. Otro tipo de datos, que podemos ver, tanto en la Ley de Protección de Datos Española, como en la Ley Argentina, son de origen racial o étnico, datos profesionales, datos que en conjunto permitan definir las características de personalidad de un sujeto, aquellos vinculados a registros de solvencia patrimonial, entre otros muchos.

facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos de hacer¹⁶¹.

Cabe mencionar que la concepción de derecho a la protección de los datos personales, a nivel Europeo, ha plasmado finalmente su reconocimiento como derecho fundamental. En efecto, para el ordenamiento jurídico europeo, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, su artículo 8, establece como derecho fundamental el derecho a la protección de los datos personales precisando su contenido y estableciendo la necesidad de que una Autoridad Nacional, de cada Estado miembro, actúe como la entidad encargada de velar por su respeto¹⁶².

2.2. El derecho a la protección de datos personales en nuestro Ordenamiento Constitucional.

Pues bien, en el caso de Perú, fue la vigente Constitución de 1993 la primera que recogió el derecho a la protección de los datos personales. Aunque para muchos esta afirmación pueda resultar novedosa, ciertamente la mención está contenida en el Capítulo I, referido a los derechos fundamentales de la persona, siendo que el artículo 2, inciso 5, señala:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

Inciso 5. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Autonomía del derecho de protección de datos personales.

La redacción del artículo transcrito, como se puede apreciar, guarda vinculación con el ya visto artículo 18.4 de la Constitución Española. En efecto, el texto constitucional, aunque con una redacción menos acertada, desde nuestro punto de vista, pretende recoger una limitación en el uso de la informática en resguardo de un derecho a la protección de datos personales, propio de los ciudadanos, y que puede a su vez servir de medio para garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar.

¹⁶¹ El haz de derechos que se atribuyen al titular de los datos personales esta constituido por los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales.

Estos derechos que se regulan en una legislación de desarrollo, son ejercidos frente al titular del fichero en donde se encuentran contenidos los datos. Respecto a los deberes de hacer que se imponen a terceros estaría, en primer lugar, el deber del titular de la base de datos de solicitar el consentimiento para incorporar los datos personales en una base de datos; así como el de comunicar ante la Autoridad Administrativa correspondiente, la existencia del fichero y su finalidad, entre otras obligaciones.

¹⁶² Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01.

Artículo 8, Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

2. Estos datos se tratarán de manera leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos de carácter personal que le conciernan y a su rectificación.

3. El respecto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

En efecto, desde nuestra perspectiva resulta pertinente afirmar que la Constitución recoge el derecho a la protección de datos personales de forma integral, vale decir, que su reconocimiento no se encuentra supeditado al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. Estos últimos tienen su reconocimiento expreso en el artículo 2 inciso 6 y 4 del texto constitucional, en tal sentido, afirmar que el derecho a la protección de datos personales estaría supeditado al derecho, al honor y a la intimidad personal, o peor aún, que no se encuentra reconocido en la Constitución lo que en nuestra opinión resultaría inadmisibles¹⁶³.

Ahora bien, lo que sí podría haber resultado admisible, tiempo atrás, es que en base a la actual redacción del artículo constitucional, se hubiera suscitado algún debate acerca de la autonomía del derecho a la protección de datos personales respecto del derecho a la intimidad, debate que no ha tenido ningún pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional, pero que de haberse presentado o de presentarse, a la luz del derecho comparado, debería decantarse por la autonomía del derecho a la protección de datos personales.

La inexistencia de una Ley de protección de datos personales podría dar pie para que se pueda mantener el referido debate; no obstante, cabe señalar que el Anteproyecto de la Ley de protección de datos personales, publicado mediante Resolución Ministerial 331-2004-JUS, del 23 de julio de 2004 refiere la existencia del derecho constitucional a la protección de datos personales,¹⁶⁴ reconociéndose de esta manera los antecedentes desarrollados por la doctrina europea y particularmente la española.

Ámbito de aplicación del derecho.

Debiendo quedar zanjado el tema precedente, el otro tema que sí podría ser materia de alguna discusión para nuestra jurisprudencia constitucional, es el de definir si la actual Constitución consagra una interpretación restringida del ámbito de aplicación del derecho, es decir, que la protección de los datos personales se vincula de manera exclusiva a los datos personales considerados como datos íntimos y no respecto de otros datos personales cuyo empleo indebido pueda afectar derechos de la persona, sin que exista una ligazón con el derecho a la intimidad¹⁶⁵.

¹⁶³ En este punto es interesante verificar el contenido del artículo 1 de la Ley 27489 Ley que regula las Centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la Información, cuyo texto es como sigue:

Artículo 1. Objeto de la Ley.

La presente ley tiene por objeto regular el suministro de información de riesgos en el mercado, garantizando el respeto a los derechos de los titulares de la misma, reconocidos por la Constitución Política del Perú, promoviendo la veracidad, confidencialidad y uso apropiado de dicha información.

¹⁶⁴ Artículo 1°.- Finalidad de la Ley.

La presente ley tiene por finalidad regular y garantizar el derecho a la protección de datos personales, cautelando los derechos a la intimidad, identidad, honor y propia imagen.

¹⁶⁵ Considerar esta posición lleva aparejada la complejidad natural de decidir acerca de la existencia de un dato íntimo, circunstancia que no puede depender de una regla general, dado el necesario análisis de las circunstancias que deben considerarse en cada caso.

En este punto la jurisprudencia constitucional española, tal como hemos expuesto, se pronunció claramente a favor de una interpretación amplia de los datos personales que son materia de protección.

Sobre este particular, consideramos que la interpretación restrictiva sería cuestionable.¹⁶⁶ El fundamento de ello, en nuestra opinión, es que la fórmula contenida en el artículo constitucional llevaría implícita un derecho a la autodeterminación informativa de los datos personales. Entendemos bajo este concepto, el derecho de la persona de poder decidir qué datos, propios de su esfera personal pueden ser accedidos por terceros y bajo qué circunstancias y límites pueden ser revelados o cedidos.¹⁶⁷

La autodeterminación informativa de los datos personales, desde la perspectiva expuesta en la definición señalada, coincide con la real dimensión del derecho a la protección de los datos personales tal como es considerada por nosotros, siendo que no compartimos una interpretación restrictiva de este derecho, dado que puede aparejar una situación de desamparo en aquellas circunstancias en que la vulneración de los datos personales no afecte el derecho fundamental a la intimidad; caso en el cual, este derecho por si solo, no brindaría una protección debida y suficiente frente a la nueva realidad ya comentada, derivada de los procesos tecnológicos que imponen las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones.

2.3 Situación del derecho de protección de datos personales en el proyecto de texto constitucional aprobado por el Congreso.

Como es de conocimiento público el Congreso de la República estuvo avocado en la tarea de redactar un nuevo proyecto de texto constitucional.¹⁶⁸ A la fecha, ya ha sido aprobado el texto del artículo 2 de la Constitución, siendo que el inciso 6), referido a la protección de los datos personales, contiene novedades en su nueva redacción.

El nuevo tenor del artículo 2 inciso 5, es el siguiente:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

Inciso 6. A conocer, actualizar, incluir o rectificar la información o datos referidos a la su persona que se encuentre almacenados o registrados en archivos, bancos de

¹⁶⁶ En este punto debemos expresar que el Anteproyecto de Ley de protección de datos personales no realiza un aporte adecuado para superar la interpretación restringida. Ver nota 7.

¹⁶⁷ Según Banon Ramírez, Rogelio, la autodeterminación informativa se define como: *El derecho que asiste a una persona para decidir, por si misma, de que datos pueden disponer otros y en que circunstancias, y con que límites pueden ser revelados en cuanto forman parte de su intimidad*”. En *Visión general de la informática en el nuevo código penal, Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*. Cuadernos de Derecho Judicial XI. CGPJ. Madrid, 1996. No compartimos la definición transcrita, puesto que circunscribe los alcances de la autodeterminación informativa de los datos personales, al ámbito de la intimidad personal y sólo se pronuncia sobre la posibilidad de la revelación y no de la cesión de los datos, conceptos que si bien podrían verificarse conjuntamente resultan ser diferenciados.

¹⁶⁸ Proyecto modificatorio de la Constitución aprobado a nivel de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinde servicio o acceso a terceros. Así mismo tiene derecho a hacer suprimir o impedir que se suministren o difundan datos o informaciones que afecten la intimidad bajo la responsabilidad penal correspondiente”.

Sin duda, con el proyecto constitucional la nueva redacción es más amplia y estaríamos ganando en amplitud de sintaxis; sin embargo, consideramos que ello no nos debe llevar a pensar que la norma refleja una nueva concepción del derecho de protección de datos. Reiteramos en este punto que, a nuestro criterio, el tenor del artículo vigente consagra un derecho fundamental independiente al derecho a la intimidad, siendo así que la amplitud en la nueva redacción del artículo, si bien para algunos podría resultar aclaratoria del tema, no debe calificarse como una nueva posición del legislador constitucional.

Si conviene destacar que la nueva redacción consolida la posición de emancipación del derecho a la protección de los datos personales, toda vez que pretende incorporar los derechos de **acceso**, (*bajo el termino, a conocer*), **rectificación** (*bajo los términos, actualizar, incluir y rectificar*), y **cancelación** (*bajo el término, suprimir*), estos tres derechos son los que conforman el haz de derechos que corresponden al titular de los datos personales y por tal razón, deben ser incluidos y regulados en una Ley de protección de datos personales, norma a la que le corresponde, en definitiva, dar el real contenido del derecho fundamental, regular su ejercicio y delimitar las obligaciones frente a dicho derecho.

En segundo lugar, respecto al ámbito de aplicación del derecho, creemos que la nueva redacción es un aporte en favor de la interpretación amplia, toda vez que consideramos que la segunda parte del artículo, a partir de la palabra “asimismo”, no pretende consolidar una interpretación restrictiva del derecho que vincule su contenido sólo a garantizar el derecho a la intimidad.

En nuestra interpretación de esta parte del artículo, entendemos que la fórmula “suprimir” si se vincula al derecho de cancelación de los datos y este derecho, por su propia naturaleza, puede ser ejercido frente al titular de la base de datos independientemente de la naturaleza del dato, es decir, estemos o no frente a un dato que pueda considerarse íntimo y cuyo tratamiento pueda afectar el derecho a la intimidad de su titular.

Asimismo, vemos que esta parte del artículo se vincula más propiamente a la información y no a los datos, teniendo en cuenta el encabezado del artículo que dice: “...A conocer, actualizar, incluir o rectificar **la información o dato**”. Esta última apreciación nos permite, además, explicar la presencia del término “impedir” que se puede vincular al reconocimiento de una medida cautelar que impida la exhibición de

información que afecta la intimidad de la persona, aunque también la medida cautelar puede tener cabida en el ámbito de protección de los datos personales¹⁶⁹.

Nótese que con la interpretación expuesta no estamos desconociendo la natural vinculación que puede existir entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad, en tanto reconocemos que la naturaleza del primero es, en gran medida, garantizador del segundo. De todas formas, nos resulta indispensable decir que debería existir una norma de desarrollo del derecho constitucional a la intimidad, que defina el contenido, regule su ejercicio y aclare los límites en relación con el artículo analizado.¹⁷⁰

3.- La Ley de protección de datos personales.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, para nuestro ordenamiento jurídico existe recogido, constitucionalmente, un derecho a la protección de los datos personales, este derecho se presenta autónomo, aunque vinculado con el derecho fundamental a la intimidad u otros derechos constitucionales. Se trata de un derecho fundamental que actúa como reservorio de otros derechos, y delimitador de un conjunto de obligaciones, correspondiéndole al legislador regular su contenido y ejercicio a través de una Ley.

Sobre la base de la introducción reseñada en este punto y expuesta la necesidad y justificación de una Ley de protección de datos personales, nos corresponde ahora exponer, cuales deben ser los principios de la referida ley y principales extremos que deben estar contenidos en la misma. En este punto advertimos con agrado, que gran parte de tales principios han sido recogidos en el anteproyecto de Ley de protección de datos personales, aunque en determinados casos sería prudente y conveniente revisar y mejorar las disposiciones del anteproyecto.

3.1.- Principios:

Principio de consentimiento previo.

Cualquier legislación de protección de datos personales que se aprecie de seria, debe incorporar como institución vertebradora de si, el principio del consentimiento previo, que se plasma en la obligación del titular de la base de datos o del fichero, de solicitar de manera expresa el consentimiento previo del titular de los datos para efectos de su

¹⁶⁹ De hecho la aplicación de medidas cautelares es una facultad reconocida a favor de las autoridades nacionales encargadas de la protección de datos personales en aquellos ordenamientos jurídicos en donde ya se cuenta con una legislación sobre la materia.

¹⁷⁰ Como ejemplo de una norma de desarrollo de un Derecho Constitucional, en nuestro ordenamiento, tenemos la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley 27806. Esta norma regula el contenido y el ejercicio del derecho fundamental previsto en el artículo 2, numeral 5, de la Constitución de 1993. En el caso específico del derecho a la intimidad personal y familiar, podemos citar como ejemplo, en el ámbito internacional a la Legislación Española, su Ley Orgánica 1/1982, de fecha 5 de Mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

almacenamiento, tratamiento y cesión. El consentimiento inequívoco del titular es el que otorga la condición de licitud para el tratamiento de los datos personales.

Respecto al consentimiento previo, es obvio que el mismo tendrá excepciones que corresponderá a la Ley delimitar de manera expresa¹⁷¹.

Principio de Información.

Los responsables de bases de datos o ficheros¹⁷² deben informar a los titulares de los datos personales, de la existencia de un fichero, de finalidad de la recogida de los datos y de quienes serán los destinatarios de la información.

Principio de Equidad o Pertinencia.

Conforme a este principio debe existir una equidad en relación a la finalidad del fichero y los datos que pretende tratar, lo que se busca garantizar es que no exista una incompatibilidad entre la finalidad del fichero y los datos personales objeto de tratamiento. A este principio, legislaciones como la española o la argentina, lo denominan como principio de calidad y en él incluyen, además, la disposición de que los datos deben ser ciertos, exactos y puestos al día, a efectos de garantizar que reflejen la situación actual del titular de los mismos.¹⁷³

Principio de Especialidad y Seguridad de los Datos.

Este principio se corresponde con la categorización que debe hacer la ley de los datos personales. Vale decir que no todos los datos personales tienen la misma trascendencia para su titular, ya hemos visto en líneas previas, que existen datos que pueden ser calificados como íntimos y que podrían estar constituidos, por ejemplo, por religión, creencias, salud, vida sexual; versus otro grupo de datos que podrían ser considerados de un menor rango. Esta diferenciación o categorización de los datos, a su vez lleva aparejada las exigencias de niveles distintos en las medidas de seguridad que debe observar el responsable del fichero en el tratamiento de los datos personales.¹⁷⁴

¹⁷¹ Sobre las excepciones a considerar puede revisarse el artículo 7 de la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995. Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹⁷² El responsable del fichero puede ser una persona jurídica o natural, de naturaleza pública o privada que autorizada por una Autoridad Competente de Protección de Datos Personales, tiene la titularidad de un fichero, el mismo que puede ser de naturaleza electrónica o manual.

¹⁷³ La calidad de los datos en este caso también se garantiza con los derechos de acceso, rectificación y cancelación que la Ley garantiza a favor del titular de los datos personales. Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido datos. Artículo 3 del Proyecto 577/98. Proyecto de la Ley de Datos Personales de Argentina.

¹⁷⁴ Sucede que la Ley de Protección de datos debe hacer una categorización de los datos personales, esta categorización puede, por ejemplo, permitir el tratamiento de determinados datos sin consentimiento previo del titular y adicionalmente se vincula con la adopción de determinados niveles de medidas de seguridad por parte del titular, exigiéndose distintos niveles de seguridad al responsable del fichero, de acuerdo a la importancia de los datos personales que son objeto de tratamiento. Las medidas de seguridad a que hacemos referencia están constituidas por obligaciones vinculadas al tratamiento informático y pueden ir desde la exigencia de claves para tener acceso al sistema

Principio de Transferencia Autorizada de Datos.

A este principio se vinculan disposiciones aplicables al supuesto de la cesión de datos personales por parte del responsable del fichero, siendo que existe un acoplamiento de este principio con el del consentimiento previo, pues la cesión de datos también debe ser consentida por su titular, quien para ello debe ser informado de la finalidad de la cesión, de los posibles cesionarios y del destino que se dará a los datos materia de cesión.

3.2.- *Derechos de los Titulares de los Datos Personales.*

La Ley debe hacer referencia a los derechos de las personas por su calidad de titular de datos personales. Sobre el particular, la legislación comparada es unánime al considerar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.¹⁷⁵

Estos derechos se ejercen ante el responsable del fichero, quien tiene como contrapartida la obligación de atender las solicitudes presentadas por los titulares en el ejercicio de los mencionados derechos.¹⁷⁶

Derecho de acceso: Este derecho permite al titular, no sólo cerciorarse de la exactitud de los datos; sino también de la licitud de su tratamiento, lo cual le permitirá el ejercicio de su derecho de rectificación o cancelación que mencionamos a continuación o el ejercicio de cualquier acción de índole administrativa o civil.

Derecho de rectificación: Este derecho permite al titular actualizar sus datos personales y velar por la exactitud de los mismos.

Derecho de cancelación: Este derecho otorga a su titular la posibilidad de solicitar la cancelación de sus datos impidiéndose cualquier tratamiento de los mismos.

administrado por fichero hasta un registro pormenorizado de accesos y la exigencia de que el tratamiento de datos se realice utilizando mecanismos de cifrado.

¹⁷⁵ Conforme al proyecto de Ley modificatorio del artículo constitucional, tal como hemos visto anteriormente estos derechos tendrían en el nuevo texto constitucional el siguiente paralelismo: acceso (conocer), rectificación (actualizar, incluir y rectificar), y cancelación (suprimir).

¹⁷⁶ La Ley de Protección de Datos Personales de España, contiene otros derechos que pueden ser materia de consideración por el legislador peruano.

Es el caso del derecho de impugnación de valoraciones, artículo 13 de la Ley Española, conforme a este derecho se permite al titular impugnar los actos administrativos o decisiones privadas, basados en un tratamiento de datos personales como mecanismo de valoración de determinados aspectos de su personalidad.

Otro derecho recogido en el artículo 14 de la Ley Española, es el derecho de consulta, el mismo que se ejerce ante la entidad encargada de llevar la Autoridad Administrativa de Protección de Datos Personales encargada de llevar Registro General de Protección de Datos, donde se centraliza toda la información relacionada con el tratamiento de datos personales que haya sido registrada de una persona.

3.3.- *Ficheros de Titularidad Pública o Privada*

En este tema corresponde a una Ley de protección de datos personales establecer disposiciones acerca del tratamiento de ficheros, considerando para ello la titularidad de los mismos. Debe tenerse presente que las disposiciones de la Ley resultarán aplicables tanto para ficheros de titularidad de entidades públicas como privadas y en base a ello existirán disposiciones particulares aplicables para cada caso. Es el caso, por ejemplo, de los ficheros de titularidad estatal a cargo de entidades policiales, militares o registros de antecedentes penales, para los cuales debe preverse la posibilidad de un régimen diferenciado en el marco de la Ley de protección de datos personales excluyéndolos de determinadas obligaciones que resulten aplicables a los ficheros de titularidad privada.

El sometimiento de los ficheros de las entidad públicas a una Ley de protección de datos personales es de aceptación generalizada, de forma incuestionable a nivel de legislación comparada, sin que se admita discusión sobre el particular. Conviene decir en este punto que en el caso de los ficheros de entidades públicas el tratamiento legal podría distinguir entre aquellos ficheros donde consten datos de los administrados, creados en el ejercicio de sus funciones administrativas; y aquellos otros propios de su administración interna, como puede ser el caso de su personal o similares, siendo lo propio que en el caso de estos últimos rija un tratamiento que garantice los derechos de los titulares de manera similar a los ficheros de titularidad privada.

Es interesante manifestar que en nuestro caso, con la reciente modificación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se ha incorporado una excepción al derecho de acceso a la información pública que tiene el ciudadano, esta excepción la constituye la información confidencial, en donde se incluye aquella referida a datos personales¹⁷⁷.

En todo caso, vemos que la regulación de los ficheros públicos en una Ley de protección de datos personales, constituirá un factor de apoyo al cumplimiento de dicha disposición, puesto que permitirá dar objetividad a la decisión del funcionario público en cuanto a la calificación como información confidencial respecto de los datos personales, dando un marco conceptual que limite el uso indebido de una facultad de discrecionalidad sobre la materia.

3.4.- *Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.*

En el modelo adoptado por la Unión Europea, la legislación de protección de datos personales impone a los Estados miembros la constitución de una Autoridad

¹⁷⁷ Ley 27927, Ley que modifica la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada el 4 de febrero de 2003.

Artículo 15 B Excepciones al derecho de acceso: Información confidencial:

5. *La información referida a los datos personales* cuya publicidad constituya una invasión a la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado.

Nacional, organizada como una entidad pública, autónoma e independiente, con personería jurídica propia encargada de velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos¹⁷⁸.

Esta autoridad debe estar provista de las siguientes facultades administrativas: normativa, fiscalizadora, resolutive y sancionadora, previstas por la correspondiente Ley de Protección de datos personales y su normativa complementaria. Asimismo, debe existir un régimen de infracciones y sanciones, que además de ser suficientemente disuasivo, sea, sobretodo, proporcional con la gravedad de las infracciones materia de tipificación legal.

Considero que la implementación de una autoridad nacional en materia de protección de datos personales es evidentemente necesaria, siendo el modelo europeo un ideal a considerar; sin embargo, sería perfectamente válido considerar como una alternativa a dicho modelo, el encargar las competencias de dicha autoridad en alguna entidad pública existente. En este punto puede tenerse en cuenta la experiencia argentina, en cuyo caso la autoridad nacional de protección de datos esta constituida como una Dirección Nacional dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia y Culto¹⁷⁹.

En efecto, notable avance sería para nuestro ordenamiento, el hecho de contar con una entidad pública que actúe como autoridad nacional en materia de protección de datos personales, lo que no obstaría que a futuro se contemple la posibilidad de implementar una entidad ad-hoc en los términos que reconoce el modelo europeo.

Sea cual fuere la decisión respecto a la autoridad nacional, debe advertirse que existiría una duplicidad de funciones para con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual – INDECOPI, organismo que, acorde con la Ley 27489 – Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de “protección al titular de la información”¹⁸⁰, a la cual nos referiremos mas adelante, tiene atribuidas competencias en materia de procedimientos administrativos así como facultades sancionadoras.¹⁸¹

Las atribuciones de que goza el INDECOPI, específicamente de la Comisión de Protección al Consumidor, le han sido otorgadas considerando una remisión a la legislación sobre protección a los consumidores, es decir se asemeja la figura del titular de datos personales al concepto de consumidor; sin embargo, esta posición

¹⁷⁸ En nuestro caso el modelo de la autoridad nacional sería similar al régimen otorgado a los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos (Ver Ley 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos).

¹⁷⁹ Ver Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales en Ministerio de Justicia y Culto. <http://www.jus.gov.ar>

¹⁸⁰ Pongo la frase entre comillada toda vez que como expondré mas adelante la protección al titular de los datos conforme a dicha ley sólo se presenta en la literalidad de su título.

¹⁸¹ Esta Ley en su artículo 21 otorga competencias a favor de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

resulta cuestionable dado que, como ha sido expuesto, la normativa sobre protección de datos personales cuenta con una autonomía conceptual y por tanto debe gozar de su propia estructuración normativa desarrollada a partir de la Ley de protección de datos personales cuyo ámbito de aplicación abarcaría también a aquellos sujetos dedicados al tratamiento de datos personales por medio de ficheros de solvencia patrimonial, conocidos en nuestro medios bajo el término de CEPIRS, Centrales privadas de información de riesgos regidos a la fecha exclusivamente por la Ley 27489.

Dicho esto, lo prudente y necesario sería que sea sólo la autoridad nacional de protección de datos, la que goce de las facultades normativas, administrativas y sancionadoras en materia de protección de datos personales, conviniendo recordar que las sanciones a ser aplicadas deberán estar aprobadas por la Ley de protección de datos personales y no por la autoridad nacional competente en uso de sus facultades normativas, ello en aplicación del principio de legalidad también recogido en nuestro ordenamiento legal.¹⁸²

3.5.- Medidas de Seguridad.

Considerando que la Ley de protección de datos personales incluye también a los datos de carácter sensible, como es el caso de los referidos a ideología, religión, creencias, origen, raza, salud, vida sexual, debe exigir el cumplimiento de determinadas medidas de seguridad de naturaleza informática que permitan garantizar un adecuado tratamiento de los datos personales. Dichas medidas de seguridad pueden ser de diferente nivel en atención a la calidad y naturaleza de los datos personales materia de tratamiento, vale decir, que en el caso de datos sensibles, se exigirán las medidas de seguridad de un nivel avanzado, mientras que en otros casos bastaría exigir el cumplimiento de medidas de seguridad de nivel básico o medio. Consideramos que la norma reglamentaria es la encargada de definir estos aspectos.¹⁸³

4.- Los ficheros Sobre Información de Créditos y Solvencia Patrimonial.

Mediante Ley 27489, publicada el 11 de junio de 2001,¹⁸⁴ se aprueba la Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de protección al titular de

¹⁸² Ley 27444 publicada el 11 de abril de 2001. Capítulo II Procedimiento Sancionador. Sub-Capítulo De la Potestad Sancionadora.

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora.

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de la libertad.

¹⁸³ De forma meramente enunciativa podrían considerarse como medidas de seguridad los siguientes conceptos: Ej: Medidas de nivel básico: Medidas de autenticación e identificación de usuario, establecimiento de contraseñas, almacenamientos con accesos restringidos, copias de seguridad back up. Ej. Medidas de nivel alto: Tratamiento de datos gestión de soportes utilizando mecanismo de cifrado de accesos con identificación, hora, fecha, ruta de recorrido del usuario, etc.

¹⁸⁴ Modificada por la Ley 27863, publicada el 13 de noviembre de 2002.

la información, en adelante Ley de CEPIRS. Se trata de una legislación parcial aplicable únicamente a aquellas entidades administradoras de ficheros de solvencia patrimonial. Resulta a todas luces evidente que de contar con una Ley de protección de datos personales, la Ley de CEPIRS se encontraría sometida a los principios y disposiciones de aquella.

En efecto, con la dación de la Ley de Protección de datos personales no sería admisible un régimen diferenciado para la protección de datos de naturaleza patrimonial, debiendo existir un régimen único en los siguientes aspectos: Derechos del titular de los datos personales, Autoridad de protección de datos personales, régimen de infracciones y sanciones, procedimiento administrativo, obligaciones del encargado del tratamiento de datos, medidas de seguridad, entre los principales.

Sería incorrecto afirmar, que la Ley de CEPIRS desarrolla el derecho a la protección de datos personales, su perspectiva es más bien la de regular el suministro de información de riesgos en el mercado, esta apreciación es importante en tanto que explica la inobservancia a principios medulares garantizadores del derecho del titular de los datos, que son reconocidos como propios de una legislación de protección de datos personales.

Es importante reconocer que la normativa sobre ficheros de solvencia patrimonial puede admitir ciertas excepciones en cuanto a la regulación de los derechos del titular de datos personales, ello se explica bajo el entendido que la seguridad del mercado es un valor que puede ponderarse favorablemente, sin embargo, en ningún caso es admisible desconocer los derechos del titular de los datos o aceptar una regulación que en la práctica consagre los efectos de su desconocimiento. La propia Ley de CEPIRS reconoce este aspecto. Al declarar que garantiza el respeto a los derechos de los titulares de la información, reconocidos por la Constitución Política del Perú, promoviendo la veracidad, confidencialidad y uso apropiado de dicha información.

No obstante, el interés declarado por la Ley de CEPIRS, en nuestra opinión existe una abierta contradicción entre dicho interés y sus disposiciones, las cuales suponen una regulación que en la práctica perjudica los derechos del titular de la información, al punto de amparar la vulneración del derecho constitucional a la protección de datos personales o si se quiere privilegiando un abuso de derecho a favor de los administradores de los ficheros de solvencia patrimonial.

Para ilustrar lo anteriormente expuesto recurrimos a exponer algunos aspectos de la Ley de CEPIRS, demostrativos de lo que se puede llamar la consagración de la desprotección de los titulares a favor del usufructo abusivo de los datos personales por parte de los administradores de ficheros de solvencia patrimonial, lo que va en abierta contradicción con el objeto de la propia Ley.

- Los administradores de las CEPIRS no tienen la obligación de comunicar a los titulares de los datos la existencia de información personal. Esta omisión conlleva a limitar o negar la posibilidad de que los titulares de los datos personales puedan hacer valer sus derechos de modificación o rectificación y de cancelación. La comunicación

debe darse por ser una garantía para el ejercicio de los derechos de los titulares que no puede ser negada por su condición de acreedores.

- La información sobre solvencia patrimonial puede seguir siendo administrada por la CEPIRS aún cuando las obligaciones hubieran sido extinguidas, es decir, si se verifica el pago de una obligación dicha información no es eliminada sino hasta los 2 años posteriores al pago.

- Pese a existir un deber de seguridad que obliga a que los administradores de las CEPIRS deban adoptar medidas de seguridad para proteger la información que poseen, dicho deber de seguridad constituye una declaración genérica de buena voluntad, en tanto su inobservancia carece de efectos pues no existe ninguna disposición reglamentaria que desarrolle cuales serían las medidas de seguridad y ni siquiera se tipifica una infracción por la omisión de medidas de seguridad.

- Los administradores de las CEPIRS no se encuentran prohibidos de ceder la información que posean. Evidentemente, esta situación hace palpable la desprotección en la que se encuentra el titular de los datos personales y nos releva de mayor comentario, ciertamente explica también la inexistencia de obligaciones relacionadas con medidas de seguridad señalada en el párrafo precedente.

- No existe un régimen de infracciones que permita una adecuada aplicación de sanciones por el incumplimiento de las disposiciones de la propia ley. Sólo han sido tipificadas las infracciones por negar el derecho de los titulares al acceso, rectificación, modificación o cancelación; así como por no actualizar la información que administran. Con la aprobación de las sanciones por parte de la Ley de protección de datos personales, se podría gozar de un régimen sancionador unificado y subsanar el vacío legal presente en la Ley 27489 que omite prever sanciones para el caso de determinadas infracciones que puedan ser cometidas por las CEPIRS.

En resumidas cuentas, es necesario reiterar que la Ley de CEPIRS debe someterse a los principios y disposiciones de la Ley de protección de datos personales lo que supondrá la derogación de diversas disposiciones de la primera.

El autor

Iván Ferrando

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado cursos de postgrado en Fiscalidad Internacional, Derecho de Competencia y Contratación Electrónica, en las Universidades Complutense de Madrid y Castilla-La Mancha. Master en Derecho de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid. Asesor de la Secretaría de la Gestión Pública - Presidencia del Consejo de Ministros del Perú.

LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Por: Galina Tapia

En la actualidad, la configuración del derecho a la protección de datos como un derecho fundamental de tercera generación¹⁸⁵ es una realidad en Europa y en muchos Estados de Latinoamérica¹⁸⁶; habiéndose desarrollado incluso a nivel legislativo, el contenido, medidas de seguridad y otras peculiaridades inherentes a la materia de protección de datos personales.

Para el caso de la República Dominicana (RD), el derecho a la protección de datos no tiene de manera expresa rango constitucional ni un desarrollo legislativo general y completo que lo regule. Debido a esto, la protección de datos personales (PDP) en RD como derecho fundamental se sitúa en: i) la discusión tradicional de la confección del derecho a la PDP sobre la base del derecho fundamental a la intimidad¹⁸⁷; y ii) la discusión de si la inclusión y aceptación de la PDP como un derecho con rango constitucional se deriva de la estructura *apertus clausus* de la Constitución respecto a los derechos constitucionales.

El derecho fundamental a la intimidad se puede conceptualizar como la prerrogativa que tiene toda persona a proteger y a no ser perturbado en su vida privada. La Constitución de la RD contempla, en su artículo 8, una serie de derechos individuales y sociales que van destinados a afirmar la integridad moral de la persona, como expresión concreta de su dignidad, a proteger la integridad física y el despliegue de la libertad de los individuos¹⁸⁸; no obstante lo anterior, en la Constitución dominicana no se encuentra recogido de forma expresa el derecho a la intimidad.

En este sentido, hay que especificar que los lineamientos generales en materia de derechos fundamentales de la Constitución de la República Dominicana datan del año

¹⁸⁵ Los derechos fundamentales de tercera generación son aquellos que superan el ámbito individualista y abarcan aspectos de interés general, como el derecho a la protección del medioambiente, protección del consumidor y la protección de datos de carácter personal.

¹⁸⁶ Artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículo 35 de la Constitución de Portugal; artículo 18.4 de la Constitución de España (con desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional español); artículo 10 de la Constitución de Perú; artículo 43 de la Constitución de Argentina; artículo 28 de la Constitución de Venezuela; y artículo 15 de la Constitución de Colombia

¹⁸⁷ Además del derecho a la intimidad, existen otros derechos fundamentales que están relacionados y que pueden servir de base para la edificación del derecho a la protección de datos, como es el caso del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones que está contemplado de manera expresa en el artículo 8.9 de la Constitución dominicana. Ahora bien, en el plano doctrinal internacional es aceptado que el derecho fundamental “antecesor” del derecho a la protección de datos es el de la intimidad, aun cuando hay algunos doctrinarios que sitúan su configuración en base a la conjunción de varios derechos fundamentales. En esta ocasión, se referirá como derecho fundamental antecesor del derecho a la protección de datos personales, el derecho a la intimidad.

¹⁸⁸ Perez Luño, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, Octava Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2004, p. 175.

1844¹⁸⁹, y en el momento de su confección estuvo influenciada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la Constitución de Cádiz, España¹⁹⁰. Debido a la influencia norteamericana¹⁹¹, la Constitución dominicana tiene una estructura *apertus clausus* respecto a los derechos fundamentales, cuando consigna en su artículo 10: “la enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”; además, el artículo 3 de la Constitución establece que: “la República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y Americano en la medida que sus poderes públicos las hayan adoptado”.

De esta forma, si un derecho fundamental no se encuentra consignado en la Constitución, pero sí es desarrollado en una norma legal de la RD o en un tratado o convenio internacional aprobado por las autoridades correspondientes, se deberá entender dicha regulación o convenio internacional como eficaz y estará por ello protegido, dicho derecho, por las garantías que a tal efecto existan.

La RD es signataria de varios instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la intimidad: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. De esta manera, el derecho a la intimidad, por aplicación de los artículos 3 y 10 de la Constitución, queda incorporado al bloque de derechos constitucionales en la RD.

Por otra parte, es aceptado hoy día que el derecho a la intimidad “*ha superado la tradicional concepción del derecho a la intimidad como derecho a ser dejado en paz, para acoger en su ámbito una esfera de protección positiva, que se manifiesta en el reconocimiento de determinadas facultades para exigir y facilitar un ámbito de libertad y el pleno ejercicio de los derechos de las personas; en definitiva, se aspira a garantizar el control de la información que nos concierne y que otros conocen de nosotros, no se trata de reaccionar cuando nuestra intimidad se ha visto vulnerada, sino de exigir positivamente del Estado deberes de tutela del derecho, y en todo caso, de garantizar facultades para la tutela y defensa de las libertades de la persona*”¹⁹².

Ahora bien, por el desarrollo y uso incesante de las nuevas tecnologías en todas las actividades de la sociedad, se ha advertido el peligro de la utilización de las mismas

¹⁸⁹ A la fecha, la Constitución dominicana ha sido modificada en 38 ocasiones; siendo la última modificación en el año 2002.

¹⁹⁰ Jorge Prats, Eduardo. *Derecho Constitucional*, vol. I, Primera Edición, Gaceta Judicial, Colección Manuales, República Dominicana, 2003, pp. 32 y ss.

¹⁹¹ La IX Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica establece que: la enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo

¹⁹² Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Protección de Datos en la Sociedad de la Información*, Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos no. 26, Bilbao, España, 2003, pp. 10-11.

en detrimento de la intimidad de los individuos por la posibilidad de tratamiento irracional, ilícito e ilegítimo de la información personal de estos¹⁹³. Es así como *“la doctrina relativa al derecho a la intimidad va evolucionando y partiendo de un derecho pasivo de primera generación que proclamaba la “no injerencia en la vida privada” del individuo, llega a reivindicar un derecho de libertad informática o control de los datos personales incluidos en un fichero”*¹⁹⁴.

De esta manera, y como respuesta al avance de la sociedad de la información, surge el derecho a la protección de datos como un derecho personal que garantiza el pleno desarrollo de la personalidad individual y el libre ejercicio de los derechos de un individuo, al momento de otorgar a este la facultad de determinar por sí mismo el tratamiento de sus datos por terceras personas¹⁹⁵. Así, podría conceptualizarse PDP como: *“la protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos de carácter personal, o de otra forma, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización de terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para confeccionar una información que, identificable con él, afecta a su entorno personal, social o profesional”*¹⁹⁶.

Por lo anterior, es innegable la configuración propia y delimitada del derecho a la protección de datos personales, aun cuando haya tenido inicialmente fundamento en el derecho a la intimidad, puesto que las complejidades que surgen en la sociedad de la información hacen necesario configurar formas adecuadas de respuesta a las posibles transgresiones al individuo por el uso de esas tecnologías. Además, la tradicional concepción del derecho a la intimidad no es suficiente para enfrentar las situaciones creadas por la aplicación de las nuevas tecnologías. *“Los tradicionales derechos fundamentales tienen en su origen una configuración pre-informática, que los pudiera hacer ineficaces para la defensa de los ciudadanos en la sociedad de la información. En efecto, desde una concepción tradicional de los derechos individuales, no es posible articular satisfactoriamente el sistema de protección de datos personales, ya que quedaría reducido a un derecho compensatorio y de naturaleza represiva. Y así, la consideración de derecho fundamental autónomo asegura un fortalecimiento de las garantías constitucionales, en tanto que permite la aplicación de cuantas medidas se reconocen constitucionalmente para la defensa de los derechos fundamentales”*¹⁹⁷.

Por otro lado y siguiendo con el esquema inicial de situar la PDP como un derecho de rango constitucional en la RD, hay que insistir en lo contemplado en el artículo 10 de la Constitución dominicana: todo derecho que no sea vislumbrado en el artículo 8 de la Constitución no será excluido, siempre y cuando tenga igual naturaleza que esos

¹⁹³ Bel Mallén, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto (Coords.). *Derecho a la Información*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 2003, p. 352. Pérez Luño, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, cit. 4, pp. 176-177

¹⁹⁴ Conde Ortiz, Concepción. *La Protección de Datos Personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de Intimidad y Privacidad*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2005, p. 27.

¹⁹⁵ Idem, p. 28. Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Protección de Datos...* cit. 8, pp. 14-16.

¹⁹⁶ Conde Ortiz, Concepción. *La Protección de Datos Personales*, cit. 10, p. 29.

¹⁹⁷ Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Protección de Datos...* cit. 8, p. 19.

derechos. De lo anterior se infiere que si una disposición legal de la RD recoge el derecho a la protección de datos, el mismo quedaría asimilado, en virtud del artículo 10 de la Constitución, como un derecho de rango constitucional.

En tal sentido y al efecto, la RD posee leyes y normas que contemplan la PDP, así tenemos:

1. Ley no. 183-02, de fecha 20 de noviembre del 2002, sobre el Sistema Monetario y Financiero de la República Dominicana.

El artículo 56 de esta Ley estipula que el sistema de información de riesgo suministrará información veraz, precisa y exacta de los datos de los deudores. Establece un plazo para la conservación de los datos, de 10 años; además, de consagrar el principio de finalidad de los datos.

2. Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, no. 200-04, del 13 de julio del 2004.

De acuerdo a esta Ley, cuando una persona solicite información a una Institución del Estado y esta *“afecte intereses o derechos privados preponderantes”*, como es el caso de *“datos personales cuya publicidad pudiera significar una invasión a la privacidad personal (...) cuando se trate de datos personales, los mismos deben entregarse sólo cuando haya constancia expresa, inequívoca de que el afectado consiente en la entrega de dichos datos o cuando una ley obliga a su publicación”* (art. 18).

De esta manera, se establecen normas básicas para configurar los principios de licitud y legitimidad para el tratamiento de datos personales. De igual forma, el artículo 18 contempla dos excepciones a la licitud y legitimidad del tratamiento de los datos personales: i) que el interesado demuestre que esos datos personales son de interés público; y ii) que esos datos personales sean necesarios para dilucidar alguna investigación que lleve a cabo otro órgano de la Administración pública.

3. Ley no. 126-02, sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales y su Norma Complementaria sobre Protección de Datos de Carácter Personal por los Sujetos Regulados.

Esta Ley y su Reglamento de aplicación, facultan al Instituto Dominicano de Telecomunicaciones (INDOTEL) a ser el órgano regulador de los Sujetos Regulados normados por dicha Ley 126-02 y sus Normas Complementarias, y en consecuencia, a producir *“las regulaciones relativas a la protección de los datos de carácter personal de los Suscriptores de Certificados a ser aplicadas por las Entidades de Certificación y las Unidades de Registros”* (art. 21, literal c del Reglamento de aplicación de la Ley 126-02).

Así, mediante Resolución no. 55-06, del 23 de marzo del 2006, fue aprobada la Norma Complementaria sobre Protección de Datos de Carácter Personal de la Ley 126-02. Esta Norma Complementaria tiene como objeto regular de manera

especializada el tratamiento que hacen los Sujetos Regulados de los datos personales de los suscriptores y usuarios de los servicios de certificación y de firma digital que ellos prestan. Se regula en esa Norma: los principios de la protección de datos, el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales, las medidas de seguridad, los derechos de acceso, información, rectificación y cancelación de los datos y el régimen sancionador de las faltas cometidas en detrimento de lo regulado en esa Norma Complementaria.

4. Ley no. 288-05, sobre las Sociedades de Información Crediticia y de Protección al Titular de la Información.

En general, esta Ley norma lo concerniente al tratamiento de los datos de solvencia patrimonial por las Sociedades que prestan el servicio de ceder información crediticia de las personas. En ella se contemplan principios de protección de datos, cuestiones sobre el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos, los derechos del titular de los datos personales y el procedimiento para ejercer tales derechos, así como el régimen sancionador por las faltas cometidas a lo estipulado en esta Ley.

5. Proyecto de Código Penal Dominicano.

El Capítulo VI del Proyecto de Código Penal Dominicano, sobre atentados a la personalidad, tipifica *grosso modo* el tratamiento ilícito de los datos sensibles por una persona, sea dicho tratamiento automatizado o no.

Por otra parte, hay que destacar que la República Dominicana participó en la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, de fecha 14 y 15 de noviembre del 2003, donde se concluyó con la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, en cuyo punto no. 45 los Jefes de Estado y de Gobierno reconocían y se encontraban “*conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas*”. Aun cuando una Declaración no es vinculante para un Estado, la misma demuestra la voluntad de dicho Estado de abocarse a cristalizar y positivizar ese derecho en su legislación interna.

En el plano internacional y en aplicación del artículo 3 de la Constitución dominicana, RD no es signataria de ningún Convenio internacional en materia de PDP, v. gr. el Convenio no. 108, de 28 de enero de 1981, del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que está abierto para la adhesión de terceros Estados no pertenecientes al Consejo de Europa¹⁹⁸.

Ahora bien, cabe preguntar ¿es posible asimilar el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental en la RD?

¹⁹⁸ A la fecha, ningún Estado no perteneciente al Consejo Europeo ha realizado el procedimiento de adhesión del Convenio no. 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

En el plano internacional, la discusión sobre el reconocimiento del derecho a la protección de datos como un derecho fundamental de tercera generación, independiente del derecho a la intimidad, ha sido superada, aceptándose este en los Estados de la Unión Europea y en Estados de Latinoamérica.

Por la interpretación del artículo 10 de la Constitución dominicana, el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental que tiene la misma naturaleza jurídica que los consignados en el artículo 8 de la Carta Magna; y como el mismo artículo 10 no limita la asimilación de esos derechos a un tipo de norma en especial (v. gr. en aplicación conjunta con el art. 3 de la Constitución), cualquier marco legal válido en la RD que desarrolle este derecho puede servir de soporte para que se produzca esa asimilación de derechos no contemplados en la Constitución o los de nueva generación a los previstos en el artículo 8 de la Carta Magna dominicana.

De acuerdo a esta interpretación del artículo 10 de la Constitución dominicana, al existir leyes en RD que desarrollan el derecho a la protección de datos, dicho derecho queda configurado con rango constitucional, sirviéndose de las garantías existentes para su cabal respeto y vías de su ejercicio.

De todas formas, este ejercicio de configuración de la protección de datos como un derecho fundamental en la RD, con base en interpretaciones de la Constitución dominicana, se torna discutible, siendo necesaria su configuración de manera explícita en la Constitución, al igual que otros derechos como el de la intimidad.

En la actualidad, RD vive un proceso de Reforma Constitucional, lo que ha generado una serie de foros de discusión sobre diversos puntos a modificar en la Carta Magna. Hasta el momento, los temas referidos a derechos fundamentales han tenido menos relevancia que aquellos que conciernen a temas políticos; por lo que el debate de configuración e inclusión en la Carta Magna de nuevos derechos no ha sido ponderado. En este sentido, es necesario que se abran espacios de discusión para la inclusión de estos derechos de tercera generación, como el de la protección de datos personales, especificándose la reserva de Ley para el desarrollo legislativo de los mismos.

En conclusión, sobre la base de una interpretación amplia de la Constitución, en la República Dominicana se puede considerar configurado el derecho a la protección de datos personales, aun cuando el mismo no este regulado de forma apropiada. Sólo resta esperar que en la próxima Reforma Constitucional se incluya dicho derecho, para que el mismo quede reconocido y sea desarrollado legalmente de manera completa.

La autora

Galina Tapia Bueno

Doctoranda en el programa de Derecho de la Comunicación en la Sociedad Actual (Universidad Complutense de Madrid); Título Propio en Derecho de Nuevas Tecnologías (Universidad Complutense Madrid); Master en Derecho Empresarial con especialización en Nuevas Tecnologías (Universidad Antonio de Nebrija, Madrid);

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

prestación de consultoría en Clifford Chance, Madrid, España para la elaboración de las Normas Complementarias de la Ley 126-00 sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales de la República Dominicana. Coordinadora de AR-Republica Dominicana.

ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Por: Diego Sánchez Montenegro

Nos encontramos en un momento adecuado para reflexionar acerca del derecho de acceso a la información pública por cuanto, ha pasado un año y dos meses de haber sido publicada la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el Registro Oficial de la República del Ecuador, No.337 Suplemento, del día martes 18 de mayo del año dos mil cuatro.

James Madison, cuarto Presidente de los Estados Unidos de América señalaba que *“un gobierno popular sin información popular o sin los medios para adquirirla, no es sino el prólogo a una farsa o a una tragedia, o tal vez a ambos.”*¹⁹⁹

Hoy en día, las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación se han convertido en recursos fundamentales para el funcionamiento y desarrollo de las actividades públicas y privadas. Es innegable que estamos frente a un fenómeno tan admirable por el grado de facilitación y acercamiento que proporciona, que no dejamos de sorprendernos con la rapidez que se ha extendido en el mundo.

El derecho y en general las Ciencias Jurídicas tampoco podían permanecer ajenos a la utilización de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación. Un mundo cada vez más integrado requiere de un derecho cada vez más uniforme que facilite el impartir justicia, el tráfico jurídico privado, los contactos intergubernamentales y que aspire a la gobernabilidad democrática.

No significa un derecho único, sino uno que prevea similares requisitos, supuestos y figuras que propicien los intercambios y la integración plural, más que imponer modelos únicos a nivel mundial o prohibir u obstaculizar hasta llegar al aislamiento.

En este contexto, los Poderes Constituidos deben actuar con estricto apego a la normatividad que hizo posible su creación y elección y es la profunda convicción en atenerse a esas normas, lo que justifica su propia existencia, más allá de la voluntad de los individuos que temporalmente ostenten una u otra función pública.

Siguiendo al profesor Eduardo Castellanos Hernández, la cultura de la legalidad es un recurso válido de una sociedad frente a la autoridad para exigir de ésta el estricto respeto del estado de Derecho, que es, a su vez, el fundamento legal de la propia autoridad pública. Si la cultura de la legalidad es un aspecto fundamental de la gobernabilidad democrática, su difusión abierta se convierte en una obligación y una necesidad para las Instituciones Públicas.

¹⁹⁹ James Madison carta a W.T. Barry, 4 de agosto de 1822 en G.P. Hunt, ed. IX. The Writings of James Madison 103 (1910) Citado por Pablo Andrés Palazzi, El Derecho Legislación Argentina, Boletín No.4, 26 de febrero de 1999, Buenos Aires, Argentina.

El profesor Balkin de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, señala que la democracia no es solamente libertad individual y auto gobierno colectivo. Además es el ciudadano participando de la producción y distribución de la cultura democrática.²⁰⁰

Aquí es donde encontramos, precisamente, la relación entre la nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), y la cultura de la legalidad. Las TIC proporcionan los medios necesarios para difundir la legalidad a través de las redes electrónicas que, abiertas y disponibles para la población, acercan a ésta la normatividad que le da basamento jurídico a su diario quehacer y acontecer.

La capacidad de estas nuevas tecnologías para llevar información y conectar diversos sitios facilita mucho más la difusión que las obras impresas, por grande que sea su tiraje y su distribución.

Las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación se constituyen en los medios para promover la cultura de la legalidad y asegurar la transparencia en la gestión pública, aspectos esenciales de la gobernabilidad democrática.

El derecho de Acceso a la Información Pública

El derecho de acceso es la facultad que tienen las personas para obtener la información que emane o que se encuentre en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de derecho público y de derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades.

La Constitución Política de la República del Ecuador vigente, sección IV “De los derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del Título III “De los derechos, Garantías y Deberes”, artículo 81, señala: *“El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales”*. El tercer inciso del precitado artículo dispone: *“... No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley”*.

Es necesario hacer referencia a disposiciones que se encuentran incorporadas en varios Convenios Internacionales de los cuales nuestro país es signatario, y donde se establece el fundamento jurídico del derecho al acceso a la información pública. Entre ellas se tienen:

²⁰⁰ Balkin, Jack M. “ Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. En <http://papers.ssrn.com/abstract=470842>, revisada el 16 de julio del 2006.

A.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰¹ (1948). Artículo 19.- *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*.

B.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰² (1966). Artículo 19, numeral dos. *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

C.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”²⁰³ (1969). Artículo 13 inciso 1.- *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

Cabe resaltar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados partes la obligación de respetar los derechos y libertades que consagra, y garantizar el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos reconocidos en ella, a toda persona sujeta a su jurisdicción.

D.- La Declaración de Chapultepec²⁰⁴ (1994), suscrita por el Ecuador, en sus numerales dos y tres de los Principios indica lo siguiente: *“Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos”. “Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información”*.

E.- La Declaración de principios sobre la libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobada durante el 108° período ordinario de sesiones²⁰⁵ (2000). En el Preámbulo, inciso quinto dice: *“Convencidos que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las*

²⁰¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> revisada el 5 de julio del 2006

²⁰² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm revisada el 5 de julio del 2006.

²⁰³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos2.htm>, revisada el 5 de julio del 2006.

²⁰⁴ En: http://www.declaraciondechapultepec.org/declaracion_chapultepec.htm, revisada el 5 de julio del 2006.

²⁰⁵ Declaración de principios sobre la libertad de expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>, revisada el 5 de julio del 2006.

instituciones democráticas”. En el numeral cuarto de los Principios señala: “*El acceso a la información en poder del estado es un derecho fundamental de los individuos. Los estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente en la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas*”.

Revisada la normativa internacional y la Ley Fundamental ecuatoriana, podemos aseverar que el derecho al acceso a la información es un derecho asegurado por la Constitución de la República y afirmado por los convenios y tratados vigentes suscritos por nuestro país, existe de esta manera, una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos.

Los pactos internacionales en materia de derechos humanos y su efecto operativo y multiplicador en los más diversos aspectos de la vida humana donde la dignidad del hombre se ve afectada, obliga a la necesaria adecuación de la legislación interna y del accionar del Estado, al texto de las convenciones. De esta forma y como ejemplo tenemos:

A. Principio 10 de la Declaración de Río, de la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que en lo pertinente dice “*Toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y las actividades que encierran peligro para sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones*”.

B. Convenio de Aarhus.- Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materias ambientales adoptada en la Conferencia ministerial “Medio Ambiente para Europa” en Aarhus, Dinamarca de fecha 25 de junio de 1998 y que entró en vigencia a comienzos de 2002.

La mayoría de los estados americanos mantienen en sus constituciones normas que obligan a brindar la información pública y además, aquellos que no lo tienen en la Constitución, han dictado leyes al respecto, como es el caso de la República de Chile.

La vinculación entre el derecho del ciudadano al acceso a la información y el ejercicio de otros derechos constitucionales no es casual; precisamente la garantía de aquel acceso resulta ser el fundamento básico para el ejercicio libre y responsable de otros derechos fundamentales. El derecho a la información involucra, según las Naciones Unidas, la “*pedra de toque de todas las libertades (...) y constituye un elemento esencial de todo esfuerzo serio para favorecer la paz y el progreso en el mundo*”²⁰⁶

²⁰⁶ Resolución 59 (I) del 1946-12-14, de la Organización de las Naciones Unidas.

El Caso Ecuatoriano

La Ley de Modernización ²⁰⁷ determina:

“Art. 32.- Acceso a documentos.- Salvo lo dispuesto en leyes especiales a fin de asegurar la mayor corrección de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial, se reconoce a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas, el derecho a acceso a los documentos administrativos en poder del Estado y demás entes del sector público”.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en forma más explícita dispone:

“Art. 205.- Derechos de los particulares.

Los particulares, en sus relaciones con las Administraciones sujetas a este estatuto, tendrán derecho: (...)

c) Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo, salvo que se trate de aquellos documentos calificados como reservado, de conformidad con la legislación vigente;

g) Tener acceso a los archivos de la administración en la forma prevista en la ley y en las normas de la propia administración;...”

La Ley de responsabilidad, estabilización y transparencia fiscal y su reglamento garantizan *“el control ciudadano de la gestión pública a través del libre acceso a los documentos e información presupuestaria, contable y de las operaciones y contratos de crédito de todas las entidades del sector público y del sector privado en la parte que corresponda a bienes y otros recursos del sector público. El principal medio que propone para alcanzar el objetivo de la ley es un sistema oficial de información y amplia difusión que servirá de base para el control de la ciudadanía, que incluirá la información relativa al cumplimiento..., así como la referente a decisiones sobre tarifas y precios de bienes y servicios públicos y transferencia o venta de activos públicos, con su correspondiente sustentación técnica y legal. También se informará en detalle sobre el proceso, los términos y las condiciones financieras de operaciones de recompra de deuda realizadas, y sobre los orígenes, motivos, términos y condiciones financieras de los refinanciamientos realizados”*²⁰⁸

Sin embargo de la expedición de las leyes antes referidas existe todavía la cultura del secreto en el Estado. Hay reticencia a entregar la información pública, ya que un alto nivel de secreto con frecuencia permite a quienes ejercen el poder, guardar con recelo sus conocimientos para aumentar su autoridad.

²⁰⁷ Ley de Modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, R.O. Ley 2001-56 (Registro Oficial 483, 28-XII-2001).

²⁰⁸ Pérez Efraín y Makowiak Jessica, Temas de Derecho Constitucional, “El derecho de acceso a la información en Europa y América Latina: Un enfoque constitucional” Ediciones Legales, Quito, 2003, págs. 145-210.

El profesor Julio Miguel Rodríguez Villafañe señala que durante los períodos de los últimos gobiernos militares y/o de facto en nuestra región se ejecutó la siguiente estrategia: Ante un escándalo hay que ocultarlo de todas las formas y maneras posibles, en la década de los años noventa, una lógica diferente y tan negativa como la anteriormente descrita operaba sosteniendo que, ante la evidencia de un acto de corrupción, se lo debe ventilar de forma tal que produzca una conmoción y difundir esa información por todos los medios posibles, de esa manera se tratará de saturar el tema, y pronto todo se olvidará y nadie se ocupará de la resolución del acto de corrupción y la sanción a los responsables del delito. Se permite conocer algunos actos de corrupción en la función pública, pero se usa la indignación social como un placebo cívico, que se neutralizaba luego en la inconstancia o ineptitud u omisión de quienes debían investigar y sancionar las actuaciones indebidas y generadas por actos de corrupción.²⁰⁹

Por mucho tiempo la información generada desde el Estado se entendió delimitada a hacer conocer los resultados de la toma de las decisiones de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

Eduardo Bertoni, relator especial para la libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos señala: *“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos y los Estados están obligados a garantizarlo. Además, las leyes que reconocen adecuadamente este derecho contribuyen a combatir la corrupción, que ha sido identificada por la OEA como un problema que requiere una atención especial en las Américas”*.

Entre los otros acontecimientos a tener en cuenta en el análisis, se da una clara conciencia de algunos sectores de la Sociedad Civil, de organizarse para superar los inconvenientes que se generan por la falta de información y transparencia en el sector público. El conocimiento de la existencia de corrupción en el Estado, impulsó aún más a la sociedad a ocuparse de la necesidad de información, como la medida preventiva básica.

Debe tomarse en cuenta que no hay posibilidad de vida democrática genuina, sin una participación responsable de todos los actores de la sociedad en la construcción de los consensos necesarios para el fortalecimiento del sistema y que, para ello, es imprescindible contar con la información. Por su parte, como se ha dicho, en una democracia, todos los aspectos de la administración pública deben ser transparentes y estar abiertos al escrutinio público.

De allí que la ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública sea de vital importancia para la sociedad civil, ya que permitirá monitorear los actos del Gobierno y controlar el accionar de la gestión pública, mediante la exigencia de una

²⁰⁹ Rodríguez Villafañe, Miguel Julio, “Periodismo e información judicial en Argentina”, págs. 70 y ss, publicado en “Contribuciones”, año XVIII, N° 2 (70) de Abril-Junio de 2001. Edición trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Bs. As.

permanente rendición de cuentas por las decisiones que se toman. No puede existir democracia sin que existan mecanismos de acceso a la información; en estas condiciones los ciudadanos no pueden ejercer sus derechos ya que no se encuentra garantizado el respeto y la protección de sus derechos fundamentales.

Un ciudadano que enfrenta vacíos y lagunas de información sobre los asuntos públicos no tendrá la oportunidad de expresar su opinión en temas inherentes a la administración gubernamental; de esa forma se quebranta uno de los pilares fundamentales, la participación ciudadana, que sostienen al estado de derecho.

El derecho de acceso es una prerrogativa que tienen las personas para acceder a la información creada, administrada o en posesión de las entidades públicas.

“Con el ejercicio del derecho de acceso a la información:

Se fomenta el principio de seguridad jurídica y de legitimidad democrática del estado de derecho.

Se ejerce un escrutinio activo de parte de los gobernados, sobre las actividades de los servidores públicos y de las personas jurídicas de derecho privado que operan con fondos públicos.

Se promueven las mejores condiciones para la toma de decisiones tanto de los ciudadanos como de las autoridades.

Se permite un acceso equitativo con igualdad de oportunidades para participar en las más distintas actividades de la vida del Estado.

Se democratiza la administración pública que pasa de una organización jerárquica a una organización con dosis importantes de interactividad.”²¹⁰

Es substancial destacar el precepto contenido en el artículo siete de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información pública, que obliga a todas las Instituciones del Estado que conforman en sector público y a los entes señalados en el artículo 1 de la referida ley; difundir a través de un portal de información o página en Internet, ciertos datos que se consideran de naturaleza obligatoria.

Art. 7.- Difusión de la Información Pública.- “ *Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada y obligatoria, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria:*

a) *Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y*

²¹⁰ Carpizo Jorge y Carbonell Miguel, Coordinadores, “Derecho a la información y derechos humanos” Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2000.

procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;

b) El directorio completo de la institución, así como su distributivo de personal;

c) La remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes;

d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;

e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas;

f) Se publicarán los formularios o formatos de solicitudes que se requieran para los trámites inherentes a su campo de acción;

g) Información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos;

h) Los resultados de las auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal;

i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;

j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución;

k) Planes y programas de la institución en ejecución;

l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, las operaciones y contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés;

m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño;

- n) Los viáticos, informes de trabajo y justificativos de movilización nacional o internacional de las autoridades, dignatarios y funcionarios públicos;*
- o) El nombre, dirección de la oficina, apartado postal y dirección electrónica del responsable de atender la información pública de que trata esta Ley;*
- p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones;*
- q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones;*
- r) El Banco Central, adicionalmente, publicará los indicadores e información relevante de su competencia de modo asequible y de fácil comprensión para la población en general;*
- s) Los organismos seccionales informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y,*
- t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones.*

La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.”

Las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación son herramientas que han transformado los conceptos de lugar y tiempo, y también permiten poner a disposición de los ciudadanos, datos esenciales para la toma de decisiones en todos los campos, inclusive en aquellos que son interesantes para la participación política activa. Estos datos e informaciones, una vez colocados en Internet, se encontrarán disponibles a toda hora sin limitaciones tales como el horario en las oficinas públicas o las posibilidades de traslado físico a cualesquiera de las entidades públicas en donde reposan los archivos. Esta característica puede traer consigo el que se establezca una democracia mucho más participativa. Siguiendo al profesor Owen M. Fiss, “... la democracia es un sistema de autogobierno colectivo, y presupone que todas las personas tengan toda la información necesaria para ejercitar su prerrogativa soberana de un modo inteligente y reflexivo”²¹¹

²¹¹ Fiss, Owen M., “La ironía de la Libertad de expresión”, trad. Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, ed. Gedisa, 1999.

En la actualidad se considera que el derecho de acceso a la información es un requisito de participación ciudadana democrática dentro de un Estado demasiado complejo, que sucumbe a su propia dinámica burocrática. En un Estado de esta naturaleza, ningún individuo puede conocer la totalidad de la información que le permita una auténtica participación democrática en la política estatal. Ni siquiera las propias instituciones públicas son con frecuencia conscientes de la existencia de información perteneciente a otras instituciones públicas y generalizadamente el poder legislativo ve restadas sus potestades investigativas y fiscalizadoras.

Jeremy Pope de la organización Transparencia Internacional señala lo siguiente: *“se necesita un cambio de cultura entre los funcionarios públicos, desde el empleado de menor rango al ministro responsable de todo un departamento. Deben llegar a comprender que, en el pasado sus administraciones pueden haber dado la apariencia de haber funcionado adecuadamente, la introducción de políticas relativas al acceso a la información pueden aumentar la calidad de la administración de manera significativa. Dichas políticas impulsan la creación de un código de ética de servicio público dentro del sector público, aumentan la satisfacción laboral y elevan la estima de los empleados públicos dentro de las comunidades donde pertenecen y a las cuales atienden.”*²¹²

El autor

Diego Sánchez Montenegro

Coordinador del Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina. Becario del Postgrado en estudios de prevención de la corrupción. Pontificia Universidad Católica del Ecuador - USAID. Doctor en Jurisprudencia. Universidad Internacional del Ecuador. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad Internacional del Ecuador. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado de DinersClub – Ecuador.

²¹² Pope Jeremy, Global Corruption Report de Transparencia Internacional, 2002, en “El Derecho de Acceso a la Información Pública en el Ecuador” Compilación Merino Dirani Valeria, CLD, 2003.

GOBIERNO EN LÍNEA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA BAJO EL MARCO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Por: Gladys Stella Rodríguez

Consideraciones generales.

Algunos gobiernos, preocupados por la temática surgida con la globalización y la brecha digital, han iniciado su propia dinámica buscando iniciativas y elaborando estrategias nacionales que les ayuden a crear una sociedad basada en el conocimiento, y un crecimiento económico y social para un desarrollo eficiente, equitativo, y sostenible.

Aprovechar los avances de las Tecnologías de Información y Comunicación es una estrategia para lograr que el aparato público esté siempre presente para el servicio al ciudadano-cliente-usuario. Por ello, el argumento central es repensar la estructura que ofrece la sociedad de la información o sociedad del conocimiento como instrumento estratégico para garantizar una participación ciudadana a nivel de gobierno. El presente trabajo se divide en cuatro partes. La primera presenta el marco conceptual de las variables que se exponen: sociedad de la información, gobierno electrónico, empoderamiento ciudadano. La segunda parte se refiere a los principales elementos a considerar en el escenario de las Tecnologías de Información y Comunicación (en lo sucesivo TICs), con relación a la participación. La tercera parte expone algunas perspectivas para la consolidación de la Sociedad de la información, hacia el acercamiento del gobierno con el ciudadano y la cuarta parte, reflexiona sobre la situación de la realidad de América Latina y el Caribe y su posibilidad de adoptar el modelo de Sociedad de la Información propuesto.

1. Marco Conceptual

Existen varias aproximaciones al concepto Sociedad de la Información (en lo sucesivo SI). La expresión SI se ha desarrollado principalmente en el entorno europeo, ya que dentro de los EE.UU. ha tenido mucho éxito el término paralelo Economía Digital, como es natural un concepto más orientado hacia la idea de mercado que hacia los elementos sociales, históricos y políticos, que necesariamente deben ser evaluados al definir lo que es SI.

Por tal motivo, para el presente trabajo, se estimó conveniente acoger la perspectiva europea, según la cual la SI, se refiere a la creciente importancia que han ido adquiriendo la información y la comunicación desde la década de los setenta del siglo XX. Dentro de la Unión Europea, el término SI se desarrolló con el propósito de plantear políticas públicas de desarrollo, promoción y universalización de las TICs. En este sentido, son varias las definiciones, pero a la vez ninguna aceptada de manera unánime. Por tal motivo, se presentan algunas definiciones de SI. En primer lugar es necesario señalar que existen varias definiciones al respecto, aquí se señalarán sólo algunas que se consideran relevantes para los fines de este trabajo.

Yoneji Masuda (Masuda, 1984) en la Sociedad de la Información como sociedad post-industrial la define como: *“Sociedad que crece y se desarrolla alrededor de la información y aporta un florecimiento general de la creatividad intelectual humana, en lugar de un aumento del consumo material”*.

Julio Linares et-al. (Linares et-al., 1995) nos señala en Autopistas Inteligentes que *“Las sociedades de la información se caracterizan por basarse en el conocimiento y en los esfuerzos por convertir la información en conocimiento. Cuanto mayor es la cantidad de información generada por una sociedad, mayor es la necesidad de convertirla en conocimiento. Otra dimensión de tales sociedades es la velocidad con que tal información se genera, transmite y procesa. En la actualidad, la información puede obtenerse de manera prácticamente instantánea y muchas veces, a partir de la misma fuente que la produce, sin distinción de lugar”*.

Raul Trejo Delabre (Trejo Delabre, 1996) en La Nueva Alfombra Mágica dice que *“La Sociedad de la Información más que un proyecto definido, es una aspiración: la del nuevo entorno humano, en donde los conocimientos, su creación y propagación son el elemento definitorio de las relaciones entre los individuos y entre las naciones. El término ha ganado presencia en Europa, donde es muy empleado como parte de la construcción del contexto para la Unión Europea”*.

En el Libro Verde sobre la Sociedad de la Información en Portugal (Libro verde Portugal, 1997) se señala que: *“El término Sociedad de la Información se refiere a una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y diseminación de la información con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas y de las organizaciones, juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y las prácticas culturales de los ciudadanos”*.

Por su parte Manuel Castells (Castells, 1998) en su famoso libro La era de la Información, la define como: *“Nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales), sino de la aplicación de conocimientos e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos”*.

El Gobierno Vasco (Gobierno del País Vasco, 2000) a través de su Plan para el desarrollo de la Sociedad de la Información para el periodo 2000 – 2003 considera que: *“Se entiende por Sociedad de la Información aquella comunidad que utiliza extensivamente y de forma optimizada las oportunidades que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones como medio para el desarrollo personal y profesional de sus ciudadanos miembros”*.

En efecto, se hace referencia a que la SI *“es un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y Administración Pública) para obtener y compartir cualquier información,*

instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma en que se prefiera” (Telefónica, 2001: 176).

En este marco se presenta un concepto de SI que recoge sistemáticamente la idea de cambios que se extienden en todas direcciones, y no sólo en lo que respecta al entorno económico. Sin embargo, aún cuando son múltiples las actividades y agentes implicados e incontables sus potenciales beneficiarios, se debe tener presente el riesgo de los excluidos por motivos tecnológicos, la llamada brecha digital; de allí la necesidad creciente de evaluación de cada uno de esos vértices.

Por tanto, en definitiva la SI supone una revolución de los paradigmas preconcebidos y estructuras de la sociedad tradicional, se trata de una transformación profunda a nivel de la incorporación del ciudadano, en su sentido más real, a las actividades de investigación, decisión, desarrollo, fabricación, integración, instalación, comercialización y mantenimiento de componentes, subconjuntos, productos y sistemas físicos y lógicos fundamentales en la tecnología electrónica; donde la información adquiere un poder cada vez más significativo, que se reafirma con solo hacer clic en un hot link o hiperlink desde cualquier lugar y a cualquier hora. Es la apropiación de las TICs por parte del ciudadano, para su servicio y al servicio de los demás (postura inclusiva).

Pero, para ser honesto la Sociedad de la Información no está determinada exclusivamente por las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, está determinada por una nueva forma de organización económica y social motivada por el desarrollo de las TICs. Manuel Castells (Castells, 2000) sostiene que en realidad Internet no es una tecnología, coincidimos con él, Internet representa una nueva forma de organización de la producción, lo que en su momento con la revolución industrial representó la fábrica como medio para organizar la producción en masa. Lo que era antes la fábrica hoy lo es Internet, pero con una diferencia, la fábrica se concentraba, fundamentalmente, en las actividades productivas de bienes, hoy en día Internet incide sí en la producción pero también en la organización de los servicios, de los gobiernos, de actividades sociales como sería la educación, la salud, etcétera.

De igual forma, en los años finales del siglo XX se produjeron otros cambios muy rápidos asociados a las TICs en todas las esferas, pero principalmente en la esfera gubernamental de numerosos países. Se produjo una acelerada difusión de las TICs asociada a la agenda de reforma en la gestión de la Administración Pública, de hecho, muchos consideran esos cambios como fundamentales en las estructuras sociales y de gobierno de muchos países (Menzel, 1998).

En efecto, el movimiento que se estaba escenificando suponía y sigue siendo ese su pilar fundamental, la reinvención del gobierno, un gobierno que trabaje mejor y cueste menos a través de la incorporación masiva de las TICs, donde los participantes puedan recibir beneficios de asistencia pública, inscripción en cursos de formación, recepción de servicios para personas de la tercera edad, o pagos por parte de los ciudadanos; sería un gobierno más justo, más seguro, más responsable ante el cliente, y más eficiente que los sistemas basados en papel. (Criado, Ramilo y Serna, 2002).

De esta iniciativa, surge un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico actual y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el Estado y los actores no estatales al interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado al que se ha denominado “governance”

Por otra parte, está surgiendo lo que algunos denominan el Empoderamiento Ciudadano (Santiestevan, 2004) a través de:

- Participación y vigilancia ciudadana de los servicios prestados por las administraciones públicas.
- La sociedad civil su organización, su papel y su rol vigilante de la marcha del Estado.
- El papel de la opinión pública en materia de transparencia y probidad.
- La libertad de expresión y el periodismo de investigación.

Y es que es una oportunidad para establecer y consolidar redes de ciudadanos o actores ya que es evidente que para articular procesos de “governance” es necesario contar con una pluralidad de actores (Administración Pública, Partidos Políticos, empresas privadas, cooperativas, asociaciones, organizaciones voluntarias, etc.) que operan a nivel internacional, regional y local. Esto conduce a elaborar políticas, basadas en la colaboración, consenso y participación de distintos actores críticos, a que se mejoren los resultados y rendimientos de las políticas, y en definitiva se garantice la gobernabilidad del sistema político y público (Prats, 2001).

2. La participación ciudadana y gobierno electrónico en el escenario de las TICs.

Esta estrategia se evalúa a la luz de la intervención pro-activa de la sociedad, vale indicar que no obstante su importancia, existe una falta o baja participación por parte de las Organizaciones de las Sociedades Civiles (OSCs) en el proyecto que se desarrolla sobre gobierno electrónico, en los países en vías de desarrollo, quizás atribuible al escaso número de ciudadanos que tienen acceso a un sistema de información. Sin embargo, ignorar a las OSCs en la planificación para la implementación de un gobierno electrónico es subestimar su papel como monitor y fiscalizador de las actividades de gobierno, especialmente dado que *“el ciudadano promedio generalmente no va a tener tiempo de participar al grado que la red haría posible....Como resultado, es probable que la mayoría de los ciudadanos deba, de todas maneras, depender de asociaciones e instituciones mediáticas, para diseñar prácticas y políticas públicas a su gusto.”* (O’Looney, 2002). Una manera de superar esta dificultad, es situar la cuestión de acceso a Internet para el gobierno en línea, dentro de un marco más amplio del uso de Internet para la construcción de capacidades y la apropiación del mismo por los ciudadanos para la creación de redes ciudadanas y el enriquecimiento de su propia conciencia política. Es retomar la consigna de cooperación e integración de redes de participación y no simples centros de información, que poco contribuyen hacia la visión de una nueva forma de gobierno

que se aproxima a la democracia participativa y deliberativa, que hoy es una exigencia colectiva en cualquier escenario mundial.

Tomando esto en cuenta, existe una clara necesidad de colaboración entre las OSCs dedicadas a las agendas sociales en áreas específicas, como salud y educación y aquellas que trabajan en temas de TICs. En tanto existen oportunidades de participación a través de las agencias sociales, esta puede ser la ruta más expeditiva para crear ejemplos concretos de e-democracia o democracia electrónica, mucho más horizontal, participativa y deliberativa que el esquema vigente en la administración pública. Esto daría, además, oportunidad a los grupos de acción social a considerar cómo las TICs impactarían en sus agendas.

Lo anterior conduce a afirmar que el e-government puede convertirse en un mecanismo para la participación. Pero la pregunta no es tanto si el gobierno electrónico está brindando oportunidades para la participación de las OSCs, sino cómo lo hará. En el caso de Venezuela la Constitución de 1999, consagra en su preámbulo lo siguiente: “... *refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...*” y en el Artículo 62, señala: “*Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas*”.

Por ello, es de alta notoriedad que a medida en que los espacios de participación en línea se van desarrollando, estos sean capaces de ofrecer implicaciones importantes para la relación gobierno-sociedad civil. La tendencia actual apunta hacia la provisión de espacios en línea para la participación individual, en lugar de una red de discusión y deliberación grupal. En términos de participación este enfoque se traduce en contribuciones de las OSCs dentro de los parámetros de la programación en e-government existente. Lo que se debe procurar es que la iniciativa de gobierno en línea pueda facilitar que las OSCs participen activamente y no se limiten a ser simples miembros del sector voluntario, sino auténticos actores sociales expertos y con conciencia política.

Resulta claro que el acceso a la información pública es un prerequisite para obtener la participación efectiva de las OSCs. El ambiente en línea del e-government también impacta sobre la habilidad de las OSCs para participar efectivamente. Como explica O’Looney (2002), “*en cuanto los administradores públicos comiencen a construir conexiones cableadas para los ciudadanos, estarán también tomando decisiones y eligiendo sobre aspectos arquitectónicos de las mismas cosas, como si a los ciudadanos se les permitiera y se les facilitara en términos tecnológicos, en un esfuerzo de organizar a sus conciudadanos en torno a temas particulares.*” Esta reflexión refuerza la imperativa de obtener una mayor participación de las OSCs en la generación de políticas de gobierno electrónico. Más allá de asegurar el acceso a la tecnología y el acceso a la información, existe una imperativa de incidir en torno a qué y cómo se presenta la información en línea y la estructura de los espacios de participación vía electrónica.

En el caso particular de Venezuela el e-government es responsabilidad del Ministerio de Planificación y Desarrollo (en adelante MPD), a través de la Comisión Presidencial para la Transformación y Consolidación del Estado, a fin de transformar el estado venezolano e implementar las reformas contenidas en la nueva Constitución. El Comité Gubernamental de Tecnología integrado por la Subcomisión de Tecnología de la Comisión Presidencial, la cual es dirigida por el MPD fue creado en septiembre de 2002 y los actores políticos constantemente reportan que el trabajo prosigue a pesar de las diversas circunstancias que se escenifican en el país; entre otras el recorte de los presupuestos gubernamentales, producto de un elevado gasto público al interior del país y con motivo de una deuda pública. Sin embargo, se estima que las iniciativas relacionadas con Internet continúan y no se verán afectadas.

De acuerdo a la opinión de los actores gubernamentales, la implementación del e-government es en realidad coordinada por el Centro Nacional de Tecnología de Información (CNTI) del Ministerio de Ciencia y Tecnología, cuyo sitio web es: <http://www.cnt.gov.ve> creado mediante el Decreto 737 de fecha 22 de marzo de 2000, entre los Proyectos acordados están:

1. Infocentros.
2. Gobierno Electrónico.
3. Portal Gobierno.
4. Impulso y Fortalecimiento al Desarrollo del Software Nacional.

Hay alrededor de 316 instituciones conectadas y el Gobierno Venezolano ha considerado algunas Zonas Especial en Tecnologías de Información.

En efecto, producto de la inaplazable integración entre la Academia-Empresa-Gobierno, ha surgido como iniciativa las denominadas “zonas especiales en Tecnologías de Información”, como un espacio virtual en comunidades de inteligencias compartidas para tres actores que en su espacio de competencia se encuentren para cooperar de una manera integrada.

Los actores a los cuales se hace referencia son: la Cámara Venezolana de Comercio Electrónico mediante su unidad de Investigación y Desarrollo (Cavecom-e), el Centro de Computación Paralela y Distribuida de la Universidad Central de Venezuela (CCPD) y el Centro Nacional de Tecnologías de Información (CNTI).

De esta forma, en Venezuela el Centro Nacional de Tecnología de Información es una institución que ha elaborado una estrategia de sociedad de la información que hace mención a elementos propios de un gobierno en línea y está a cargo, además, de las iniciativas nacionales de conectividad vista entre otras la de los Infocentros o centros de comunicación. Los Infocentros son un punto de encuentro comunitario donde todos pueden acceder en forma sencilla a las tecnologías de información. Son salas equipadas con computadoras personales interconectadas, para brindar el libre acceso a la Internet. Además se dispone de diversos equipos, que permiten el almacenamiento y la impresión de la información que se consulta. Se instalan en

diferentes áreas o espacios públicos o privados, como bibliotecas, escuelas, centros comunitarios, centros culturales, casas de ciencia, museos, entre otros.

De igual forma, el acercamiento gobierno-ciudadano exige otras condiciones, tales como:

Mejoras en la gestión de la administración pública, lo cual incluye la Automatización de procesos administrativos como serían: coordinación, planificación, ejecución y control; mejor comunicación dentro del gobierno; digitalización e integración de sistemas de información; “inteligencia”, entendiéndose por ello información acerca de las necesidades y deseos de los ciudadanos; eficiencia y eficacia a través del uso estratégico de las TICs para simplificar procesos; e innovación y flexibilidad en la administración pública.

Provisión de servicios lo que incluye conceptos como ser un servicio universal y justo al cliente; servicios mejorados y efectivamente brindados; facilitando el cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos con el estado; servicios convenientes y fáciles de entender; creación de mecanismos alternativos de acceso al gobierno (e integración de las variadas modalidades de servicio); reducción de costo y tiempo de atención para el cumplimiento de obligaciones con el estado; pagos digitales; seguridad y privacidad en la provisión de servicios.

Transparencia, lo cual implica el uso de TICs para facilitar el escrutinio ciudadano de la información, actividades y operaciones públicas; procedimientos transparentes (como en el caso de licitaciones públicas de compras y contrataciones con el gobierno, o proyectos de ley en línea); acceso a la información pública en un formato simple y claro; mejor comunicación entre los gobiernos y los ciudadanos; acceso a la información sobre servicios públicos; comunicación directa con los ciudadanos y reducción de la intermediación de la burocracia; “comunicación que sea abierta, fluida, honesta y productiva” y rendición de cuentas a la ciudadanía.

3. Algunas perspectivas para la consolidación de la Sociedad de la Información, hacia el acercamiento del gobierno con el ciudadano.

La segunda reunión preparatoria de la Cumbre de la Sociedad de la Información (en adelante (CMSI) trazó las líneas generales de los borradores de la Declaración y del Plan de Acción, aunque todavía queda mucho por hacer y debatir.

Las deliberaciones, que se desarrollaron del 17 al 28 de febrero en Ginebra de 2003, se basaron fundamentalmente en los documentos producidos en las cinco conferencias regionales preparatorias. Vale indicar que La sociedad civil, tuvo una participación notablemente mejorada con relación a la primera reunión preparatoria de la CMSI, aunque no faltaron algunos problemas aislados como el interpuesto por Pakistán que objetó, sin resultados efectivos, la presencia de los representantes civiles en las reuniones de los gobiernos. Esta mayor apertura de los gobiernos y de los organizadores se debe a la presión de las ONGs y los comunicadores presentes desde el comienzo del proceso.

En efecto, los(as) representantes civiles avanzaron en la capacidad de consensuar y sintetizar los diversos planteamientos en documentos que fueron oportunamente presentados a los gobiernos como insumos de los borradores de la Declaración y Plan de Acción. El Grupo de trabajo de la Sociedad Civil sobre contenido y temas propuso siete temas ineludibles:

- Desarrollo sustentable: la sociedad de la información equitativa debe estar basada en el desarrollo económico y social sustentable y en la justicia de género. Las fuerzas del mercado por si solas no permiten alcanzar estos objetivos.
- Gobernanza o Governance democrática. Las TICs deben contribuir a la gobernabilidad democrática y a promover la participación ciudadana. Estructuras de gobierno transparentes, que deben rendir cuentas, deben ser establecidas en los niveles local, nacional e internacional.
- Alfabetización, educación e investigación. Solo una ciudadanía informada y educada, con acceso a los medios y a los resultados de una investigación pluralista, puede participar y contribuir a las sociedades del conocimiento. La formación permanente para toda la vida debe ser creada, extendida y asegurada.
- Derechos humanos. El marco actual de derechos humanos debe ser aplicado e integrado a la sociedad de la información. Las TICs deben ser usadas para promover la toma de conciencia, el respeto y el reforzamiento de las reglas relacionadas con los derechos humanos de las personas.
- El conocimiento, patrimonio mundial de la humanidad. Los conocimientos globales comunes y el dominio público constituyen las piedras angulares del interés público general. Ellos deben ser protegidos, expandidos y promovidos.
- Diversidad cultural y lingüística. El reconocimiento del desarrollo cultural como proceso evolutivo y vivo, la diversidad lingüística, la identidad cultural y los contenidos locales deben ser no solamente preservados sino también activamente alentados.
- “Seguridad de la información”. Las cuestiones de la -seguridad de la información- no deben en ningún caso atentar a la vida privada y al derecho de comunicar libremente, bajo la cobertura del uso de las TICs.

Por otra parte, en sintonía a la necesidad de vincular el gobierno o la administración pública con el ciudadano, a través de una sociedad interconectada y que entre sus componentes se halla la modalidad conocida como gobierno electrónico; se han venido efectuando encuentros a fin de deliberar entorno a profundizar el referido vínculo; así se tiene que durante el 2003, se efectuó en México una reunión de la ONU que derivó en un documento sobre la instalación de gobiernos electrónicos en América Latina, “Informe 2003 sobre el Sector Público Mundial - Gobierno electrónico en la encrucijada”. Hay 173 países que han adoptado el servicio del

gobierno online, los países de América Latina y Central están en situación desventajosa con respecto a los más adelantados en la aplicación de tecnologías digitales, los obstáculos mayores siguen siendo la brecha digital entre países, entre regiones de países y entre regiones así como la falta de compromiso político de los gobiernos para instalar políticas de este tenor y la falta de infraestructura. (Apolonia, 2004).

4. Situación de la realidad de América Latina y el Caribe para adoptar el modelo de Sociedad de la Información propuesto.

Para el caso de los países de América Latina y el Caribe puede extraerse una serie de conclusiones. En primer lugar en la mayoría de los países no se percibe una estrategia clara al respecto, más bien se perciben una serie de impulsos motivados en gran medida por la moda de la Sociedad de la Información o de la Nueva Economía. Esto es claramente visible porque no se logran ver estrategias claras que estimulen los componentes que hacen posible la consolidación de la SI, como son: el desarrollo de un entorno económico, social y tecnológico que favorezca la SI, y la participación de usuarios o la generación de contenidos adaptados a las exigencias de nuestros países. Por lo general en la Administración Pública el sentimiento de corporación de cara a la relación con el ciudadano es muy bajo; no hay orientación al ciudadano, un mismo hecho puede generar ante una misma administración diferentes expedientes con los mismos datos, la misma documentación complementaria, y para mayores males algunos proyectos de interacción gobierno – ciudadano, más que lograr una interacción de sistema de información, apuestan por la integración de personas (cada vez más solapamientos de la información detrás de distintas ventanillas, en lugar de menos ventanillas y más servicios).

Por lo tanto en la mayoría de los casos el componente que está marcando la orientación de los países se debe fundamentalmente a las presiones desordenadas que provoca el entorno social, económico y tecnológico.

Estas presiones han motivado toda una serie de medidas que fundamentalmente se han centrado en inversiones de infraestructura y en mucha menor medida en la generación de ciertos contenidos.

Los ciudadanos usuarios no participan de forma ordenada, quizás es el componente menos desarrollado, no aparecen claramente definidos como agentes de la Sociedad de la Información. No se percibe en la mayoría de los casos mecanismos o estrategias que estimulen de forma coordinada, es decir integrando a diferentes actores en la definición y ejecución misma de la estrategia, la participación de diversos agentes vinculados a los temas centrales que hacen a la Sociedad de la Información como serían: TICs en la Enseñanza, Gobierno Electrónico, TICs en las políticas de apoyo a la competitividad empresarial, TICs en políticas sociales.

La otra gran carencia, que en gran medida es consecuencia de la debilidad de los demás componentes, es la falta de estímulos a la generación de contenidos nacionales, adaptados a las exigencias sociales y económicas de cada contexto. Existe una

interdependencia directa entre la generación de contenido nacional y el grado de participación de los agentes sociales y económicos en la Sociedad de la Información.

A mayor participación de usuarios habrá un mayor estímulo a la generación y uso de contenidos nacionales y viceversa.

Si se desea construir la Sociedad de la Información, que va mucho más allá de una simple Nueva Economía, será necesario favorecer un conjunto de iniciativas colectivas que puedan reconducir una nueva institucionalidad a fin de orientar un nuevo modelo de desarrollo basado en la participación y la capacidad de generación, difusión y utilización de nuevos conocimientos. Cuidado que no alcanza con decirlo, se necesitan acciones concretas, estímulos, inversiones que lo promuevan. Esto no lo resuelven las reglas del mercado. Será preciso, primero, hacer una descentralización real de las responsabilidades, dejando e induciendo que los actores participen. Así como necesariamente se promoverá el desarrollo de una infraestructura acorde a las exigencias de la SI se deberá promover e invertir en estímulos a la participación, formación de los agentes, por ejemplo de los maestros en las escuelas, de los jóvenes, de las asociaciones civiles, de los trabajadores, de los niños e invitarlos a que se integren, a que expresen sus intereses y necesidades, estímulos para que surjan empresas capaces de satisfacer esas necesidades, si eso no es posible entonces tendrá que ser el Estado que lo respalde a través de incentivos.

La aldea global es antes que nada la suma de miles de pequeñas aldeas, será preciso descubrirlas. El poder ser parte activa de un mundo globalizado no es solamente un hecho económico, es necesariamente un hecho social y político. Será preciso para los países de América Latina y el Caribe definir e incidir en un nivel micro de los problemas, se está demasiado preocupado con los problemas macro y eso no permite, en estos casos, entrar al fondo del asunto. Es necesario pensar el problema, desde un ministerio, a la escala de un barrio, la escuela de ese barrio, las actividades productivas que lo condicionan, los productores rurales, los investigadores que estén relacionados con los temas de interés de esa colectividad. (Valenti, 2002).

La Sociedad de la Información no se resuelve por decreto. No se puede pasar de un modelo extremadamente centralizado hacia un sistema descentralizado en lo que dura un periodo de gobierno, va mucho más allá de eso, se necesita crear las condiciones que estimulen la participación.

La tesis que se quiere defender en este trabajo es que la Sociedad de la Información es antes que nada una construcción social que depende en gran medida de la capacidad que se tenga de repensar los tradicionales esquemas institucionales de participación, sabiendo que la única forma de hacer esto posible es introducir a un nivel micro los problemas y que esto lo tienen que hacer los Gobiernos.

Se trata de un tiempo urgente no sólo por la velocidad y profundidad de los cambios, por las grandes fuerzas que disputan espacios en el mundo globalizado, sino por las urgencias sociales, por la necesidad de contribuir más y mejor a través de la creación

de empleos y de riqueza a mejorar la situación que hoy aflige a la sociedad de los países en vías de desarrollo.

La reflexión necesariamente debe ser colectiva y más que nunca debe contribuir a identificar un modelo que sea enteramente endógeno, de acuerdo a las tradiciones históricas, culturales y sociales, que considere nuestras posibilidades y debilidades pero que necesariamente debe estar a tono con la actual dinámica de crecimiento y oportunidades que ofrece el mundo moderno, de forma de garantizar el acceso de todos a esta construcción.

El proceso de globalización exige más que nunca modelos que partan de considerar un profundo sentido de lo nacional, o mejor dicho de lo local, que solo serán posibles si somos capaces de resolver verdaderos mecanismos de participación. La Sociedad de la Información a la que se aspira debe garantizar más y mejores espacios de participación, pues las nuevas tecnologías así lo permiten.

La tecnología en sí no es ni buena ni mala, es el uso que de ella hacemos lo que determina tanto su naturaleza como el alcance de los beneficios.

Los países deben ser mucho más que países insertos en la Nueva Economía, son también una Nueva Sociedad que se construye incorporando cada vez más el saber de sus ciudadanos, eso es la Sociedad de la Información.

Esto sólo será posible si se es capaz de desarrollar capacidad para la innovación, que supone justamente integrar el saber de diversos agentes sociales y económicos.

Conclusiones.

Es el momento de contribuir a crear espacios de participación ciudadana, la SI no debe considerar sólo la instalación de un parque tecnológico, sino garantizar el acercamiento, la vinculación real del usuario con la Administración Pública y con otros ciudadanos a través de redes de participación y deliberación.

En Venezuela existe un proceso de concientización hacia la implementación de una SI, una concepción de sociedad en la cual el conocimiento supera las expectativas de rendimiento económico, productividad o riqueza de capital material. Se hace énfasis en el espectro social, de allí que se han instaurado algunos proyectos que utilizan las TICs entre otros: en áreas de educación (misión Rivas, Programa RENA, Misión Sucre y Misión Robinsón), asimismo, existe la Misión Identidad (otorgamiento de documentos de identidad), y también en el espectro de tributos y aduana el SENIAT, ha implantado mecanismos de embarque electrónico, registro en línea de contribuyentes, declaraciones en línea y regularización de la actividad desempeñada por el sector productivo, en este mismo sentido, la adquisición de divisas o moneda extranjera para personas naturales y jurídicas (importadores y exportadores) se realiza vía electrónica (una fase), y así otros escenarios se consolidan.

De lo anterior es importante buscar mecanismos que consoliden estas iniciativas y las hagan extensivas a la totalidad de los ciudadanos, sólo así se puede afirmar que existen voluntades políticas en incorporar las TICs para el bienestar colectivo, tan imprescindible en países en desarrollo. Por lo tanto, sólo si todos los componentes de la sociedad y sus actores incorporan de manera consciente y con voluntad política las TICs para la prestación de los diferentes servicios hacia el ciudadano, podrá afirmarse que se está configurando un nuevo modelo de sociedad donde las etiquetas de “calidad” o “electrónico” sean secundarias porque privan otros valores: resultados, responsabilidad, transparencia, receptividad y participación.

La autora

Gladys Stella Rodríguez

Doctora en Derecho. Magister en Planificación y Gerencia de Ciencia y Tecnología. Profesora e Investigadora de la Sección de Informática Jurídica y Derecho Informático y Derecho Internacional Público.

V. RECOPIACION DE LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA DE PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Toda la normativa aquí indicada se encuentra en la base de datos de legislación que ha recopilado el equipo del Monitor. Usted puede tener acceso a toda esta normativa en: <http://www.privacidadyacceso.org/legislacion.shtml>

Argentina

24/11/2005: Ley 1845 Ley de Protección de Datos Personales.

03/08/2006: Resolución N° 233 - LCABA Acepta veto parcial a la Ley N° 1.845.

24/07/2006: Constitución Nacional artículo 43.

03/07/2006: Proyecto de ley para regular habeas data en Provincia de Buenos Aires
Proyecto de ley para reglamentar los aspectos procesales del habeas data en la Provincia de Buenos Aires. El proyecto es de la Diputada Alicia Tabarés De González Hueso (Dip. Provincia de Buenos Aires - Honorable Cámara de Diputados).

30/09/2005: Lineamientos para Protección de Datos Personales.

27/06/2006: Proyecto del Senado sobre regulación y protección jurídica del correo electrónico (S-1628/06).

16/06/2006: Proyecto de ley Violación de Secretos y Privacidad.
Proyecto de Ley Diputados Conti y Rossi: Código Penal. Modificaciones, sobre sustracción de correspondencia y correos enviados vía electrónica. (2991-D-2006)

17/05/2006: Anteproyecto de ley de delitos informáticos.
De los artículos 9° al 14° trata la modificación del código penal sobre la privacidad en el ámbito informático.

14/09/2001: Resolución 338/2001.

30/10/2000: Decreto 995/2000.
Veto y promulgación de la Ley N° 25326.

24/05/2002: Resolución 325/2002.
Apruébase el sistema de selección para cubrir el cargo de Director Nacional de Protección de Datos Personales.

27/11/2003: Disposición 002/03 DNPD.
Registro Nacional de Bases de datos. Habilitase el mencionado Registro y Dispónese la realización del Primer Censo Nacional de Bases de Datos.

29/06/2005: Disposición 1/2003.

Apruébense la “Clasificación de Infracciones” y la “Graduación de las Sanciones” a aplicar ante las faltas que se comprueben. Derogada por Disposición N° 7/2005.

11/11/2005: Disposición 7/2005.

Apruébense la “Clasificación de Infracciones” y la “Graduación de las Sanciones” a aplicar ante violaciones a las normas de la Ley N° 25.326 y de las reglamentaciones dictadas en su consecuencia. Derógase la Disposición N° 1/2003.

20/12/1996: Ley 24776.

Confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos.

09/01/1999: Ley 25065.

Ley de Tarjetas de Crédito. Establecedse normas que regulan diversos aspectos vinculados con el sistema de Tarjetas de Crédito, Compra y Débito. Relaciones entre el emisor y titular o usuario y entre el emisor y proveedor. Disposiciones Comunes. “Art. 53. Prohibición de informar sobre titulares y beneficiarios de extensiones de tarjetas de crédito a las “bases de datos de antecedentes financieros personales”, cuando el titular no haya cancelado sus obligaciones, se encuentre en mora o en etapa de refinanciación”.

25/06/2003: Disposición DNPDP 1/03.

Clasificación de las faltas y una graduación de las sanciones administrativas.

01/12/1997: Decreto 1279/97.

Declarase comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión al servicio de Internet.

14/12/2001: Ley 25506 Firma digital.

“Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, lo que constituye un elemento esencial para otorgar seguridad a las transacciones electrónicas, a través de la identificación fehaciente de las personas que intercambien información en formato electrónico”.

07/01/2004: Ley 25831. Régimen libre Acceso Información Pública Ambiental Creación. Objeto. Acceso a la información. Sujetos obligados. Procedimiento. Centralización y difusión. Denegación de la información. Plazo para la resolución de las solicitudes de información ambiental. Sancionada: Noviembre 26 de 2003.

04/12/2003: Decreto 1172/2003.

Se aprueban los reglamentos generales de audiencias publicas para el poder ejecutivo nacional, para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del poder ejecutivo nacional, para la elaboración participativa de normas, del acceso a la información pública para el poder ejecutivo nacional y de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos, formularios de inscripciones, registro y

presentación de opiniones y propuestas. Establecedse el acceso libre y gratuito vía Internet a la edición diaria del boletín oficial de la republica argentina.

06/02/2006: Disposición 2/2006 Registro Nacional de Bases de Datos. Impleméntese el Relevamiento Integral de Bases de Datos Personales del Estado Nacional.

06/12/2001: Ley 25.188 Ley de ética de la función pública.

Funcionarios públicos-empleo público-ética de la función pública-deberes del empleado público-incumplimiento de los deberes del funcionario público.

“En el Capítulo II de Deberes y Pautas de comportamiento ético, Artículo 2º, inciso e) se establece que los funcionarios públicos se encuentran obligados a fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan”. Sancionada: Septiembre 29 de 1999

06/02/2006: Ley 25.520 Ley de Inteligencia Nacional.

Bases jurídicas, orgánicas y funcionales del Sistema de Inteligencia de la Nación. Principios generales. Protección de los derechos y garantías de los habitantes. Organismos de Inteligencia. Política de Inteligencia Nacional. Clasificación de la información. Interceptación y Captación de Comunicaciones. Personal y capacitación. Control parlamentario. Disposiciones penales. Disposiciones transitorias y complementarias. Sancionada: Noviembre 27 de 2001.

12/06/2002: Ley 25.600 Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos.

En su artículo 50 establece la obligación de los partidos políticos de presentar ante la Justicia Electoral (dentro de los 60 días de finalizado cada ejercicio) el estatuto anual de su patrimonio y la cuenta de ingresos y egresos del ejercicio. Asimismo una lista completa de las personas físicas y jurídicas que hayan realizado aportes económicos en el período. Se establece que esta información tiene carácter público y puede ser consultada libremente por cualquier ciudadano.

17/01/1992: Ley 24051 Ley de Residuos peligrosos.

Determina que la Secretaría de Minería está obligada a proporcionar información a quien la solicite respecto de la aplicación de las normas de protección y conservación ambiental.

23/06/1997: Decreto N° 554/97.

Declara de Interés Nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial de Internet en condiciones sociales y geográficas equitativas, con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia.

29/11/2001: Decreto 1558/2001.

Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de los datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones.

04/10/2000: Ley 25326. Protección de los Datos Personales.
Incluye artículos vetados por Decreto N° 955/2000.

14/04/2004: Ordenanza: 1970/04 Ordenanza sobre el libre acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo y el Legislativo.
Versión aprobada del “Proyecto de Ordenanza que garantiza acceso a información pública en el municipio de Cañuelas, provincia de Buenos Aires”.

Bolivia

15/05/2006: Acta De Constitución de la Biblioteca Virtual en Salud Pública BVPS-Bolivia.

Su finalidad es la de organizar y administrar el crecimiento ordenado de la información científica-técnica en Salud Pública en Bolivia, en forma abierta, democrática y flexible.

31/01/2004: Decreto Supremo 27329.
Sobre Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental.

Brasil

27/04/2006: Constitución de la República Federativa de 1988.
La Constitución brasileña de 1988 recoge la protección de datos. En su artículo 5, LXXII, se crea un recurso especial de “habeas data”, en la instancia constitucional. “Se concede el habeas data: a) para asegurar el conocimiento de las informaciones relativas a la persona del impetrante que constaran en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público.”

16/07/1997: Ley 9472.
Regula: à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas; ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço.

12/11/1997: Ley 9507.
Ley que regula el derecho a la información pública en Brasil.

Chile

17/05/2004: Decreto 336.
Declara actos y documentos municipales como secretos o reservados.

13/10/2004: Decreto 2898.

Declara actos y documentos municipales como secretos o reservados.

27/04/2004: Decreto 650.

Aprueba Reglamento que declara secretos o reservados los actos y documentos que señala.

28/08/1999: Ley N° 19628.

Sobre Protección de la vida privada o Protección de datos de carácter personal

Colombia

01/02/2006: Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006.

Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia.

18/08/1999: 527 de 1999.

“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.

30/09/2002: 2170 de 2002.

“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.”

23/02/2006: Proyecto De Ley 154 de 2004.

Por medio de la cual se reglamenta el Derecho a la Información.

01/01/1991: Constitución Política de Colombia.

Artículo que regula la intimidad y tratamiento de datos personales.

05/07/1985: 57 de 1985.

Sobre Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental.

Comunidad Andina

19/07/2006: Decisión 638 Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina.

La presente Decisión establece los lineamientos comunitarios de protección al usuario, que los Países Miembros deberán tener en cuenta al definir sus normativas internas en materia de telecomunicaciones, con el fin de garantizar un tratamiento armónico en la Subregión en su artículo 2 señala la efectiva protección de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, en especial La privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones.

Ecuador

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

31/12/2002: Decreto Ejecutivo N° 3496.

Artículo 22 del reglamento de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.

18/05/2004: Ley 24.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

19/01/2005: Decreto Ejecutivo No. 2471.

Reglamento a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

07/06/2005: Decreto Ejecutivo 163.

Reforma al Reglamento a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Internacional

19/06/2006: Reglas mínimas para la difusión de información judicial en Internet. Reglas de Heredia.

La finalidad de la difusión en Internet de la información procesal será garantizar el inmediato acceso de las partes o quienes tengan un interés legítimo en la causa, a sus movimientos, citaciones o notificaciones.

México

31/03/2006: Policy Objectives – A general description of the government's policy objectives.

24/10/2006: Artículo 16 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos
Artículo referente a la privacidad.

15/01/2002: Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia.

Regula la constitución y operación de las sociedades de información crediticia. Sus disposiciones son de orden público y de observancia general en el territorio nacional.

30/07/2002: Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Aguascalientes.

25/01/2006: Dictamen No. 105.

Iniciativa de ley de transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado y Municipios de Baja California.

04/11/2003: Ley del Instituto de Acceso a la Información Pública del Estado de Coahuila.

14/02/2004: Iniciativa de Ley Federal de Protección de Datos Personales.

Informe Situacional de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina

11/06/2002: Ley Federal de Transparencia y acceso a la Información Pública Gubernamental.

La presente Ley tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

11/06/2003: Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Este ordenamiento tiene por objeto reglamentar las disposiciones de la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.

Panamá

23/01/2002: Ley 6/2002.

Ley que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de habeas data y dicta otras disposiciones.

Paraguay

18/04/2006: Ley 1682.

Reglamenta la información de carácter privado.

Perú

12/06/2001: Ley N° 27489.

Ley que regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información.

22/02/2001: Decreto Supremo 018-2001-PCM.

Procedimiento para facilitar a las personas el acceso a la información que posean o produzcan las entidades del Sector Público.

17/03/2001: Decreto de Urgencia 035-2001.

Acceso ciudadano a información sobre finanzas públicas.

04/02/2003: Ley 27927.

Ley que modifica y agrega algunos artículos a la Ley de Transparencia y acceso a la información pública - Ley N° 27806.

02/08/2002: Ley 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La presente Ley tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

07/08/2003: D.S. 072-2003-PCM.

Decreto que aprueba el reglamento de la ley de transparencia y acceso a la información pública.

Uruguay

11/04/2006: Proyecto de Ley de Spam.

01/10/2004: Ley 17838.

Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de habeas data.

13/01/2006: Ley 17948.

Información sobre personas, empresas e instituciones incorporadas a los registros del banco central del Uruguay.

06/07/2000: Ley 17243 Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas.

Se prevén normas en materia de informatización administrativa y se regula la firma electrónica y los servicios de certificación.

14/09/2004: Ley 17823 Código de la niñez y la adolescencia.

Artículos 11, 22 literales A y G, 96, 218 y 222. Derecho a la privacidad de la vida. Sistema de datos y limitaciones.

15/02/2006: Constitución de la República: Artículos 7, 10, 28, 72 y 332.

Normas sobre la libertad y privacidad de las personas.

Con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989 y el 26 de noviembre de 1994.

23/09/1982: Ley 15322. Sistema de Intermediación Financiera.

Artículo 25, que regula el Secreto Bancario.

12/01/1996: Ley 16736.

Artículo 694 regula el Derecho de Acceso.