

# INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL AND DATA LAW

---

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT  
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE

Vol. 5 - 2019



ISSN 2553-6893

**International Journal of Digital and Data Law**  
**Revue internationale de droit des données et du numérique**

**Direction :**  
**Irène Bouhadana & William Gilles**

ISSN : 2553-6893

**IMODEV**  
49 rue Brancion 75015 Paris – France  
www.imodev.org  
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article  
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article  
are the sole responsibility of the author.*

**Droits d'utilisation et de réutilisation**

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

## À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

**Irène Bouhadana**, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV. Enfin, elle est avocate au barreau de Paris, associée de BeRecht Avocats.

**William Gilles**, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV. Fondateur et associé de BeRecht Avocats, il aussi avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le CNMA.

**IMODEV** est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source ([ojs.imodev.org](https://ojs.imodev.org)) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;

2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

## ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

**Irène Bouhadana**, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV. She is an attorney at law at the Paris Bar and a partner of BeRecht Avocats.

**William Gilles**, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV. Founder and partner at BeRecht Avocats, he is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

**IMODEV** is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at [ojs.imodev.org](https://ojs.imodev.org) to promote open science under the Creative commons license **CC-BY-NC-ND**:

- 1) the *International Journal of Open Governments/ la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

## CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE LA CIRCULACIÓN DE DATOS EN AMÉRICA LATINA

por **Ingrid OBREGON THARAUD**, Doctorante en derecho digital, Escuela de derecho de la Sorbona, Universidad Paris 1 Panteón-Sorbona.

---

En la llamada era digital, es decir, la era en que los seres humanos hemos adoptado la tecnología a nuestro diario vivir, la circulación de datos se convirtió en un aspecto neurálgico. Los datos, en sí mismos, han sido reconocidos por varios autores como « el petróleo de la era digital »<sup>1</sup>. Sin embargo, los datos presentan una mayor amplitud, puesto que en vez de extinguirse con su utilización, tienen vocación a enriquecerse - efecto multiplicador-<sup>2</sup>, de esta manera, si los datos no pueden circular, no pueden alimentar los sistemas de información y, toda la cadena que se ha venido constituyendo alrededor del dato, se debilita, pierde su utilidad y trascendencia. Es entonces la circulación de datos el núcleo central del derecho de datos. De ahí el interés que se expresa por los partidarios de movimientos como el *open government*, *civic tech*, *smart cities*, entre los más conocidos.

Los datos tienen habientes, estos son las personas a quienes los mismos concierne<sup>3</sup>. La tendencia en cuanto a la protección jurídica de los datos ha sido, por una parte, su reconocimiento como derecho de la personalidad, al igual que el nombre, la nacionalidad, etc.; y por otra parte, como derecho conexo del derecho a la vida privada o intimidad. Estos datos, se han llamado « datos personales », pero también existen otras categorías de datos, es el caso de los datos públicos como los meteorológicos, los del tráfico automotor; los datos corporativos que están en desarrollo, como el capital de una empresa, las decisiones empresariales, el número de toneladas de carga que se moviliza, algunos de ellos calificados a su vez como protegidos por el « secreto profesional ».

Adicionalmente, además de estos datos, existen otros datos que se pueden denominar « derivados »<sup>4</sup> y son los que se extraen de los sistemas de información, ya sea como resultado de la puesta en funcionamiento de algoritmos o, de la llamada inteligencia artificial o, datos que se producen con el simple cruce con otros datos,

---

<sup>1</sup> Ver por ejemplo la obra : D. BOURCIER, et P. DE FILIPPI , *Open data & Big data ; Nouveaux défis pour la vie privée*. Paris, Éditions Mare et Martin, 2016 [francés].

<sup>2</sup> Para profundizar sobre la noción, ver : ISAAC, Henri. « La donnée numérique, bien public ou instrument de profit », *Revue Pouvoirs*, n° 164, ed. Seuil, France, pp. 75-86 [francés].

<sup>3</sup> « Sería suficiente poner en perspectiva los riesgos con el derecho, reconociendo un derecho de propiedad de los individuos sobre sus datos personales » [traducción libre] sugirió en su momento A. BENSOUSSAN, « La propriété des données », *lefigaro.fr*. 18 de mayo 2010 [francés].

<sup>4</sup> G. FLORIMOND, *Droit et Internet, De la logique internationaliste à la logique réaliste*, ed. Mare & Martin, Paris, 2016.

conocidos como « mega datos » y finalmente, los datos fruto de actividades científicas o académicas, que se han venido denominando « datos de investigación ».

En los países de América latina se viene invirtiendo<sup>5</sup> en el desarrollo de las redes de telecomunicaciones a fin de garantizar el llamado « servicio universal »<sup>6</sup> de acceso a las redes de comunicaciones, no obstante según el último informe del BID, existe un rezago en la innovación de las empresas « las empresas de la región adoptan nuevas tecnologías a un ritmo más lento »<sup>7</sup>. Elemento necesario para desarrollar la economía digital, que como se ha demostrado<sup>8</sup>, ha venido cambiando paradigmas<sup>9</sup> convirtiéndose « la innovación » en un elemento esencial para el crecimiento de las empresas, volviendo obsoletas algunas prácticas empresariales tradicionales. Es así como los datos es fuente esencial de este tipo prácticas comerciales, como también lo es, de la actividad del Estado.

Una pregunta fundamental que se desprende de esta temática es ¿cuál es el interés que presenta este análisis?. A fin de responder a esta pregunta, se puede observar las tasas de crecimiento del mercado digital latinoamericano. Al respecto, se encuentra que entre el 31 de diciembre de 2017 a junio de 2018, el crecimiento fue de 2.325,4%<sup>10</sup>. Lo que se traduce en que para junio de 2018, corresponde a 438'248.446 internautas o usuarios de internet. Es decir, existen 40 millones más de internautas en América latina que en Europa, a pesar de que existe un 40% menos de conexiones a internet<sup>11</sup>.

Es decir, además de ser un mercado mas amplio – por numero de internautas – que el Europeo<sup>12</sup>, tiene perspectivas de crecimiento de más del doble en los próximos años. Estas cifras vislumbran claramente el espectro social y económico que esta llamado a

---

<sup>5</sup> « La penetración de usuarios de Internet ha crecido a una tasa promedio anual de 9% en los últimos 5 años, alcanzando una penetración del 56% en 2016. » « No obstante, el acceso a Internet en los hogares continúa siendo un desafío para la región, solamente la mitad de los hogares accede a este servicio ». CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, J. A. PATIÑO, y L. POVEDA, A. L. CEPAL y MARTÍNEZ, CETIC.br, *Monitoreo de la Agenda Digital para América Latina y el Caribe eLAC2018*, p. 9 y ss.

<sup>6</sup> Principio fundamental en la mayoría de legislaciones en materia de derecho de telecomunicaciones en América latina.

<sup>7</sup> BID, Banco Interamericano de Desarrollo. E. CAVALLO, A. POWELL, (coord.), *Informe macroeconómico de América latina y el Caribe, La hora del crecimiento*, 2018. p. 35 y ss.

<sup>8</sup> B. CARLSSON, « The Digital economy : what is new and what is not ? », *Structural Change and Economic Dynamics*, vol. 15, issue 3, septiembre 2004, pp. 245-264 ; D. HENRY, P. BUCLEY, G. GILL, *The emerging digital economy II*, Economics and statistics administration, Office of policy development, Department of Commerce, United States of America, Washington, junio 1999 [inglés].

<sup>9</sup> « ...la revolución digital va representar una ruptura de paradigma mayor por el conjunto de la humanidad. La distribución muy masiva del saber y de técnicas de salud, la emergencia robótica, el cambio de dimensiones de los Estados, son algunas de las nociones fundamentales que serán llamadas a cambiar el curso de la humanidad » [traducción libre]. G. BABINET, *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité. Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, ed. Le Passeur, 2014 [francés].

<sup>10</sup> El 31 de diciembre era de 18.068.000 millones de internautas. *Ibidem*.

<sup>11</sup> Nielsen online, UIT, Internet World stats, fuentes locales, citados por Miniwatts Marketing Group. Estadísticas mundiales del internet 2018. URL: <https://exitoexportador.com/stats.htm>

<sup>12</sup> Mercado tasado en 350 millones de euros para este año (2018).

desarrollarse y las políticas que se deberán adoptar para responder a las mismas<sup>13</sup>.

Con la finalidad de acotar la temática expuesta, en una primera parte, se presentará el panorama jurídico de protección de datos en América latina, a efectos de observar cuál es el estado jurídico actual en esta materia, y en una segunda parte, un análisis reflexivo prospectivo sobre los desafíos a los que se enfrenta ese marco jurídico.

Para realizar este análisis, se tuvieron en cuenta los 19 países latinoamericanos que conforman la Red iberoamericana de protección de datos personales – RPDP –, conformada en junio de 2003, a efectos de recopilar los elementos jurídicos esenciales que se han desarrollado hasta la fecha.

## § 1 – PANORAMA JURÍDICO ACTUAL EN LATINOAMÉRICA SOBRE LA CIRCULACIÓN DE DATOS

En el Encuentro Iberoamericano de protección de datos, convocado en 2002 por la Agencia de Protección de Datos española, llevado a cabo en San Lorenzo de El Escorial, España, se creó la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales, así mismo, se declaró por los países asistentes, a saber, Argentina, Brasil, Costa Rica, España, México, Paraguay, Perú y Uruguay, lo siguiente: « el respeto a la intimidad y a la privacidad y, en particular, la libre disposición de sus datos personales, es un derecho fundamental de las personas ».

El derecho latinoamericano de inspiración romano-germánica, en materia de datos ha venido influenciándose del derecho europeo. Al respecto intercambios entorno a la Red RIPDP, como en otros escenarios como la Cumbre Unión Europea-América Latina y el Caribe, el proceso de negociación de la Unión Europea y el Mercosur, los acuerdos de libre comercio que se han firmado entre la Unión Europea con algunos países de Iberoamérica, han fortificado los lazos y han propugnado a un intercambio activo entre América Latina y la Unión Europea.

Auscultado el marco jurídico establecido por este grupo de países, se puede señalar, en primer lugar que los datos objeto de mayor desarrollo jurídico son los « datos personales », siendo los públicos, desarrollados a través de las figuras del « habeas data », y « la transparencia de la administración pública ». En segundo lugar, no sobra precisar que la consagración jurídica en el ordenamiento jurídico de un Estado, no determina su efectividad y observancia. Es decir, la extensión de una reglamentación – *lato senso* – no implica *per se*, una protección más eficaz, sino que denota la

---

<sup>13</sup> Sin embargo, habrá que tasarse tanto para la economía (crecimiento de las empresas, aumento de ganancias por año) como para la sociedad (economía de tiempo, en impuestos, de acceso gratuito, de acceso a mejores precios). Sobre la economía, la consultora Boston Consulting Group, estimó en 2012 que el valor creado por las organizaciones y por los ciudadanos debido a la explotación de datos personales representará 1000 billones de euros por año en Europa en el año 2020. Boston Consulting Group, *The Value of our Digital Identity*, 2012, pp. 3-4 [inglés].

voluntad política favorable al desarrollo de un marco jurídico debido a diferentes razones.

Luego de la revisión de la legislación de los países latinoamericanos miembros de la Red Iberoamericana de Protección de Derechos Personales, se observan dos niveles de legislación. El primero que corresponde a países con un régimen jurídico amplio, al que denominaremos derecho de datos con un régimen jurídico desarrollado y, el segundo, con un régimen jurídico exiguo, al que llamaremos, Derecho de datos con un régimen jurídico limitado.

### **A) Derecho de datos con un régimen jurídico amplio**

En esta categoría se clasificaron los sistemas normativos que cuentan con una reglamentación amplia en materia de protección de datos personales. Este grupo puede subdividirse en dos subgrupos. El primero, constituido por los sistemas que cuentan con desarrollo constitucional, legislativo e incluso reglamentario, pero sin la existencia de una autoridad específica para su observancia. Y en el segundo subgrupo, conformado por los países que adicionalmente cuentan con una autoridad especializada a fin de garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales.

En ambos grupos, se encuentran derechos fundamentales conexos en la Constitución Política, tales como la vida privada o intimidad, la inviolabilidad de las comunicaciones y en algunos casos la consagración expresa de la protección de datos personales como un derecho fundamental.

#### **1) Derecho de datos acéfalo o inorgánico**

Llamaremos acéfalo o inorgánico, a los marcos normativos amplios que no cuentan con una entidad pública o que cumpla funciones públicas para la garantía de la aplicación del marco jurídico en materia de datos. Vale la pena acotar que la inexistencia de un órgano especializado no implica una despreocupación política respecto a un sector determinado. Ello se explica funcional y orgánicamente en la repartición de las tres funciones entorno a las cuales se desarrollan y evolucionan los marcos jurídicos. Es decir, la existencia de la división de poderes implica la repartición de las competencias de creación, modificación (legislativo); ejecución (ejecutivo) y sanción en caso de inobservancia de las mismas (judicial). Funciones que pueden ser reforzadas por entidades aún más especializadas, como es el caso de las Comisiones de regulación en lo que respecta a la primera función.

En este primer sub-grupo se encuentra Paraguay y Chile. Paraguay, en 2001 promulgó la llamada «Reglamentación de carácter privado»<sup>14</sup>, esta norma contiene el marco normativo sobre la protección de derechos personales. Asimismo, en el mismo año (2011), se incluyeron los siguientes tipos penales : acceso indebido

---

<sup>14</sup> República del Paraguay, Congreso Nacional, Ley n° 1682, de 16 de enero de 2001.

a datos personales, interceptación de datos, preparación de acceso indebido a interceptación de datos, acceso indebido a sistemas informáticos, sabotaje a sistemas informáticos<sup>15</sup>. No obstante, a pesar de no haber previsto inicialmente una autoridad independiente en la materia, empero, el pasado 3 de julio de 2018, el Parlamento crea el Consejo para la Transparencia para Datos Personales, es decir que este país se encuentra en transición hacia el segundo sub-grupo.

Chile, por su parte, expidió una ley sobre protección de la vida privada en 1999<sup>16</sup> teniendo como particularidad un régimen más estricto cuando el que efectúa el tratamiento de datos personales es el Estado o, quien ejerza funciones públicas. De otra parte, estableció también un órgano de registro llamado « Bancos de Datos Personales » llevados en el Servicio de Registro Civil e Identificación, sin embargo, no se exige consentimiento del titular para el uso de datos para marketing directo entre otras excepciones a la exigencia del consentimiento<sup>17</sup>, como tampoco cuenta con una autoridad y sanciones que permitan mayor protección de los datos personales.

## 2) B- Derecho de datos orgánico

Estos países cuentan con la consagración de derechos fundamentales en la Constitución Política Nacional, como es el caso de los llamados « derechos ARCO », es decir, derecho al acceso, rectificación, cancelación, oposición de la información. Estos derechos desarrollan el principio de « autodeterminación de la información o autodeterminación informativa »<sup>18</sup>.

Este sub-grupo esta conformado por Argentina, Colombia<sup>19</sup>, México, Nicaragua, Perú<sup>20</sup>, Uruguay y República Dominicana<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> República del Paraguay, Congreso Nacional, Ley n° 4439, de 3 de octubre de 2011, que modifica y amplía varios artículos de la Ley n° 1160/97, Código Penal. Artículos 146 b; 146 c; 146 d; 174; 174 b; 175; 175 b y 188.

<sup>16</sup> República de Chile, Congreso Nacional, Ley 19.628 de 1999 sobre protección de la vida privada.

<sup>17</sup> Para profundizar más ver : P. VIOLLIER, *Derechos digitales América latina*, 2017. URL: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/PVB-datos-int.pdf>

<sup>18</sup> En España fue construido a partir de la jurisprudencia, partiendo del artículo 18.4 de la Constitución de 1978 ; Pérez Royo, Francisco Javier, « Derecho a la información », *Revista Boletín de la ANABAD*, Madrid España, 1999, p. 22 y ss.

<sup>19</sup> Constitución Política de 1991, artículo 15 estableció el derecho a la intimidad personal y el habeas data. A nivel legislativo, se promulgó la Ley 1581 de 17 de octubre de 2012 sobre la protección de datos personales, reglamentado por el Decreto 1377 de junio de 2013 y el Decreto 886 del 14 de mayo de 2014 y, la Ley de habeas data, Ley 1266 de 31 de diciembre de 2008, reglamentada por el Decreto 2952 de 6 de agosto de 2010, asimismo, la Ley 1273 de 2009 modifica el código penal y crea un nuevo bien jurídico tutelado « de la protección de la información y de los datos ».

<sup>20</sup> Art. 2 num. 6 de la Constitución. Ley 3 de julio 2011 Diario Oficial el Peruano, reglamentó la Ley el 22 de marzo de 2013 con vigencia a partir del 8 de mayo de 2013. Cuya autoridad Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales pertenece a la Dirección general de transparencia y acceso público a la información y protección de datos personales que pertenece al Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos. Esta autoridad decidió dar una prórroga de dos años para estar de acuerdo a la legislación.

<sup>21</sup> República Dominicana, Constitución Política Art. 44 Derecho de acceso a la información y principios, art. 70 Hábeas data. Se establece un órgano específico para los datos crediticios, la Superintendencia de Bancos, art. 81 Ley 172 de 2013, finalmente,

Estos países constituyeron un nuevo órgano de control que busca garantizar el Régimen de Propiedad de Datos Personales.

Los órganos se crearon, ya sea como, uno nuevo o, como adscritos o derivados de uno preexistente.

En el primer caso se encuentra Uruguay<sup>22</sup>, que creó la AGESIC, Agencia de Gobierno electrónico y Sociedad de la Información y de Conocimiento, como órgano desconcentrado que emana de la Presidencia de la República (2009).

En el segundo caso, se encuentran organismos adscritos a un ministerio. En el caso de Argentina<sup>23</sup> y Perú<sup>24</sup> al Ministerio de Justicia, en Colombia<sup>25</sup>, adscrito al Ministerio de Industria y Comercio y, Nicaragua<sup>26</sup> adscrita a dos ministerios, Ministerio de Justicia y Ministerio de Hacienda y crédito Público y México al Congreso<sup>27</sup>.

Nicaragua por su parte cuenta con dos autoridades, el responsable del registro de ficheros de datos<sup>28</sup> y la Dirección de Protección de datos personales.

## B) Derecho de datos con un régimen jurídico exiguo

En esta categoría se encuentran los sistemas normativos en los que el desarrollo legislativo es inexistente o exiguo. Sin embargo, cuentan con una mención aunque sea somera de derechos fundamentales en conexión con la protección de datos personales. En este grupo podemos identificar dos sub-grupos. El primero caracterizado por establecer un desarrollo constitucional amplio, categoría denominada por los constitucionalistas como el « nuevo constitucionalismo »<sup>29</sup>. En el segundo subgrupo por su parte, se

---

expidió la Ley General de Libre acceso a la Información Pública, Ley 200 del 28 de julio de 2004.

<sup>22</sup> República de Uruguay, art. 72 Ley de Presupuesto Nacional 2005 – 2009, n° 17.930 de 19 de diciembre de 2005, crea como un órgano desconcentrado dentro del Inciso 02 « Presidencia de la República », el programa 484 « Políticas de Gobierno Electrónico » y la unidad ejecutora 010 « Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento ».

<sup>23</sup> Argentina, Ministerio de economía, Decreto reglamentario 1658 de enero de 2001, emitido el 17 de diciembre de 2001, Boletín oficial del 20 de diciembre de 2001, Boletín AFIP n° 54, enero de 2002, p. 69, que creó la Dirección Nacional bajo el control del Ministerio de Justicia.

<sup>24</sup> La Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, es el órgano de línea encargado de ejercer la Autoridad, depende jerárquicamente del Despacho Viceministerial de Justicia.

<sup>25</sup> República de Colombia. Decreto 4866 de 2006 crea la Delegatura para la protección de datos personales en 2011; la Ley 1266 de 2008 la incluye bajo la dirección de la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene entre otras funciones « solicitar corregir actualizar o retirar bases de datos ».

<sup>26</sup> Nicaragua, Asamblea Nacional, art. 28 y ss, Ley de protección de datos personales, Ley n° 787, aprobada el 21 de marzo del 2012, publicada en la Gaceta n° 61 del 29 de marzo del 2012.

<sup>27</sup> Art. 39, VIII Ley Federal de Protección de datos personales en posesión de los particulares

<sup>28</sup> Cap. IV Faceeta Diario Oficial 29 de marzo de 2012, Ley n° 787, Ley de Protección de Datos Personales

<sup>29</sup> Para profundizar ver : I. OBREGON, C. RUSINQUE, « el principio de neutralidad de la red dentro del marco del constitucionalismo latinoamericano », *Imodev 2017*, disponible en línea [francés].

incluyen los sistemas jurídicos que tienen un marco constitucional mucho menos desarrollado.

### ***1) Sistemas jurídicos latinoamericanos con un derecho de datos principalmente de orden constitucional***

Los regímenes jurídicos ubicados en este grupo, se caracterizan por un amplio catálogo de derechos, garantías y libertades constitucionales, que incluso desarrollan algunos de los mismos en el marco constitucional. En este sub-grupo se encuentran Bolivia y Venezuela.

En Bolivia, además de incluirse una protección de los datos personales a nivel constitucional, el Presidente expidió el « Decreto Supremo »<sup>30</sup> que aprueba el Reglamento que desarrolla la Protección de datos personales o PDP<sup>31</sup>. En su lectura, vale la pena resaltar dos particularidades respecto a la autodeterminación informativa, la primera es la necesidad de justificación para retirar el consentimiento en el tratamiento de datos personales, que limita el derecho a la oposición y, de otra parte, la imposibilidad de uso para otras finalidades, aún más protector. Habrá que estudiar en la práctica como se viene presentando.

Venezuela, por su parte, establece en su Constitución Política la protección de datos personales, es decir, como un principio de orden constitucional, estableciendo como excepciones el secreto profesional y periodístico, es decir, como un derecho no absoluto, protección que puede ser solicitada por el Defensor del pueblo a través del amparo constitucional o ante jurisdicciones ordinarias, llamada vía autónoma.

### ***2) Sistemas jurídicos latinoamericanos con un derecho de datos poco explícito o prácticamente inexistente***

Dentro de este grupo se encuentra Ecuador, Brasil, Guatemala, El Salvador, Honduras, Panamá y Haití.

Haití estableció en su Constitución Política de 1987 el derecho a la información<sup>32</sup>, derecho que tiene doble connotación, derecho al acceso y derecho a comunicar la información de la cual se conozca. En el caso de Ecuador, se incluyó en la Constitución Política Nacional el derecho de protección de derechos personales como derecho fundamental.

---

<sup>30</sup> Bolivia, Presidencia de la República. Decreto Supremo n° 1793 del 13 de Noviembre de 2013.

<sup>31</sup> Reglamento a la Ley n° 164, de 8 de agosto de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación.

<sup>32</sup> Constitución de 1987, art. 40, pero no hace mención datos personales, solamente habla de la libertad de información escrita y oral sobre informaciones públicas, exceptuando las concernientes a la seguridad nacional. « The State has the obligation to publicize in the oral, written and televised press in the Creole and French languages all laws, orders, decrees, international agreements, treaties, and conventions on everything affecting the national life, except for information concerning national security. »

En Brasil no se encuentra ninguna referencia normativa sobre la PDP.

Guatemala y Panamá consagran en su Constitución Política la inviolabilidad de las comunicaciones y acceso a la información pública, derechos que son conexos a la PDP. En Guatemala se estableció en el Código Penal<sup>33</sup> un catálogo de delitos informáticos<sup>34</sup> dentro de los cuales se encuentran: destrucción de registros informáticos (art. 274 A), alteración de programas, registros prohibidos (art. 274D), manipulación de información (art. 274E).

En Honduras y Panamá se consagró en su Constitución Política el habeas data y se promulgó una «Ley de Transparencia» que desarrolla el derecho al acceso de información pública, en Panamá promulgada en 2002<sup>35</sup> y, en Honduras promulgada en 2006<sup>36</sup>.

El Salvador por su parte, no es muy explícito a nivel constitucional<sup>37</sup>, pero en la Ley de Telecomunicaciones<sup>38</sup> incluyó la confidencialidad de los datos personales no públicos.

## § 2 – ANÁLISIS JURÍDICO PROSPECTIVO SOBRE LA CIRCULACIÓN DE DATOS EN AMÉRICA LATINA

América latina es la región con mayor involucramiento en redes sociales a nivel global, a saber, 6 horas promedio al mes por visitante<sup>39</sup>.

Dentro de las principales dificultades respecto a la circulación de datos se encuentra el cibercrimen. Es así como, por ejemplo, en México cerca de la mitad de los internautas han sufrido ciberataques. De 71 millones de personas conectadas en el país, 33 millones han visto vulnerado su equipo o información.

Es así como sin seguridad, los niveles de confianza bajan, al respecto, Basdenvand y Mignard<sup>40</sup> señalaron que « lo digital será un verdadero progreso cuando la seguridad y la confianza hayan descartado los peligros ».

De otra parte, la obsolescencia de las normas es una de las problemáticas a confrontar. Así como la aplicación de reglas

---

<sup>33</sup> República de Guatemala, Congreso de la República, Código Penal, Decreto n° 17-73, 27 de julio de 1973.

<sup>34</sup> República de Guatemala, Código Penal, capítulo VII, « De los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos » arts 274 – 275.

<sup>35</sup> República de Panamá, Asamblea legislativa, Ley 6 del 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de habeas data y dicta otras disposiciones. Gaceta Oficial 24476 del 23 de enero de 2002.

<sup>36</sup> República de Honduras, Congreso Nacional, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 2006.

<sup>37</sup> En la Constitución Política consagra el derecho a la libertad, la propiedad y posesión [...] a nivel general.

<sup>38</sup> Literal b, art. 29, confidencialidad de los datos personales no públicos. Decreto Legislativo 911 del 14 de diciembre de 2005, Diario Oficial n° 8, Tomo 370 del 12 de enero de 2006.

<sup>39</sup> Europa 5,4, Norte América 4,6, Medio Oriente - Africa 3,6 y Asia Pacifico 2,2, Cifras Comscore.

<sup>40</sup> A. BASDENVAND y J.-P. MIGNARD, *L'empire des données, essai sur la société, les algorithmes et la loi*, ed. Don Quichotte, 15 marzo de 2018 [francés].

relativas a la protección de datos personales en situaciones regidas bajo normas que fueron constituidas bajo otros objetivos.

Estas situaciones de hecho tienen un impacto sobre los derechos fundamentales relacionados con la circulación de datos (A) como sobre la democracia (B).

### A) Impacto sobre los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son susceptibles de ser limitados, se reconocen dos tipos de límites<sup>41</sup>,

Según el manual de derecho de libertades fundamentales escrito por constitucionalistas como Louis Favoreu,

pueden establecerse. El primero los que se desprenden de la necesidad de respetar otro derecho fundamental, o de respetar objetivos de interés general.

Respecto a los derechos fundamentales conexos a la protección de datos personales se encuentra el derecho a la vida privada, o derecho a la intimidad. Este derecho frente a la era digital se ha visto menguado debido a la obsolescencia de las normas jurídicas. Primavera de Filippetti<sup>42</sup> sobre este tema explica la dificultad de garantizar el derecho al olvido teniendo en cuenta que en la era digital, una vez publicado, se puede volver a recuperar la información<sup>43</sup>, y además es de conocimiento público, así que, el hecho de que se suprima el link que conduzca a dicha información, ya no va a tener tanta relevancia.

Técnicamente se puede revertir la anonimización de datos, a través del uso de softwares y cruce de bases de datos, reconstituyendo la identificación de las personas que conciernen los datos que fueron anonimizados, a través de mecanismos de *reverse-engineering*<sup>44</sup>.

Como fue analizado por Oboler<sup>45</sup>, la mayoría de internautas consiente el tratamiento de sus datos en aras de acceder a un servicio mas personalizado que de otra manera no podría ser suministrado o que se supedita al consentimiento para la prestación del servicio. Al final los internautas aceptan ya sea por necesidad, por indiferencia, por lo incombroso que resulta leer todos los terminos de las condiciones generales de uso o, en algunas

---

<sup>41</sup> R. GHEVONTIAN, L. FAVOREU y P. GAÏA, *Droit des libertés fondamentales*, ed. Dalloz, 6a édition, 15 décembre 2015.

<sup>42</sup> P. DE FILIPPI, « Gouvernance algorithmique : Vie privée et autonomie individuelle à l'ère des Big Data » in P. DE FILIPPI y D. BOURCIER, *Open Data*. ed. Mare Martin, 2016 [francés].

<sup>43</sup> R. H. WEBER, « The right to be forgotten : more than a Pandora's box ? ». *Journal of intellectual property, information technology and e-commerce law*, n° 2, 2011, pp. 120-130 ; J. ROSEN, « The right to be forgotten. » *Standford law review*, n° 64. 2012, p. 88 ; M. STEPHENS, « Only the powerful will benefit from the right to be forgotten », *The Guardian*, mayo 18, 2014 [inglés].

<sup>44</sup> ENISA, *The right to be forgotten, between expectations and practice. Report of the European Network and Information Security Agency*, enero de 2012. [inglés].

<sup>45</sup> A. OBOLER, K. WELSH, L. CRUZ, « The danger of big data: Social media as computacional social science » [inglés].

ocasiones, con el ánimo de recibir la prospección sobre los bienes y servicios de su interés<sup>46</sup>.

La observancia de la autodeterminación de datos o respeto al consentimiento para el tratamiento de datos, se ve vulnerado por la utilización de cookies, así como también, por la captación de datos personales a través de publicaciones de terceros que dejan « huellas » en los sistemas de información, conocidos como los *data shadows*<sup>47</sup>.

La proliferación de información accesible de acuerdo al perfil digital o, que responda al querer de grupos de poder, son situaciones que se enmarcan en riesgos como la manipulación en masa<sup>48</sup>, la ingeniería social<sup>49</sup>, la vigilancia electrónica<sup>50</sup>, confusión, o a cambio de salud<sup>51</sup>, situaciones que se han representado en películas como HER, ex máquina.

De otra parte, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, que pueden verse vulnerados en las llamadas comunicaciones electrónicas principalmente por la falta de observancia de los principios de neutralidad de la red y el de servicio universal.

Frente a los derechos fundamentales y la adaptación del derecho a las situaciones de hecho, vale la pena traer a colación la teoría canadiense, llamada « acomodaciones razonables »<sup>52</sup>, que ha venido acogándose jurisprudencialmente en Europa –Tribunal de Derechos Humanos –, por medio de la cual se busca evitar, en la medida de lo posible, la discriminación indirecta de minorías como también de mayorías, dando una nueva mirada a temáticas como la soberanía nacional y la democracia.

La prospección jurídica en materia de derechos fundamentales requiere de la necesidad de marcos jurídicos resilitorios que respondan a las realidades y avances tecnológicos, teniendo en cuenta la extraterritorialidad de la circulación de datos, evitando la proliferación de excepciones y un régimen sancionatorio que sea accesible a los ciudadanos, es decir, regímenes que permitan acudir a los tribunales de justicia que garanticen la observancia de los derechos fundamentales que hayan sido vulnerados.

---

<sup>46</sup> D. THOMPSON, « I agreed to what? : A call for enforcement of Clarity in the Presentation of Privacy Policies ». *UC Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 35, n° 1, 2013, pp. 199-223 [inglés].

<sup>47</sup> B.-J. KOOPS, « Forgetting Footprints, Shunning Shadows : A Critical Analysis of the Right to be forgotten in Big Data practice ». *SCRIPTed*, vol. 18, n° 3, pp. 229-256, 2011 [inglés].

<sup>48</sup> Obras como las de Noam Chomsky.

<sup>49</sup> K. MITNICK, L. S. WILLIAM, *The Art of Deception, Controlling the Human Element of Security*, Kineticstomp, 2002.

<sup>50</sup> Ilustrado en el libro *1984* de Georges Orwell, ed. Secker and Warburg, 1949.

<sup>51</sup> Planteamiento prospectivo realizado por Yuval Noah Harari en su libro *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, ed. Harvill Secker, 2016.

<sup>52</sup> « La obligación de acomodar o ajustar es el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación indirecta tanto de las minorías como de las mayorías, tomando distintas medias de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos, flexibilizando la norma o adaptándola en su aplicación. » M. ELÓSEGUI ITXASO, « El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. » AFD, 2014, España, pp. 69-96.

## B) Impacto sobre la democracia

Naciones Unidas reconoce la democracia como un medio para la protección y el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Valores incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmados y complementados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra «una multitud de derechos políticos y libertades civiles en los que se basan las democracias significativas»<sup>53</sup>.

La participación ciudadana se expresa a través del ejercicio de los derechos políticos, como la posibilidad de elegir sus representantes o de decidir directamente vía referéndum. Sin embargo, ha venido desacreditándose, tanto por sus partidos políticos, como el ejercicio mismo de la política. Frente a esta problemática, algunos ciudadanos internautas en ejercicio de sus libertades constitucionales de expresión y de manifestación, han organizado a título individual y colectivo su vida política, privilegiando el control y el desafío de las políticas gubernamentales, en los cuales las redes sociales han sido determinantes<sup>54</sup>.

Recientemente, Alain Touraine explica en su último libro que en este nuevo mundo, algunos han quedado de lado<sup>55</sup>, al respecto considera que se debe volver a ubicar a los actores sociales en un lugar esencial, con fundamento en un derecho universal, en el que un nuevo avenir social es posible.

El acceso a las redes de comunicación y por ende, las dinámicas que presenta la circulación de datos, se presenta como un mecanismo de «democracia participativa»<sup>56</sup> alternativa frente a las fallas y grandes críticas que se han venido realizando a la «democracia representativa»<sup>57</sup>.

Al respecto, Saccinelli<sup>58</sup> expresó: «sin libertad de expresión ni derecho de información, no hay democracia», idea retomada por Frank La Rue<sup>59</sup> en su informe sobre la libertad de expresión y opinión, en que expresó entre otros que sin libertad de expresión no hay democracia, siendo la participación ciudadana el elemento más importante en una democracia.

---

<sup>53</sup> Naciones Unidas, Democracia.  
[<http://www.un.org/es/sections/issues-depth/democracy/index.html>]

<sup>54</sup> Caso de la Primera árabe, 2010-2013, movimiento de los «*gilets jaunes*» en Francia, 2018.

<sup>55</sup> A. TOURAINE, *Défendre la modernité*, ed. Seuil, 2018.

<sup>56</sup> P. BACHRACH, A. BOTZINICK, *Power and empowerment, A Radical Theory of Participatory Democracy*, ed. Temple University Press, Philadelphia, 1992; B. D. LOADER, D. MERCEA, “Networking democracy? Social media innovations and participatory politics, *Information, Communication Society Journal*, vol. 14, issue 6, 2011, pp. 757-769.

<sup>57</sup> Al respecto vale la pena leer los estudios que viene realizando el profesor Hajime YAMAMOTO, en el marco de la República de Japón, en especial su intervención intitulada: «*démocratie et leadership politique du point de vue du droit constitutionnel japonais*» en el que explica cómo en una democracia liberal se viene convirtiendo en una autocracias constitucional o “régimen autoritario” competitivo según el concepto desarrollado por David Landau.

<sup>58</sup> U. SACCINELLI, “E-Partizipation in der Web 2.0-Demokratie“, in: W. SCHÜNEMANN, Wolf & S. WEILER, (eds.), *E-Government und Netzpolitik im europäischen Vergleich*, Baden-Baden, pp. 435-448.

<sup>59</sup> Naciones Unidas, F. DE LA RUE, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression on his mission to the former Yugoslav Republic of Macedonia*.A/HC/26/30/Add.2 (18-21 June 2013), 2014.

Según Aveledo « el autoritarismo es un mal negocio socialmente hablando »<sup>60</sup> puesto que la sociedad necesita ser gobernable, y con el autoritarismo se dificulta esta posibilidad.

En la era digital se tiene acceso a más información, pero por ser tan voluminosa, es indexada por los motores de búsqueda de acuerdo a unos criterios que responden a contratos de referenciamiento, o a la dinámica establecida en los algoritmos de la plataforma. Sistema en el cual los internautas resultan obtener sus resultados de búsqueda de acuerdo a sus hábitos en la red, limitándose así, el acceso a otros contenidos y estereotipándose a cada internauta.

Frente a estas dinámicas, se pueden vislumbrar algunas posibles ideas prospectivas en cuanto a la democracia, como la consolidación de la obligación de lealtad y de información bajo un marco jurídico más firme.

Recurrir al control social, la inteligencia colectiva, como elementos esenciales en la fiabilidad de los datos que circulan y como fundamento esencial de la e-democracia.

Aumento de prácticas como el *Quantified Self* o auto-medida, movimiento que reagrupa útiles, principios y métodos para medir los datos que le conciernen, analizarlos y luego compartirlos.

Análisis de Teorías como el cosmopolitismo (Kant, Ulrich Beck) a fin de buscar reglas favorables con reconocimiento de derechos fundamentales humanos, sin el establecimiento de países o grupos de personas que tengan el control del poder, teniendo en cuenta modelos multipartes apoyados por principios de gobierno abierto, a saber, transparencia, participación ciudadana y colaboración, en donde, la equidad y la efectiva democracia participativa tengan cabida.

## CONCLUSIONES

Si bien la circulación de datos y toda la cadena que se genera en torno a ella trae ventajas de economía : de tiempo, dinero (relativo), de política: mayores y mejores resultados (eficacia, eficiencia), de resultados (mayor precisión, menos errores). De igual modo, también hay que prever políticas que permitan disminuir o menguar los riesgos, sobre todo en una era en la que se plantean desafíos en la consolidación de la Sociedad de la información y de las Repúblicas democráticas.

---

<sup>60</sup> R. G. AVELEDO, « Acerca de los medios de comunicaciones y el cambio democrático », in *El papel de los medios en el marco de la reforma del Estado en México*, pp. 48-53.