

Caracas, 5 de diciembre de 2005

Señores
LATINLISTS

Ate: señor Noel Poler
Ref: Opinión Privacidad

Estimado Sr. Poler:

Nos dirigimos a ustedes en la oportunidad de dar respuesta a la consulta efectuada en días anteriores, mediante la cual nos requieren nuestra opinión respecto a diversos aspectos relacionados con el funcionamiento de LATINLISTS.

En este sentido, la presente opinión abarcará los aspectos las actividades de la empresa desde la perspectiva de la obtención, manejo y comercialización de la data, con especial referencia al derecho a la privacidad de las personas cuya información se encuentra incluida en las listas; al posible impacto que pueda tener el cliente con vista al origen de las fuentes de la data; y a la adecuación de la oferta comercial a la normativa legal aplicable.

Para elaborar la presente opinión se hizo un análisis de la siguiente documentación:

- a. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹;
- b. Ley sobre el Derecho de Autor²;
- c. Reglamento de la Ley sobre el derecho de Autor y de la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos³;
- d. Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁴;
- e. Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁵;
- f. Ley Especial contra los delitos Informáticos⁶; y
- g. Doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional.

Finalmente, para un mejor entendimiento de los puntos tratados en la presente opinión, la misma ha sido dividida en 3 capítulos, a saber: (i) El derecho a la privacidad de las personas cuya información se encuentra incluida en las Bases de Datos; (ii) la Titularidad sobre la Base de Datos; y (iii) la adecuación de la oferta comercial de la Base de Datos a la normativa legal aplicable en Venezuela.

- (i) El derecho a la privacidad de las personas cuya información se encuentra incluida en las Bases de Datos

La protección de los datos personales de los ciudadanos y los derechos fundamentales al honor, privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones son temas que no han sido adecuadamente desarrollados por la doctrina, jurisprudencia y la legislación de los países de América Latina, aun cuando la compilación de datos de las personas puedan ser utilizadas como base para prácticas discriminatorias (políticas,

¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.

² Publicada en Gaceta Oficial N° 4.638 Extraordinario del 1 de octubre de 1993.

³ Decreto 618, publicado en Gaceta Oficial N° 4.891 Extraordinario de fecha 26 de abril de 1995.

⁴ Decreto 1.204, publicado en Gaceta Oficial N° 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001.

⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.970 del 12 de junio de 2000.

⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.313 de fecha 30 de octubre de 2001.

religiosas, sexuales) o manipulada por grupos ilegales para fines ilegales como terrorismo, chantaje o extorsiones.

En la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo “Venezuela”), la protección a la privacidad, al honor y al acceso de la información de los ciudadanos (conocida doctrinariamente este último como el “Habeas Data”) se encuentra garantizada en los artículos 28, 48 y 60 de la Constitución Vigente, al señalar:

Artículo 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Artículo 48. Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

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

Como se observa de los artículos antes transcritos, el derecho a la privacidad de los ciudadanos abarca varias esferas, implica el acceder a los registros donde esté su información, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el solicitar la corrección de los errores que se encuentren en las referidas bases de datos, entre otros aspectos.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en reciente jurisprudencia, ha definido cuales son los derechos que se encuentra desarrollados en el artículo 28 de la Constitución Vigente al señalar⁷:

Para decidir la Sala observa:

El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son:

- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
- 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Este derecho a la privacidad o habeas data, no está dirigido a proteger los intereses de los administradores o propietarios de bases de datos; muy por el contrario, su función es la de exigirle a los administradores el correcto uso de la información obtenida. Sin embargo, debemos indicar que en Venezuela no existe una ley que contemple de forma concisa las disposiciones en el área de Base de Datos y el derecho al habeas data de los ciudadanos.

⁷ Expediente: 04-0733, sentencia de fecha 07 de diciembre de 2004, Pedro José Cabello Bonillo contra el Centro de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (CICPC), Recurso de Amparo Constitucional, Ponente Magistrado Antonio García García.

La Ley sobre el Derecho de Autor y su Reglamento solamente hacen referencia a la protección de las base de datos como creaciones personales; sin embargo, son silentes respecto a los derechos de los ciudadanos de solicitar la rectificación de la información contenida en la Base de Datos.

Por su parte, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en sus artículos 12, 20 y 50 ratifican la protección de los datos personales y la privacidad de los ciudadanos respecto al uso de la información que puede aparecer en las guías telefónicas, sin mencionar el procedimiento para llevar a cabo esta protección.

Adicionalmente, la Ley Especial contra los Delitos Informáticos contiene en su Título II, Capítulo III los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones, destacándose la violación de la privacidad de la data o información de carácter general, la reproducción o eliminación de mensajes de datos o la revelación indebida de información personal.

El resto de las leyes analizadas no contiene mención respecto al derecho a la privacidad de los ciudadanos. Otras leyes vigentes en el país solamente ratifican la normativa contenida en las leyes antes indicadas respecto al respeto a la vida privada de los ciudadanos. Así las cosas, los titulares de Bases de Datos se encuentran en plena libertad de disponer de la información obtenida sin limitaciones respecto a la forma de adquisición de dicha información, en el entendido de que: (i) dicha adquisición no puede ser efectuada por medios fraudulentos; y (ii) la información no invada o afecte claramente la vida privada, honor, reputación o imagen de las personas.

Desde otro punto de vista, indicamos que de la investigación realizada en la Web obtuvimos un Anteproyecto de Ley de Protección de Datos y Habeas Data que regularía

los derechos de los ciudadanos a la privacidad y la obtención de la información, los derechos de los titulares de los datos obtenidos, los registros de los archivos de datos, la existencia del órgano de control y el procedimiento en caso de infracciones administrativas o penales. A la fecha de la presente opinión no se ha obtenido ninguna notificación alguna respecto al proceso de formación de ley de este Anteproyecto.

Visto lo expresado en el presente capítulo, en definitiva podemos concluir lo siguiente:

- 1) La constitución Vigente en sus artículos 28, 48 y 60 desarrollan los principios que componen el derecho a la privacidad, al honor y al acceso de información de los ciudadanos;
- 2) La Ley sobre el Derecho de Autor y su Reglamento solamente hacen referencia a la protección de las base de datos como creaciones personales; sin embargo, son silentes respecto a los derechos de los ciudadanos de solicitar la rectificación de la información contenida en la Base de Datos;
- 3) LATINLISTS como propietario o administrador de las Bases de Datos, debe usar racionalmente la información; permitir a los ciudadanos de acceder a la información, solicitar su rectificación o incluso facilitar que su archivo sea “sacado” de la Base de Datos;
- 4) Si LATINLISTS violenta el derecho a la privacidad de los ciudadanos publicando informaciones falsas o inexactas o limitando su acceso a la información podrá dar lugar a acciones judiciales contra la empresa con base a lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Vigente o podría encuadrarse en alguna de las conductas calificadas como delictivas de acuerdo a la Ley Especial contra los Delitos Informáticos;

- 5) Actualmente no existe normativa que regule como debe ejercerse este el derecho a la privacidad, al honor y al acceso de información de los ciudadanos, solamente existe un Anteproyecto de Ley de Protección de Datos y Habeas Data que regularía los derechos de los ciudadanos a la privacidad y la obtención de la información, los derechos de los titulares de los datos obtenidos, los registros de los archivos de datos, la existencia del órgano de control y el procedimiento en caso de infracciones administrativas o penales.

(ii) Titularidad sobre la Base de Datos

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha definido las bases de datos como “... compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma...” protegidas cuando “... la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual....”.

La anterior definición ha sido aceptada por la Ley sobre el Derecho de Autor al proteger las bases de datos como creaciones personales; sin embargo, destacamos que esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos o los derechos de los ciudadanos que se pudiesen ver afectados por la información contenida en dicha base de datos.

Internacionalmente, la concepción que se tiene sobre la base de datos y su naturaleza ha evolucionado hacia el otorgamiento de un derecho sui generis a su fabricante, en el sentido de proteger la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante, ya sea de medio financieros, empleo de tiempo, esfuerzo y energía para la obtención, verificación o presentación de su contenido. Incluso, en Europa existen decisiones de la Comisión que regulan la transferencia de datos personales a un tercer país.

En Venezuela, tal y como indicamos en el capítulo (i) de esta opinión, no existe una ley que regule de forma precisa a las bases de datos de contenido no original, en cuanto a su alcance y derechos, exceptuando evidentemente la mención que hace la Ley de Derecho de Autor, en el sentido de su calificación como obra de ingenio distinta a la obra original, al igual que no existe una protección sui generis como la que se ha desarrollado por la Unión Europea. Lo anterior no implica que un tercero esté impedido de ejercer una reclamación cuando se vea afectado por la reutilización substancial de su base de datos no original. El problema sustancial se circunscribe a la prueba de la copia o transcripción de la base de datos no original, por parte de aquel que se haya visto afectado en un eventual proceso judicial.

Para el caso de LATINLISTS, consideramos que la mejor protección vendría dada por la regulación contractual de los casos de utilización ilegítima de la base de datos por parte de los clientes de la compañía. En efecto, a pesar de las acciones que podrían ejercerse de conformidad con la Ley de Derecho de Autor para proteger los derechos de explotación de las obras de ingenio, en el supuesto particular de las bases de datos de contenido no original, a falta de una regulación específica, creemos que las mayores garantías vendrían dadas por el tratamiento contractual de los derechos de uso de las listas que suministre LATINLISTS a sus clientes.

- (iii) La adecuación de la oferta comercial de la Base de Datos a la normativa legal aplicable en Venezuela

Finalmente, luego de analizados los puntos contenidos en los literales (i) y (ii) de la presente opinión, debemos indicar que LATINLISTS en el manejo y creación de las bases de datos que se comercialicen en el territorio nacional deberá reconocer los derechos de los ciudadanos a este respecto, contenidos en la legislación vigente, así como aquellos procedimientos que sean establecidos por el Tribunal Supremo de Justicia mientras se promulga una Ley que desarrolle el ejercicio de estos derechos.

Ratificamos que el propietario o administrador de una base de datos debe siempre tener mecanismos para que los ciudadanos accedan, revisen y puedan solicitar una rectificación o modificación de la información que esté registrada. Así, los contratos que celebre LATINLIST con terceros deberán garantizar los principios constitucionalmente expresados, con la finalidad de evitar la aplicación de las sanciones expuestas en la presente opinión.

De la manera que antecede esperamos haber dado respuesta a sus inquietudes sobre este tema y nos reiteramos a su disposición para aclarar cualquier duda que tenga sobre los particulares tratados en la presente. Aprovechamos la oportunidad para agradecer la confianza que nos brinda al someter sus asuntos a nuestra consideración.

Muy atentamente,

José Vicente Melo López

Raif El Arigie H.

Gabriella Ducharne A.