



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**LOS CHATS DE WHATSAPP Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE
LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD EN VENEZUELA**

Trabajo Especial de Grado presentado para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal Constitucional

Autor: Díaz Valera, Yoilíz Antonieta

C.I. 22.356.230

Tutor: Barrios Abad, Antonio José.

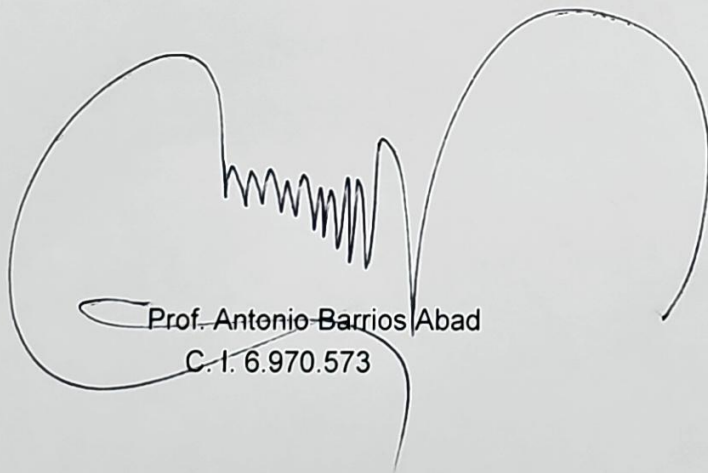
Caracas, febrero de 2023

Comité de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

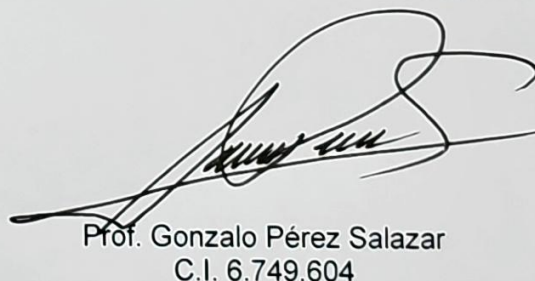
Quienes suscriben, profesores evaluadores nombrados por la Coordinación de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, para evaluar el Trabajo Especial de Grado titulado: **"Los chats de Whatsapp y su afectación a los derechos de privacidad e intimidad en Venezuela"**, presentado por la ciudadana: **Yoiliz Antonieta Díaz Valera**, cédula de identidad N° **22.356.230**, para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, dejan constancia de lo siguiente:

1. Su presentación se realizó, previa convocatoria, en los lapsos establecidos por el Comité de Estudios de Postgrado, el día 27 de febrero de 2023 de forma presencial en la sede de la Universidad.
2. La presentación consistió en un resumen oral del Trabajo Especial de Grado por parte de sus autores, en los lapsos señalados al efecto por el Comité de Estudios de Postgrado; seguido de una discusión de su contenido, a partir de las preguntas y observaciones formuladas por los profesores evaluadores, una vez finalizada la exposición.
3. Concluida la presentación del citado trabajo los profesores decidieron otorgar la calificación de Aprobado "A" por considerar que reúne todos los requisitos formales y de fondo exigidos para un Trabajo Especial de Grado, sin que ello signifique solidaridad con las ideas y conclusiones expuestas.

En Caracas, el día 27 días del mes de febrero de 2023.



Prof. Antonio Barrios Abad
C.I. 6.970.573



Prof. Gonzalo Pérez Salazar
C.I. 6.749.604



Señores

**Comité Académico de la Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional
Presente. -**

Por la presente hago constar que he leído y avalado el Trabajo de Grado presentado por la ciudadana **DÍAZ VALERA, YOILÍZ ANTONIETA**, titular de la cédula de identidad número V-22.356.230, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: Los chats de WhatsApp y su afectación a los derechos de la privacidad e intimidad en Venezuela; asimismo que he guiado al aspirante durante las fases del desarrollo del Trabajo Especial de Grado, el cual es requisito indispensable para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional.

ANTONIO BARRIOS ABAD

En Caracas, a los 27 días del mes de febrero del año 2023

DEDICATORIA

En memoria de mi padre, quién me enseñó a pensar y amar el derecho tanto como él lo hizo, gracias por siempre motivarme a cumplir mis sueños.

AGRADECIMIENTOS

En líneas generales quiero agradecer hoy y siempre a mi familia, quienes son los benefactores de mi desarrollo profesional, su apoyo y aliento interminable es la base de mi motivación, a los amigos y personas especiales en mi vida, con quienes he compartido grandes momentos, gracias por enseñarme a confiar en mis decisiones, los llevo en el alma.

Especiales agradecimientos a mi tutor Antonio Barrios, por brindarme su ayuda y conocimientos con paciencia, por escucharme, aconsejarme y más importante, brindarme su amistad. Al profesor Gonzalo Perez quién me dio la bienvenida a la especialización y contribuyó en todo momento para la materialización de esta meta. A la profesora Beatriz Martínez, por los ánimos y cariños brindados cuando más los necesité, sobre todo para la titánica tarea de culminar este trabajo de investigación, de igual forma quiero extender mis agradecimientos al resto del cuerpo docente de la Universidad, que también contribuyeron en esta aventura académica.

Finalmente, a mis compañeros de curso, quienes se convertirán en unos especialistas de gran nivel, agradezco la ayuda y solidaridad en todo momento, espero contar siempre con su amistad.

**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**LOS CHATS DE WHATSAPP Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE
LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD EN VENEZUELA**

Autor: Diaz Valera Yoilíz Antonieta

Tutor: Barrios Abad, Antonio José

Fecha: 27 de febrero de 2023

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, tipo documental se fundamentó en determinar la afectación que produce los Chats de WhatsApp a la Privacidad e Intimidad como derechos fundamentales de los usuarios, ambos derechos consagrados en el artículo 60 y concatenado con el artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, guardando relación con las disposiciones establecidas en los diferentes convenios e instrumentos internacionales. Se planteó como objetivo de la presente investigación, el análisis de las divulgaciones indebidas de los chats y el manejo de datos personales por parte de WhatsApp, con respecto a la afectación que produce a los derechos de privacidad e intimidad, en atención al marco jurídico nacional; Se delimitó la naturaleza jurídica de los Chats desde el contexto del ordenamiento jurídico venezolano, mapeando las normas de rango legales vigentes en materia de conversaciones privadas, delitos informáticos y la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, para determinar sus sanciones y disposiciones de control en los casos de divulgación y manejo de datos personales de forma indebida. Se concluyó que, en Venezuela no existe un marco legal que disponga de un ámbito de protección en estas nuevas formas de comunicación y compilación de datos, el Poder Legislativo no ha estado a la par de los avances tecnológicos y desmedido aumento de las redes sociales, en lo cual se subsumen los chats de WhatsApp, la falta de paridad de la Asamblea Nacional no ha permitido crear una ley que regule tales vulneraciones a las que se ven expuestos los usuarios de WhatsApp.

Palabras clave: Derecho a la privacidad; Chats de WhatsApp; Naturaleza jurídica de los Chats

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----|
| DEDICATORIA | iii |
| AGRADECIMIENTOS | iv |
| RESUMEN | v |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 3 |
| Objetivo General: | 5 |
| Objetivos específicos: | 5 |
| JUSTIFICACIÓN | 6 |
| CAPITULO I | 8 |
| Nociones esenciales de la privacidad e intimidad como derechos fundamentales, en atención al marco jurídico nacional e internacional. | 8 |
| La Privacidad y la Intimidad en el Marco Constitucional. | 9 |
| La intimidad y la Privacidad en los instrumentos internacionales. | 11 |
| Convención Americana sobre Derechos Humanos | 11 |
| La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) | 13 |
| El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. | 14 |
| El Derecho a la Intimidad y Privacidad en Leyes Especiales y Jurisprudencias. ... | 16 |
| Ley Especial de Delitos Informáticos | 16 |
| Ley sobre Protección y Privacidad de las Comunicaciones. | 17 |
| CAPITULO II | 19 |
| Definir la naturaleza jurídica de los Chats de Whatsapp y el manejo de datos de la aplicación. | 19 |
| Manejo de los datos personales por parte de WhatsApp | 20 |
| Cifrado de Extremo a Extremo | 21 |
| Vulnerabilidad del protocolo de seguridad. | 22 |
| Marco legal de WhatsApp. | 25 |
| CAPITULO III | 27 |
| La divulgación indebida de los chats de WhatsApp en atención | 27 |
| al marco nacional. | 27 |
| La divulgación como concepto general. | 27 |

| | |
|---|-----------|
| La divulgación indebida de los Chats de WhatsApp. | 28 |
| Marco regulatorio sobre la divulgación indebida. | 30 |
| CONCLUSIONES..... | 35 |
| REFERENCIAS..... | 36 |

INTRODUCCIÓN

El avance tecnológico ha generado un cambio en los canales de comunicación, predominando las plataformas de mensajería instantánea como WhatsApp. Aunque es una herramienta útil para la comunicación, plantea ciertas preocupaciones en uso constante por parte de sus usuarios. Estas preocupaciones nacen desde el momento que el individuo decide instalar la aplicación en su dispositivo móvil automáticamente, deposita su confianza en almacenar allí sus conversaciones más sensibles o confidenciales, y aunque WhatsApp utilice un cifrado de extremo a extremo que pareciera brindar una sensación de seguridad a sus usuarios, la información personal no está protegida de la misma manera.

Pero como corolario del asunto, la propia aplicación permite el reenvío de mensajes y capturas de pantalla de las conversaciones, ante lo cual es propicio analizar acerca del uso que los usuarios le dan a la aplicación, pues si bien es cierto que en principio el reenvío de un mensaje o almacenar alguna conversación a través de una captura de pantalla no implica necesariamente una vulneración a la privacidad o intimidad de los participantes, que pasaría cuando se traten de mensajes con algún contenido sensible, o con secretos íntimos del emisor o de un tercero, ¿hay afectación a la privacidad e intimidad? Cuando estas acciones se realizan sin consentimiento configura una divulgación indebida, ya que la correspondencia a través de estos chats como recién se acaba de señalar, puede contener información sensible y personal. La aplicación no cuenta con una regulación propia por lo que no existe un control ante tales situaciones. Por lo que es importante analizar el alcance de la privacidad e intimidad de los usuarios en el contexto Venezolano, estudiando las diferentes leyes especiales que condenan directa o indirectamente la divulgaciones y revelaciones indebidas, asimismo, las leyes vigentes que regulen los mensajes de datos y la inviolabilidad de las conversaciones privadas, con atención a los parámetros constitucionales en cuanto a la intimidad y privacidad como derechos fundamentales,

consagrados en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concatenado con el artículo 48 del mismo texto fundamental, así como en diferentes instrumentos internacionales que resguardan estos derechos, y debido a que gozan de una jerarquía constitucional, deben mantenerse en constante vigilancia en el mundo digital para lograr un fortalecimiento jurídico, pues ni la propia plataforma de mensajería instantánea ofrece una seguridad absoluta al momento de sostener una conversación a través de esta vía.

Y es que la protección de los datos y el resguardo de la privacidad es algo que realmente le importa al individuo, porque cualquier información personal y del tipo sensible que sea revelada sin su consentimiento, puede vulnerar su honor, su reputación, incluso hacerlo desmerecer de cualquier consideración social, por lo que la privacidad e intimidad de los usuarios desde el punto de vista jurídico, no puede tratarse de la misma forma que muchas plataformas de redes sociales lo hacen, y esto es porque suelen contemplarlo como una filosofía y no como un bien jurídico tutelado, en la sección de preguntas frecuentes de WhatsApp manifiesta: *“La seguridad forma parte de nuestro ADN”*, pero esto no implica que toman acciones del tipo sancionatorias para aquellos usuarios que atenten contra sus políticas de privacidad.

De acuerdo a lo anterior, es necesario aterrizar en la evolución de las telecomunicaciones, y determinar si las sanciones referentes a la violaciones en el ámbito de las conversaciones privadas, por parte de los infractores tienen alcance a los chats de esta aplicación, por lo que se analizará si las disposiciones constitucionales respaldan la dimensión de los conceptos de Privacidad, e Intimidad de los usuarios de WhatsApp, asimismo, la compatibilidad de las sanciones de las leyes especiales en materia de comunicación y privacidad vigentes, siempre en atención a los requerimientos constitucionales.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La tecnología ha resultado ser todo un reto para el orbe jurídico, ya que se encuentra cambiando constantemente la forma de ver al mundo, la manera de comunicarse en la actualidad no son las mismas de antes, por lo tanto, esta evolución que ha sufrido las comunicaciones no resulta ajena para el mundo jurídico, generando así una necesidad para todos los abogados de tener un panorama más amplio de los intercambios de mensajería en tiempo real, como lo es WhatsApp. Es indudable los beneficios que esta aplicación presenta, pero no pueden dejarse de lado los riesgos que se interponen a la consecución de la privacidad e intimidad, por lo tanto, esta plataforma de comunicación crean un entorno de incertidumbre en cuanto al ejercicio y disposiciones constitucionales referentes a la vida privada.

En primer lugar, es importante destacar que la privacidad e intimidad son derechos fundamentales protegidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que la inviolabilidad de las conversaciones privadas contemplado en el artículo 48 del mismo texto fundamental, en muchos países, las leyes de protección de datos y de privacidad incluyen disposiciones que se aplican de manera directa a las comunicaciones electrónicas, entre las cuales se incluyen los mensajes de WhatsApp, y es que aún cuando la propia aplicación cuenta con un protocolo de seguridad, denominado como cifrado de extremo a extremo, que procura ofrecer un alto nivel de seguridad, no garantiza una total privacidad a los usuarios que la utilizan, ya que la metadata (La información sobre quien envía y recibe los mensajes, cuando se envían, etc.) no está protegida de la misma manera, esto se traduce en que, si alguien tiene acceso al dispositivo de un usuario, puede obtener información sobre con quien ha estado hablando y cuando.

Asimismo, otro gran problema de privacidad que ha surgido en torno a los chats de WhatsApp es el uso indebido de la plataforma ante las exposición y la manipulación de información, ya que cualquier usuario de esta aplicación se encuentra susceptible a que la conversación bipersonal pueda ser filtrada, bien sea porque el mensaje se haya

“reenviado”, o porque el propio dispositivo móvil facilite que se tome una “captura de pantalla” o “screenshot” de la conversación, todo esto, sin la autorización del emisor del mensaje, esto resulta importante porque una simple captura de pantalla de una conversación sería el equivalente a grabar una llamada sin el consentimiento del otro participante.

Por lo tanto, es pertinente determinar si la divulgación de los mensajes que contengan información personal constituyen una divulgación no deseada, solo por el hecho de ir más allá de la voluntad de quien lo envía, y es que cuando se sostiene una conversación, la voluntad del emisor es compartir la información exclusivamente con el receptor del mensaje, por lo tanto, se espera un cierto nivel de confidencialidad y consciencia por parte del otro individuo, y resulta de esta manera, porque en eso consiste el derecho a la privacidad, decidir con quien y que tanta información se desea compartir. Ahora bien, que el mismo dispositivo móvil permita tomar capturas de pantalla, con fines de almacenamiento, no solo almacena una conversación que bien podría ser difundida en el futuro, sino que también se está creando una base de datos sin consentimiento.

Si bien es cierto que la finalidad de esta plataforma de mensajería encuentra su génesis en la seguridad, siendo esa la razón de que exista un algoritmo o una encriptación, que procura garantizar la privacidad de las conversaciones allí almacenadas, evitando la intervención de terceros que no participen en el chat, incluso injerencias del Estado, de las compañías de telefonía privadas y de la propia empresa de mensajería, aún y cuando existe tal respaldo, no deja de plantear diversas dudas, y más porque la mayoría de sus usuarios no son conscientes de las implicaciones que su uso conlleva, por cuanto, surge el planteamiento de la presente investigación, cual sería el impacto en la privacidad e intimidad como derechos fundamentales de los usuarios en un mundo digital, y si el marco regulatorio venezolano vigente, cubre los lineamientos de los artículos 60 y 48 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela.

Objetivo General:

Analizar la divulgación indebida de los chats y el manejo de datos personales por parte de WhatsApp, con respecto a la afectación que produce a los derechos de privacidad e intimidad, en atención al marco jurídico nacional.

Objetivos específicos:

1. Delimitar nociones esenciales de la privacidad e intimidad como derechos fundamentales.
2. Definir la naturaleza jurídica de los chats de Whatsapp y el manejo de datos de la aplicación.
3. La divulgación indebida de los chats de WhatsApp en atención al marco jurídico nacional.

JUSTIFICACIÓN

La convergencia digital de las comunicaciones ha resultado ser todo un desafío para el derecho, no solo por lo difícil que ha resultado alcanzar una definición del mismo, sino por las diversas consecuencias que se deriva de algo tan básico como comunicarse, en la actualidad los canales de comunicación han cambiado, en el pasado quedaron las cartas, los telegramas y los faxes, hoy en día, predominan las plataformas de mensajerías instantáneas, que incluso permite al usuario el mantenerse en contacto con su núcleo íntimo de personas, y hasta de informarse de cualquier suceso de carácter público.

Resulta algo maravilloso que dos personas puedan comunicarse en tiempo real, o eso es la sensación que WhatsApp le transmite a sus usuarios, si bien es una herramienta que facilita la comunicación entre las personas, se quiera o no, esta plataforma de mensajería al ser una de las más usadas mundialmente, y con mayor frecuencia en Venezuela, ha generado un impacto la privacidad e intimidad de los usuarios, y es lo que ha motivado a esta autora a determinar de que manera se han visto afectados, muy especialmente cuando se consagran como derechos de jerarquía constitucional, incluso encontrándose amparados en convenios internacionales, y es que la privacidad e intimidad son conceptos muy ambiguos, que abarcan una serie de aspectos muchos de ellos hasta básicos, entre ellos hay que resaltar la privacidad de las conversaciones personales, y es que incluso hasta en la formas de comunicación tradicional, las salvaguardas de protección no eran del todo eficaces, porque antes era muchísimo más sencillo interceptar o acceder a las conversaciones privadas, pues no era posible una comunicación tan directa como lo permite así esta mensajería a tiempo real, ya que los medios telefónicos fijos de antes no implicaban que su uso fuera necesariamente individual, si se trataba del teléfono de la oficina donde se prestaba labores, todo el personal tenía acceso al mismo, de igual forma sucedía con los

teléfonos fijo de uso familiar. De esta manera, tampoco existía un código de encriptación que codificara el contenido del mensaje, el cual procura que solo el receptor de la conversación acceda y lea el mensaje.

El asunto ahora sería, si esa protección cifrada brinda una absoluta seguridad para los usuarios, ¿se trata de un protocolo de seguridad infalible? ¿esa encriptación protege los chats ante una divulgación? Estas no son más que las dudas básicas que genera la aplicación una vez que se aceptan los términos y condiciones de servicio al instalarla en el dispositivo móvil.

Eso solo sería el inicio de un planteamiento, porque una vez que se profundice en el tema, y se reconozca como un simple chat de WhatsApp, es capaz de contener información sensible, como datos personales, contraseñas, instrumentos bancarios, entre otras, cambiará la forma en que se usa tal aplicación, algo que no puede limitarse meramente a hechos empíricos, pues es bien sabido que en muchos países existe un marco regulatorio para controlar el uso de WhatsApp por parte de los usuarios, en atención a los derechos de la intimidad y privacidad como bienes jurídicos tutelados.

Ahora bien, en el ámbito del sistema jurídico venezolano existen ciertas disposiciones destinadas a la protección de las comunicaciones, y a los datos personales como aspectos directos de la intimidad y privacidad, resulta pertinente estudiar su ámbito de alcance ante las modernas plataformas de comunicación, como lo es WhatsApp.

CAPITULO I

Nociones esenciales de la privacidad e intimidad como derechos fundamentales, en atención al marco jurídico nacional e internacional.

Desde que el Derecho existe como ciencia no resulta impropio vincular estrechamente a la persona y al orden jurídico, desde el momento que toda persona apta para la vida goza de personalidad jurídica, surgen una serie de derechos inherentes por su condición de individuo, y entre ellos, hay derechos mundialmente reconocidos, aunque con distintas denominaciones, su contenido esencial sigue siendo el mismo en cualquier legislación, así sucede con el derecho a la privacidad y a la intimidad, unos derechos íntimamente relacionados con la libertad personal, esa misma libertad que faculta al titular a realizar cualquier tipo de actos y someterse a determinadas experiencias que pueden reservarse para sí mismo, y negar el conocimiento de su esfera privada al resto de las personas, o incluso, decidir el nivel de información que está dispuesto a compartir con otros, sin intervenciones de terceros o injerencias Estadales, gracias a ese desarrollo es que hoy en día pasan a llamarse derechos fundamentales.

Bajo este orden de ideas, la doctrina establece que el derecho a la privacidad es aquella protección de la vida privada individual, esto se refiere a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad de la correspondencia, de las conversaciones privadas a través de los dispositivos móviles, incluyendo plataformas de mensajería instantánea como WhatsApp, todo a que, por muy pequeño que resulte el extracto de información que se transmita, se constituye como una extensión de la personalidad del individuo, convirtiendo ese “dato” de información en un bien propiamente dicho, porque son justamente esos datos lo que permitirá construir un perfil distintivo de la persona.

Mientras que la intimidad se refiere a aquellos aspectos subjetivos, lo que está en el interior del individuo, esto se refiere a los sentimientos, la vida sexual, familiar, creencias políticas o religiosas, los pensamientos, todo ese conjunto de experiencias y conductas que cualquier sujeto desea mantener reservado, y que estas solo podrán ser

develadas por voluntad propia del individuo, rechazando toda injerencia que ponga en jaque el núcleo íntimo de las personas.

Ambos derechos comparten un elemento en común y es la información personal, esos datos o conocimientos subjetivos que gozan de un carácter inviolable, pero gracias a los avances tecnológicos y a los medios de comunicación instantáneos aún con todas sus bondades, existen una gran variedad de riesgos que han generado la necesidad para esta investigación de definir el alcance y el impacto que giran en torno a estos derechos.

La Privacidad y la Intimidad en el Marco Constitucional.

Se empezará ubicando el derecho a la privacidad e intimidad en el marco constitucional, el artículo 60 los contempla bajo los siguientes términos:

“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”

Este artículo no solo reconoce el derecho a la protección de la vida privada y la intimidad, sino también al honor, al hogar, es decir, su espacio físico privado y a la correspondencia, por lo que resulta necesario dimensionar el alcance de estos derechos bajo los siguientes aspectos:

Protección al honor: Esto es la protección ante injerencias o abusos de terceros que atenten contra la reputación u honra de cualquier individuo, protegiendo a su vez la información personal ante divulgaciones que hagan desmerecer a cualquier persona del respeto y consideración social.

Protección de la vida privada: incluida la protección contra la vigilancia ilegal, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento ilegal de la propiedad privada y otros tipos de intrusiones en la vida privada de una persona.

Protección de la intimidad: La intimidad no solo se limita a las nociones ya definidas en el presente capítulo, ya que puede incluir también la protección contra el

acoso sexual, la discriminación sexual y la violencia sexual, así como la protección del derecho a las relaciones sexuales consensuadas entre adultos.

Protección de la correspondencia: No es más que el derecho que tienen las personas a la protección de sus comunicaciones privadas, incluyendo cartas, correos electrónicos, mensajes de texto y otros tipos de comunicaciones. Destacando que en ese “otro tipo de comunicaciones” podrían incluirse perfectamente los chats de WhatsApp.

Con relación a este último aspecto, cabe resaltar su importancia, no solo porque guarda relación con el objeto de la investigación, sino porque encuentra su fundamento de manera independiente en la Constitución, y así se evidencia en el artículo 48, el cual establece lo siguiente:

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.

Por lo tanto, la Constitución no solo protege la privacidad como derecho, sino que señala también la privacidad de las conversaciones personales en diferentes artículos, si bien las correspondencias no es más que un aspecto derivado de la privacidad en sí, pareciera que el legislador constituyente quiso ratificar su importancia al contemplarla en un artículo diferente, y esto es debido porque mas adelante el mismo artículo, se enuncia una excepción al derecho de la inviolabilidad de las conversaciones, y es que cuando se cuente con una orden judicial, para los fines de una investigación penal, esa acuerdo de privacidad que la Constitución le reconoce a un individuo en cuestión, podrá ser quebrantado.

De esta manera, los mencionados artículos figuraran como el binomio de la presente investigación, rescatando así las siguientes precisiones al respecto de cada uno:

En primer lugar, el artículo 60 más allá de contemplar tales derechos, presenta implícitamente la obligación por parte del Estado el salvaguardar la privacidad e

intimidad de los ciudadanos, y es que el propio texto fundamental ordena que la ley funcione como el mecanismo de control para que la informática y tecnología no afecten estos derechos. Y, en segundo lugar, dos precisiones que destacar, por un lado, el artículo 48 se presenta como un límite a la inviolabilidad de las conversaciones privadas, pues el Estado las garantizará siempre que se anteponga una investigación penal o la realización del orden público, por el otro lado, establecer que “*se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas.*” Permitiendo adecuar en este parámetro a los chats de WhatsApp, al tratarse de una forma más de comunicación.

Ahora, bajo este orden de ideas, en el artículo 58 del mismo texto fundamental reza lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes”

Si bien el articulado no se enfoca directamente en la privacidad, sino en el derecho a la información, se trae a colación debido a su íntima relación con la privacidad, y desde el punto de vista de esta investigación, esta disposición permite a los individuos a controlar la forma en que su información personal es compartida y utilizada.

La intimidad y la Privacidad en los instrumentos internacionales.

Como bien se ha venido ventilando, la privacidad y la intimidad son derechos fundamentales por lo cual resulta natural que se encuentren reconocidos en cualquier cantidad de instrumentos internacionales, por tanto, se procederá a analizar aquellos a los cuales Venezuela se encuentra suscrito:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

También conocida como Pacto de San José de Costa Rica, hay que señalar que esta convención establece las obligaciones de los Estados miembros en relación a la

protección y promoción de estos derechos en su territorio, nuevamente se reconoce la obligación expresa del Estado en garantizar la protección de la privacidad en todos los ámbitos de la vida, incluyendo las comunicaciones electrónicas

Los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos distinguen importantes garantías destinadas a la protección a la privacidad y la intimidad de los individuos. Estos artículos proporcionan una perspectiva mayor a diferencia de nuestro derecho interno, pues cubre una amplia gama de derechos derivados de la privacidad.

En primer lugar, el artículo 11 establece el derecho a la protección de la dignidad, la familia, el hogar, la correspondencia y la honra de las personas. Pero también está sujeto a limitaciones razonables y proporcionales que pueden ser perfectamente impuestas por la ley. En consecuencia, este artículo no solo reconoce el derecho a la privacidad, sino también permite situaciones en las que deban ser limitados cuando se encuentren en colisión con otros derechos, y esa limitación o reducción solo será posible a través de los mecanismos constitucionales y de convencionalidad, a fin de proteger otros derechos fundamentales o intereses públicos de mayor peso en casos muy concretos.

Por su parte, el Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra las injerencias o ataques arbitrarios en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, y contra ataques ilegales a su honra o reputación". Esto significa que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas de las intromisiones ilegales de terceros y de asegurar que cualquier intromisión en la privacidad esté sujeta a restricciones claras y justificadas en interés público, la interpretación y aplicación del artículo 17 no siempre es sencilla, ya que su alcance puede variar en función del contexto y de las circunstancias.

En este sentido, el alcance del artículo 17 se extiende a una amplia gama de situaciones en las que la privacidad de las personas puede estar en riesgo. Por ejemplo,

puede incluir la interceptación de comunicaciones privadas, la vigilancia masiva, la recopilación de datos personales sin el consentimiento de la persona afectada, la divulgación de información confidencial, o la obtención de pruebas ilegales en un proceso judicial, asimismo se aplica a la protección de la vida privada y familiar de las personas frente a intromisiones de terceros, incluyendo empresas privadas o particulares.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

Es un documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que establece los derechos humanos y fundamentales que deben ser protegidos en todo el mundo. Ahora, en lo que respecta a la privacidad e intimidad, el fundamento resultará ser el mismo que se estableció en la Convención Americana, salvo por una serie de precisiones.

El artículo 12 que establece que ninguna persona debe ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. Además, de señalar la necesidad de un marco infraconstitucional que garantice la protección ante tales ataques o injerencias,

Artículo 12: Toda persona tiene derecho tanto a que se respete plenamente su vida privada, su casa, su correspondencia y su reputación, como a la protección de la ley en caso de que se le viole arbitrariamente este derecho

Mientras que el artículo 17 afirma:

Artículo 17: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra las injerencias o ataques arbitrarios en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.

Ambos artículos señalan la limitación por parte de los gobiernos y otras entidades en interferir en la privacidad e intimidad de las personas sin su consentimiento o sin una justificación legal clara. No obstante, el artículo 12 que previamente se señaló, reconoce el derecho de las personas a controlar su correspondencia, lo que refleja también la comunicación por vías electrónicas a través de las aplicaciones de mensajerías instantáneas, algo especialmente importante en la

nueva era digital, donde la privacidad y la intimidad pueden verse comprometidas por la recopilación de datos y el uso de los usuarios.

Es importante destacar que la regulación de la privacidad e intimidad no solo se aplica a la esfera privada de las personas, sino también a la esfera pública. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala lo siguiente:

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.

Pero esta libertad de opinión no puede distorsionarse para violar la privacidad o la intimidad de otras personas, ya que las limitaciones para salvaguardar estos derechos, también se aplican a los medios de comunicación y a la información que se publica en línea.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Es uno de los convenios más importantes en materia de privacidad e intimidad en el marco supraconstitucional, este pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y entró en vigor en 1976, Venezuela es parte de este pacto desde el año 1978.

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. "

El artículo reconoce el derecho de las personas a controlar su información personal y a mantener ciertos aspectos de su vida privada alejados del escrutinio público. Además de establecer que cualquier interferencia en la privacidad e intimidad de los individuos debe contar con una base legal y estar sujeta a ciertas condiciones para la limitación de estos derechos, ya sea por seguridad nacional o bienestar público.

El mismo artículo 17 también reconoce el derecho de las personas a la protección de la ley contra las injerencias o ataques arbitrarios en su vida privada. Esto significa que las personas tienen derecho a recurrir a los tribunales y a otros mecanismos legales para proteger su privacidad e intimidad en caso de violación. Asimismo, el artículo 2 del pacto establece que los Estados Partes deben garantizar que todas las personas que se encuentren en su territorio gocen de los derechos y libertades reconocidos en el pacto sin discriminación alguna, lo que incluye el derecho a la privacidad e intimidad.

Finalmente, de acuerdo a los diferentes pactos y convenios ya mencionados es evidente el desarrollo que cada uno ha aportado a la Privacidad e Intimidad como derechos fundamentales, de manera que hay variaciones, pero su esencia sigue siendo la misma, la Privacidad compuesta por la vida privada, datos personales y correspondencia, mientras que la Intimidad a través de sus diferentes aspectos como la vida familiar, creencias religiosas, política y pensamientos, todos objeto de protección en los instrumentos internacionales.

Por lo que resulta natural la ampliación de estos derechos, empezando por lo correspondiente como la asunción de la privacidad, y segundo, la facultad de controlar la información que se comparte sobre sí mismo, como la base de la intimidad, por lo que ambos derechos juegan un papel importante en el ámbito de las conversaciones privadas, ya que la misma es un elemento directo de la privacidad, y la segunda recaería en el contenido del mensaje, ya sea por la cantidad de información que se desee compartir y si su contenido versa sobre un punto sensible o personal.

De esta manera, los datos personales y la correspondencia privadas son los elementos que servirán como fundamento en el desarrollo de la presente investigación, debido a la jerarquía constitucional y supraconstitucional de estos derechos, y ante el avance de tecnología y de las redes sociales, hay que contar con leyes de protección de que cumplan con los requerimientos constitucionales.

El Derecho a la Intimidad y Privacidad en Leyes Especiales y Jurisprudencias.

Volviendo al análisis ulterior del artículo 60 de la Constitución venezolana, que no solo los establece como derechos, sino que impone la obligación Estatal en protegerlos, incita a realizar un mapeo en el marco legal venezolano vigente y detectar la existencia de una ley o jurisprudencias que garanticen la protección de estos derechos.

Actualmente en Venezuela hay poco avance en el desarrollo de las garantías de protección de la privacidad e intimidad de los venezolanos, incluso existe debilidad en el desarrollo de los datos personales como elemento determinante de la privacidad, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en agosto de 2012 señaló: Sentencia N° 1318 SC/TSJ

“...no escapa al conocimiento de la Sala, que en la actualidad no existe un marco legal que regule en forma sistematizada la protección de datos y particularmente el llamado derecho de autodeterminación informativa, cuyo reconocimiento y contenido se deriva de la retícula normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la jurisprudencia vinculante de esta Sala (Cfr. Sentencia N° 1.050/00), la cual reiteradamente ha señalado que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata (...)”

Si bien es cierto que no existe una ley de protección, hay ciertos lineamientos sancionatorios en diversas leyes especiales, que a pesar de no concentrar su marco de protección en la intimidad y privacidad propiamente, regulan los aspectos más importantes de estos derechos, como los datos personales y la privacidad de las comunicaciones personales.

Ley Especial de Delitos Informáticos

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

penada con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.”

“Artículo 22. Revelación indebida de data o información de carácter personal. Quien revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos 20 y 21, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias. Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro, o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad.”

Ley sobre Protección y Privacidad de las Comunicaciones

“Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas.”

“Artículo 6. Las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de justicia, podrán impedir, interrumpir, interceptar o gravar comunicaciones, únicamente a los fines de la investigación de los siguientes hechos punibles:

- Delitos contra la seguridad o independencia del Estado;
- Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público;
- Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas;
- Delitos de secuestro y extorsión.”

Con relación a la Ley sobre Protección y Privacidad de las Comunicaciones, su tutela solo abarca a las llamadas de voz mediante aparatos telefónicos fijos, y su control de injerencia depende exclusivamente de los proveedores de servicio de la red telefónica, esta regulación no resulta compatible con la comunicación a través de WhatsApp por tratarse de plataformas diferentes desde sus características y naturalezas propias.

Es así que a pesar de tratarse de derechos de rango constitucional es evidente su escasa regulación, y la única ley especial en materia de comunicaciones privada nada plantea al respecto con el control y uso de la plataforma de mensajería, por cuanto, se vuelve necesario acudir a los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Nuevamente, en Sentencia N° 1318 SC/TSJ que previamente se mencionó, se rescata lo siguiente;

“Toda regulación o actividad vinculada al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, comporta la garantía de que los datos correspondientes [...] sean tratados de modo leal y respondan para fines concretos, sobre la base del consentimiento del interesado o como consecuencia de algún otro fundamento legítimo, previsto legalmente (...)”

La Sala califica la protección de datos como un derecho fundamental autónomo, criterio que esta autora no comparte, pues como se ha mencionado hartamente, los datos personales son el elemento que compone a los derechos de intimidad y privacidad, pero aun cuando el criterio de la sala sea concederle la esencialidad de derecho fundamental, no brindó mayor desarrollo teórico al mismo.

Pero nuevamente, la Sala Constitucional en la misma sentencia, intentó asentar las bases para una futura legislación en materia de protección de datos personales en Venezuela, argumentando que hay una serie de principios fundamentales que deberá contar cualquier normativa referente a esa protección, tales como el *principio de la autonomía de la voluntad*, que no es más que un consentimiento para el uso o recopilación de datos personales, *principio de finalidad y calidad* que versa sobre una complicación de datos motivadas o por causas muy específicas que vayan en lineamiento a las disposiciones constitucionales, generando así una especie de limbo jurídico.

Finalmente, encontrando la serie de leyes y reglamentos diferentes que abordan el tema, se evidenció la inexistencia de un marco legal claro y completo orientado específicamente a la privacidad e intimidad de los individuos, de la misma manera, tampoco se cuenta con alguna disposición destinada a la protección de mensajes y datos personales, a pesar de existir una ley de rango legal, Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, su finalidad está dirigida únicamente a reconocer eficacia y valor jurídico a los mensajes de datos, dejando de lado la protección y regulación de esta correspondencia digital.

CAPITULO II

Definir la naturaleza jurídica de los Chats de Whatsapp y el manejo de datos de la aplicación.

Para poder subsumir los chats de WhatsApp a una perspectiva jurídica y determinar su adecuación al ordenamiento jurídico, es necesario entender primeramente lo que son, si se tratan de cartas, documentos, mensajes de datos o de códigos encriptados.

La palabra chat es un término anglosajón que se deriva de *chatter*, término en inglés que significa "conversación o charla", de esta manera, los chats de WhatsApp son una forma de comunicación electrónica que se realiza a través de una aplicación de mensajería instantánea, ya que un chat de WhatsApp es una comunicación escrita que se envía y recibe en tiempo real.

De esta manera, este nuevo tipo de correspondencia digital como WhatsApp se ha convertido en el medio de comunicación por excelencia, en Venezuela, su uso es bastante frecuente, y esto se debe a la interactividad y a la rapidez del envío y recepción del mensaje, algo que terminó por reemplazar las formas antiguas de comunicación como eran las cartas, faxes y telegramas, ya sea para bien o para mal.

Por lo tanto, los Chats de Whatsapp figuran en el género de mensaje de datos, ya que cualquier comunicación electrónica que se envíe, se recibirá en tiempo real, simulando lo que sería una conversación física entre dos personas, o esa es la sensación que pretenden transmitir, pero lo que caracteriza a los mensajes de datos es la posibilidad de que estos sean almacenados, algo que ocurre con los Chats de WhatsApp.

La ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas define los *mensajes de datos* de la siguiente manera:

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

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

Pero desde la perspectiva jurídica los chats tienen el mismo valor que cualquier otro tipo de comunicación escrita, desde un correo electrónico o una carta física, incluso de ser equiparable con una correspondencia postal tradicional, y esto es debido, a que la correspondencia siempre ha sido un medio de comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias, que una persona hace a otra a través de un medio idóneo para transmitir o recibir esas expresiones del pensamiento, por lo tanto, si se realiza una analogía, los WhatsApp funcionan de la misma manera.

Se tiene entonces que, cualquier mensaje escrito ya sea a través de un medio digital o tradicional, por su función de intercambio comunicacional, a la luz del derecho, será considerado como correspondencia, con inobservancia al soporte empleado para la creación o transmisión del mismo.

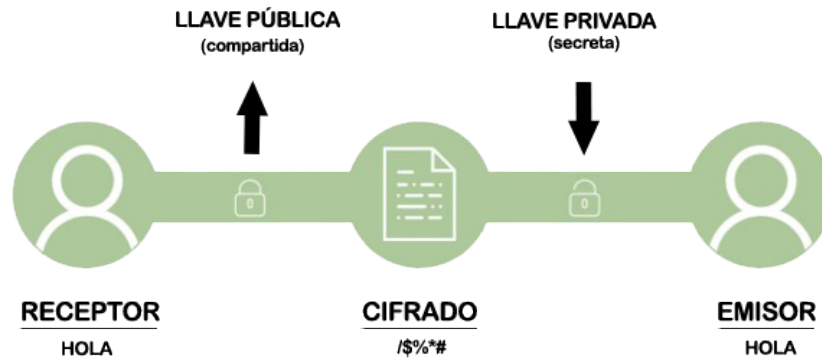
Manejo de los datos personales por parte de WhatsApp

A los efectos de lo anteriormente expuesto es importante recalcar que la correspondencia resulta ser un aspecto al igual que los datos personales, elementos de la vida privada de cualquier individuo, no solo en Venezuela, sino en la mayoría de legislaciones.

Ya que se ha traído a colación nuevamente los llamados datos personales, y de acuerdo con el criterio establecido en la presente investigación, es muy común que esos datos sean recopilados por un organismo del Poder Público, pero que sucede cuando esos datos son almacenados por una empresa privada de mensajería electrónica, como lo es WhatsApp, se estaría entonces en presencia de unos *datos personales en línea*. Y esto no es más que la digitalización de la información personal, es decir, la inserción de datos en una plataforma electrónica, susceptible de ser cuantificable y explotable vale decir, ya que el individuo tiene menos control sobre quien puede ver o acceder a su información personal.

Cifrado de Extremo a Extremo

WhatsApp utiliza una tecnología de encriptación de extremo a extremo, la cual se considera como una de las más seguras del mercado, esto significa que los chats están protegidos por una clave de cifrado y esa llave solo la tienen el emisor y el receptor del mensaje, de esta manera es que el contenido del chat viaja seguro hasta llegar a su destino, a continuación, una grafica que simulará el trayecto del mensaje:



Este código asegura que los chats no puedan ser interceptados por terceros porque el contenido del mensaje se codifica y la llave para descifrarlo la tienen solo el receptor y el emisor del mensaje, por lo cual no pueden ser espiados por otros usuarios, ni siquiera por el Gobierno Nacional, ni por la propia empresa de mensajería, incluso si son interceptados en la red o servidores de WhatsApp, solo y únicamente los participantes de la misma tendrán acceso a esos mensajes, fotos o videos enviados y recibidos. Resulta así, un sistema de seguridad bastante útil en lo que respecta a la intimidad y privacidad de los usuarios.

Vale la pena traer la definición de código que WhatsApp dispone en su sesión de preguntas frecuentes, la cual establece lo siguiente:

“El cifrado de extremo a extremo de WhatsApp se usa cuando chateas con otra persona a través de WhatsApp Messenger. Este cifrado garantiza que solo tú y la persona con quien te comuniqués puedan leer o escuchar lo que se envía, y que nadie más, ni siquiera WhatsApp, pueda hacerlo. Esto ocurre debido a que, gracias al cifrado de extremo a extremo, los mensajes se aseguran con un candado, y solo tú y el destinatario tienen la llave especial que se necesita para

desbloquearlos y leerlos. Todo esto ocurre de manera automática, sin necesidad de activar ninguna configuración especial para proteger tus mensajes.”

Ahora bien, aunque los contenidos de los chats se encuentren protegidos por ese cifrado, esto no implica una total privacidad e intimidad, hay que destacar que WhatsApp recopila y procesa información personal de los usuarios, como números de teléfonos, lista de contactos, información de perfil, ubicación geográfica, hasta frecuencia de uso y la duración de las sesiones de los chats, una variedad de informaciones que no se encuentran protegidas de la misma manera que los chats.

Y, por otro lado, está la metadata, que es la información sobre quien envía y recibe los mensajes, la cual tampoco se encuentra protegida por el cifrado de extremo a extremo, esto implica que, si alguien tiene acceso al dispositivo de un usuario, puede obtener información sobre con quien y cuando se ha estado hablando. La razón del por qué estos datos en línea no se encuentran encriptados es debido a que WhatsApp accede a ellos y los utiliza para mejorar el servicio y proteger la seguridad de los usuarios, o eso es lo que ha afirmado la empresa hasta el momento. Por lo tanto, los datos personales de los usuarios se encuentran fuera del alcance de seguridad que la misma empresa provee, y esto se traduce como un riesgo, ya que los datos se encuentran a disposición de la empresa y cualquier persona puede acceder a ellos sin tanto esfuerzo, además de ser susceptible de una monetización, correspondería en todo caso al marco jurídico su regulación y sanción en cuanto al acceso y uso indebido de los datos.

Vulnerabilidad del protocolo de seguridad.

Volviendo al código de cifrado, y aún cuando la aplicación ha insistido que la seguridad es parte de su ADN, su protocolo de seguridad no garantiza una protección absoluta a los chats, porque los contenidos del mensaje siempre estarán disponibles en el dispositivo móvil del remitente o del destinatario, lo que se traduce en que si un atacante obtiene acceso a uno de estos dispositivos, pueden acceder a los mensajes, incluso a los datos personales, más aún cuando el cifrado no protege la información sobre con quién se esta comunicando, por lo que los metadatos como ya se explicó

recién, así como las direcciones IP, aún pueden ser recopilados y utilizados para un rastreo en línea.

Por lo que tenemos una serie de riesgos o debilidades en su protocolo de seguridad que pueden ser explotados por terceros y que podrían afectar directamente la esfera íntimo-privada de los usuarios, desde el acceso no autorizado, hurto o secuestro de información sensible, el backup de los chats de WhatsApp, la suplantación de identidad y la divulgación de las conversaciones (éste último se desarrollara en el ápice correspondiente) debido a ello, procederemos a dimensionar cada uno;

En primer lugar, tenemos el acceso no autorizado que ocurre cuando alguien obtiene acceso a un sistema, red o recurso sin consentimiento. Esto puede suceder de varias maneras; a través del robo de contraseñas, engaños en los que incurren los usuarios para que revelen información de acceso e incluso por pérdida del equipo móvil. La gravedad del acceso no autorizado se focaliza en la posible obtención de información confidencial, la alteración o eliminación de datos de los usuarios, y la posibilidad que se configure el hurto o secuestro de información, diferenciándose entre sí, porque el hurto ocurre cuando el atacante accede a la información para sus propios fines, mientras que el secuestro informático, es aquel donde se cifran los datos o información sensible y se exige el cumplimiento de alguna condición o contraprestación económica para liberarlos.

Bajo esas consideraciones, aunque los chats de WhatsApp se encuentren cifrados de extremo a extremo, no significa que los dispositivos móviles también cuenten con esa misma seguridad, por ello, por más que WhatsApp desee brindar una sensación de seguridad sólida, no puede garantizar una privacidad absoluta.

Por otro lado, está una vulnerabilidad potencial al momento de exportar los chats de WhatsApp, porque la encriptación de extremo a extremo solo se aplica al envío y recibo de mensajes, por lo tanto, si los chats son exportados o compartidos a través de otros medios, como el correo electrónico, la encriptación ya no se aplica y cualquiera puede acceder a esos mensajes.

Otro riesgo al que se exponen los usuarios es a la posible suplantación de identidad, algo que en Venezuela es bastante común, los estafadores intentan suplantar la identidad de un familiar, empresa u organización, en un intento de engañar a los usuarios a través de la ingeniería social para que estos divulguen información importante, siendo la técnica más común; la creación de cuentas falsas para el envío de mensajes solicitando contraseñas o instrumentos bancarios, incluso bajo este mismo método pueden resultar víctimas de una extorsión. Ante lo cual resulta curioso que existiendo métodos para la confirmación de identidades online, que ya utilizan otras plataformas de redes sociales, WhatsApp aún no lo implemente, ya que se estaría hablando de una medida eficaz que acabaría con la suplantación de identidad que atenta en todo momento a las políticas y seguridad de los usuarios.

Por último, tenemos el almacenamiento de datos personales de los usuarios, y el cual resulta un tema bastante interesante, ya que, en la era digital, muchas empresas recopilan grandes cantidades de datos de sus usuarios, tal como lo hace WhatsApp, aunque en principio, la propia aplicación ha aclarado que solo los utilizan para fines publicitarios y análisis de mercado, razón por la cual no se encuentran encriptados como los chats. Esto no deja de plantear preocupaciones con respecto a la privacidad del internauta, y es que los individuos no siempre son conscientes que sus datos están susceptibles de una posible monetización; practica que se ha vuelto bastante común en la actualidad, debido a que las plataformas de redes sociales cosechan una gran cantidad de información personal y terminan creando una base de datos de miles de usuarios.

Esto es lo que realmente le otorga valor económico a este tipo de aplicación, y es el atractivo para las empresas competidoras. Mucho de estos intercambios se han realizado sin el consentimiento de los dueños de dichos datos, tal como ocurrió con Facebook, cuando decidió vender los datos de sus usuarios a las empresas de publicidad y desarrolladores de apps, trayendo como consecuencia una serie de violaciones de la privacidad de esos usuarios, por lo tanto, es necesario siempre una aclaratoria por parte de los responsables sobre cómo utilizan los datos de cada uno de los usuarios, y proporcionar opciones claras para que ellos mismos puedan controlar su información.

Marco legal de WhatsApp.

Al tratarse de una empresa con sede en Norteamérica, su recopilación de datos se encuentra regulados por las leyes de protección de datos y seguridad de Estados Unidos, esto quiere decir, que debe obtener el consentimiento del usuario antes de realizar la recopilación, compartir y procesamiento de datos personales en línea, asimismo los usuarios tienen derecho a acceder, modificar o eliminar su información personal, todos estos parámetros de permisos que se han establecido para el funcionamiento de la aplicación, siguiendo los fundamentos normativos establecidos en la Ley de Privacidad del Consumidor de California.

Sara Molina Pérez-Tomé & Marta Sánchez Valdeón (2016) La Prueba Electrónica.

“De hecho en la nota especial para los usuarios de otros países, WhatsApp dice que el servicio está en EEUU y va dirigido a los usuarios de este país y que si eres un usuario que accedes desde la Unión Europea, Asia, o cualquier otra región con una regulación en materia de protección de datos diferente de la estadounidense (en este caso por la ley de California) la aceptación de los términos del servicio implica la transferencia de esos datos personales y el consentimiento expreso para que rijan las leyes californianas.”

Esto implica que, sí un ciudadano venezolano, al descargar la aplicación de WhatsApp en su dispositivo móvil, al decidir aceptar los términos y condiciones de servicio que aparece en el proceso de instalación, está consensuando el acceso de su información personal y a su vez, se produce una sumisión a la jurisdicción californiana, esto quiere decir que, en caso un conflicto legal entre el usuario y la plataforma, excluyendo cualquier otro tipo legislación, como bien podría ser la venezolana en caso de contar con un marco regulatorio adecuado.

Sin embargo, pareciera ser una tendencia aceptar tales cláusulas de sumisión sin realmente leer las condiciones de servicio, muchas veces por ser demasiado largas, otras por ser un poco confusas o de difícil digerimiento, y lo único que ocasiona es un sometimiento a ciertas consecuencias legales a pesar que no las haya leído.

Por lo que hay una exposición riesgosa, que, aunque no sea objeto explícito de la presente investigación, es necesaria su reflexión, ya que una vez aceptada esa

cláusula y si resulta ser arbitraria, puede poner en jaque los datos personales de quien acepte, ya que se estaría cediendo un control total a la aplicación para el manejo de los datos personales en línea.

En Venezuela resulta importante una revisión a ese tipo de cláusulas de sumisión, con el fin de establecer un marco normativo que actúe como limitante y evitar así cualquier tipo de abuso o arbitrariedades, por parte de empresas como WhatsApp y demás redes sociales, en relación al manejo de los datos personales.

CAPITULO III

La divulgación indebida de los chats de WhatsApp en atención al marco nacional.

La divulgación como concepto general.

La divulgación personal es la acción de compartir información, datos o conocimientos, experiencias propias con otras personas, hasta información del tipo sensible. Puede ser una forma efectiva de transmitir información de manera informal en algunos casos, y puede ser especialmente útil para conectar con amigos, familiares y colegas que pueden no tener acceso a la misma información o experiencia.

Es importante tener en cuenta que la divulgación personal también conlleva una cierta responsabilidad. Al compartir información o consejos con otros, la divulgación puede tomar muchas formas, desde contar historias sobre experiencias personales hasta ofrecer consejos y sugerencias sobre cómo abordar ciertos temas, Pero el aspecto más importante es el respeto a la privacidad y los límites de las personas con quienes se comparte información, ya que la información divulgada puede afectar su bienestar emocional o físico.

Ahora, resulta pertinente dimensionar este tipo de acción, no se trata solo de compartir la información, sino también de revelar, difundir, exponer, ceder en parte o totalmente los datos y conocimientos de quien se tenga, esto implica que hay una serie de conductas destinadas a la divulgación.

Hay otros aspectos fundamentales que es lo que se encargará de determinar la divulgación como una conducta positiva o negativa, en primer lugar, la voluntad del individuo, la decisión *de que tanta información* está dispuesto a compartir y con quien. Por otro lado, está el consentimiento, el cual debería entenderse como la autorización para compartir los datos personales de quien se tengan con terceros, esto quiere decir que la información que alguien proporcione debe contar con su autorización para

compartirla con otras personas. Y claro, el tipo de información que se comparta, porque no habrá daño mientras no se trate de un contenido íntimo.

La divulgación indebida de los Chats de WhatsApp.

Ya definido el concepto de divulgación, corresponde contextualizarlo con los fines de esta investigación. Y es que resulta apremiante saber hasta qué punto una conversación llevada a cabo por WhatsApp afecta la esfera intimidad-privada de los individuos, ya que no hay unos límites muy claros al respecto. Si la intención del cifrado extremo a extremo es impedir que las conversaciones desarrolladas en WhatsApp no sean de conocimiento o acceso a terceros, esto implica que todos los usuarios utilizan la aplicación con una especie de expectativa de privacidad.

En primer lugar, debe delimitarse lo público de lo privado, si hay una información que se comparte a través de un grupo de WhatsApp, no quiere decir que sean de conocimiento público, si se equipara a las conversaciones que se mantienen de forma presencial, aunque estas sean manifestadas en un espacio público, no las convertirá en un contenido de carácter colectivo. La doctrina como bien se ha dicho en el capítulo anterior, considera privadas las conversaciones personales por ser una manifestación del pensamiento.

Por lo tanto, si la intención en una determinada conversación bipersonal es compartir exclusivamente esos datos solo con el receptor, no le corresponde a ese receptor del mensaje divulgar lo que el emisor le ha manifestado. En la actualidad, esa clase de divulgación pareciera ser socialmente aceptable, lo cual podría generar un daño directo al núcleo íntimo y privado del emisor si se trata de una información íntima o datos sensibles.

A continuación, se determinará los casos de divulgación indebida en las que incurren los usuarios de WhatsApp:

Mensaje reenviado: Es el mensaje que se transmite de un destinatario original a un destinatario adicional, sin que se realicen cambios en su contenido. ¿Pero cómo esto resulta una divulgación indebida? Sucederá cuando la voluntad del emisor sea compartir información privada o personal, únicamente con el primer receptor y que este mensaje posteriormente se comparta sin su autorización.

En principio, un mensaje reenviado no es una divulgación indebida en sí mismo, hasta que el contenido del mismo disponga información personal, sensible o confidencial, lo que implicaría consecuencias negativas para la privacidad e intimidad del dueño de la información.

Captura de pantalla: Esto hace referencia al acto de tomar una captura de una conversación de chat, y compartirla con otras personas, ya sea en línea o fuera de línea. Esto sucede cuando el individuo tiene la intención de mostrar un mensaje determinado a alguien más, o guardar una copia, esto último ventila otro aspecto que es necesario tomar en consideración, pues una captura de pantalla con fines de almacenamiento, se equipara a la creación de una base de datos sin el consentimiento del otro participante, esto sería una arista más a la vulneración de la intimidad o privacidad derivado del uso de esta plataforma.

Perdida del dispositivo móvil: La pérdida del dispositivo implica graves consecuencias al usuario, ya que la persona que encuentre el dispositivo tendrá acceso al mismo, y por ende, a los datos y conversaciones del propietario original y del resto de sus contactos, el daño se configura cuando esa información se utiliza para extorsionar o divulgarla indebidamente.

Por lo tanto, estas acciones se escapan del control y de la seguridad que WhatsApp ha tratado de brindarle a sus usuarios, generalmente estas implicaciones no suelen tomarse en cuenta al momento de instalar la aplicación en el dispositivo móvil, ni tampoco hay un grado de consciencia cuando se comparte la información, pues se debe considerar primero si se trata de un contenido sensible o no, incluso cuando se recopila las comunicaciones con una captura de pantalla.

Mientras que WhatsApp no desarrolle medidas que puedan combatir estas acciones que se encuentran diariamente vulnerando la intimidad y privacidad de los usuarios, es necesario que actualice sus términos y condiciones de servicio, señalando que el uso de la aplicación expone al usuario a situaciones de divulgación o exposiciones no deseadas, y hasta ilícitas. Todo esto para que el individuo pueda lograr un grado de consciencia la cual permita manejar con cautela la información o datos que desee compartir con terceros, incluso, con el manejo de información personal ajena.

Asimismo, tal impacto negativo podrá atenuarse si en los países donde WhatsApp predomine como medio de comunicación de sus ciudadanos, cuenten con un marco legal que controle y limite su uso por parte de los usuarios.

Marco regulatorio sobre la divulgación indebida.

Si bien WhatsApp ofrece un protocolo de seguridad basado en los parámetros legales dispuestos en la Ley del Consumidor de California, no ha logrado un control o restricciones en el ámbito de la divulgación. Por cuanto, se procederá a estudiar si las leyes venezolanas vigentes, en materia de protección a las comunicaciones cubren las disposiciones Constitucionales.

En la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones de 1991, en su artículo primero, señala su alcance y objetivo, reza así:

Artículo 1º.- La presente Ley tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas.

En este artículo dispone una protección a las comunicaciones desde una perspectiva muy general, lo que podría a simple vista abarcar el tipo de comunicaciones que se realizan a través de WhatsApp. Avanzado al siguiente artículo se consigue lo siguiente:

Artículo 2º.- El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

En la misma pena incurrirá, salvo que el hecho constituya delito más grave, quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones indicadas en la primera parte de este artículo.

La ley contempla en primer lugar la apropiación indebida por el medio que sea de las comunicaciones, pero más adelante en el único aparte del artículo, se refiere a la revelación en todo o en parte de esas comunicaciones, contemplando la divulgación como un tipo penal. Pero hay que hacer especial énfasis a la *grabación* que este mismo artículo condena al inicio, ya que esa acción se refiere directamente a las conversaciones telefónicas, por lo tanto, estas conductas delictivas desplegadas en la presente ley, se limitan a las conversaciones mediante una telefonía convencional y gracias a la evolución que este ha tenido, es posible incluir los teléfonos móviles.

Lo que hace incompatible este marco de protección a las conversaciones que se mantienen a través de la plataforma de WhatsApp, porque aun cuando las llamadas telefónicas y los chats comparten la misma función; comunicar. La serie de componentes y redes que establecen la vía de comunicación entre una llamada y un chat son totalmente diferentes, además que en un chat predomina la escritura, a diferencia de las llamadas, donde existe una comunicación verbal.

Ahora, si se continúa avanzando la ley no prevé otros hechos punitivos destinados a la divulgación personal. Por lo cual resulta pertinente señalar que la presente ley data de 1.991, una ley que fue creada para unas condiciones sociales y tecnológicas diferentes a las actuales, ya que antes no se existían las redes sociales y las nuevas formas de comunicación con los que se cuentan hoy en día, por ello no es sorprendente que el alcance de la ley, que por excelencia, debería regir a nivel especial todo lo destinado a las comunicaciones privadas, cualquiera que sea su soporte o la plataforma utilizada, deja en un estado de minusvalía la protección de estos derechos fundamentales.

Ahora, si se recurre supletoriamente a otra ley especial, en este caso, la Ley de Delitos Informáticos, encontramos una disposición expresa referente a la divulgación, la cual dispone lo siguiente:

Artículo 22. Revelación indebida de data o información de carácter personal. Quien revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos 20 y 21, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias. Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro, o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad.

Lay ley tipifica como delito la divulgación indebida, pero su campo tampoco resulta compatible con el ámbito de los chats, ya que la propia ley ha limitado su marco de protección al *procesamiento* de datos de los sistemas como “hardware”, “firmware” y “software”. De manera que, tal disposición es inaplicable por no cumplir con las características del objeto de tutela que la propia ley describe, y ante tal escenario, se hay una cierta una sensación de limbo jurídico.

Bajo estas consideraciones, resulta evidente la falta de marco normativo en el país con respecto a las implicaciones que conlleva el uso de WhatsApp, y la vulneración constante a las cuales están sujetos la intimidad y privacidad de los ciudadanos que sostengan sus comunicaciones personales en esta plataforma de mensajería.

Es pertinente recordar que estos derechos tienen su matriz en la constitución, el artículo 60 consagra el derecho a la privacidad y a su vez debe complementarse con el artículo 48 Constitucional, porque esta disposición forma parte de la intimidad y de los asuntos propios de la privacidad, y como consecuencia, señala expresamente la inviolabilidad de las conversaciones privadas, ello permite que se reflejen *los Chat del WhatsApp*, porque su función comunicacional hace posible que se adecuen en el ámbito de la correspondencia, por lo tanto, aquellos datos personales o información íntima que el individuo no está consciente de su difusión, o en caso que no desee compartirla y esta resulte revelada o expuesta, constituyen una infracción constitucional, porque tales disposiciones no pueden ser violados por tratarse de una norma de carácter constitucional, lamentablemente la falta de paridad con respecto a la velocidad de la Asamblea Nacional con la creación de leyes, no se ha ajustado al desarrollo de los avances tecnológicos y de las redes sociales.

En razón a ello, es evidente que no se ha creado una ley que pueda momentáneamente indicar unas sanciones por la violación de estos derechos constitucionales, sin embargo, el hecho de que no exista una ley, no implica su desconocimiento. En Sentencia N°1050 del año 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló de manera muy precisa que *las normas constitucionales cuentan con aplicación inmediata*, queriendo decir, que aún y cuando no exista una ley que desarrolle tales derechos, esto no afectará su vigencia o aplicabilidad. Incluso profundizando aún más en su importancia, estos derechos no solo se encuentran establecidos en el artículo 60 de la Constitución, sino que también encuentra su fundamento en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.

Ahora, si bien es cierto que tal artículo no forma parte de nuestro derecho interno, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución se le otorga un *reconocimiento pleno*.

Artículo 23 Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Esto es posible gracias a que el mencionado artículo forma parte del bloque de la constitucionalidad, inclusive, de conformidad con el mismo artículo referido, las normas establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos tienen rango Constitucional y aplicación directa. En ese sentido, la protección de la norma que forma parte de una convención histórica en materia de derechos humanos y de la Constitución, le urge que sea normativizada o sancionada una Ley Especial, para así poder regular y desarrollar las formas en las que se tienen que garantizar estos derechos.

No obstante, se rescata la ya mencionada sentencia 1318 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del año 2011, porque además de establecer una interpretación vinculante en cuanto a los datos personales, *que los constituye como un bien intangible*, establece el derecho que tiene toda persona de conocer el uso que el compilador realiza con sus datos, y como ya se mencionó en el primer capítulo, proporciona los parámetros dentro los cuales debe estar desarrollada una futura ley de manejo de datos.

De esta manera, en base a los aspectos que la Sala Constitucional señaló como principios rectores para una futura ley de manejo de datos; los cuales no hacen más que garantizar el uso lícito y debido que tendrían por parte de las empresas, y que tal compilación cuente con unos límites establecidos en normas de rango legal, y a su vez, la responsabilidad como sanción a las infracciones del tipo civil, penal y administrativas según sea el caso. Estos principios son susceptibles de ampliarse y armonizar perfectamente con una ley que regule las conversaciones privadas a tiempo real, como son los chats de WhatsApp, por ello, se requiere de la actividad legislativa que salvaguarde estos derechos ante las vulneraciones que constantemente enfrentan en el mundo digital, todo a través de leyes especiales dotadas de los aspectos y modernas formas de protección que puedan bregar contra el uso descuidado o indebido de los usuarios de WhatsApp.

CONCLUSIONES

El uso de tecnologías como WhatsApp plantea desafíos en cuanto a la protección de los derechos de privacidad e intimidad de los usuarios, especialmente en lo que se refiere a la divulgación indebida de conversaciones y al manejo de datos personales. A pesar de que la aplicación cuenta con un cifrado de extremo a extremo que ofrece un alto nivel de seguridad, la metadata no está protegida de la misma manera y cualquier usuario puede verse expuesto a que sus datos también sean filtrados sin su autorización.

Es importante que los abogados y legisladores tengan un panorama más amplio con respecto a las tecnologías de comunicación y contar con la regulación adecuada, con el fin de evitar un cercenamiento a los derechos fundamentales de los usuarios en el mundo digital. Para ello, se requiere una Asamblea Nacional que se encuentre a la vanguardia de los avances tecnológicos y los cambios que constantemente presentan las redes sociales, porque aún y cuando no existan leyes de rango legales que dispongan sanciones y un marco de control a los mensajes de datos, esta nueva forma de correspondencia encuentra su fundamento en los artículos 48 y 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y al contar con tal jerarquía constitucional, las vuelve de aplicación inmediata, especialmente si se detectan infracciones o riesgos donde puedan verse afectadas tales garantías, ya sea en menor o mayor medida. Por cuanto, nace la urgencia de crear leyes especiales modernizadas que desarrollen las nuevas formas de protección ante el uso indebido como la divulgación o exposición arbitraria de información de carácter personal. Asimismo, el Estado Venezolano debe cumplir con su deuda y finalmente promulgar la Ley de Manejo de Datos Personales que la Sala Constitucional desde la Sentencia N° 1318 del año 2011 alertó el vacío existente y se encargó de asentar las bases para el desarrollo de una futura ley.

REFERENCIAS

Brewer-Carías, A. (1994). Consideraciones sobre el Derecho a la Vida Privada y la Intimidad Económica y a su Protección

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Entró en vigencia en la ciudad de San José, Costa Rica el 18 de Julio de 1978

Nogueira Alcalá, Humberto. (1998) El Derecho a la Privacidad y la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico chileno. [Libro en línea] Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740206.pdf>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217, en París.

Ley Especial de Delitos Informáticos. (2001). Gaceta Oficial N° 37.313 de fecha 30 de octubre de 2001, entrada en vigor 30 de noviembre de 2001.

Ley Sobre Protección y Privacidad de las Comunicaciones. (2001). Gaceta Oficial N° 34.863 de fecha 16 de diciembre de 2001.

Ley de Privacidad del Consumidor de California. (2020). De fecha de 01 de enero de 2020.

Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. (2000). Gaceta Oficial N°37.076 de fecha 13 de diciembre de 2000

Molina Pérez-Tomé, S. (2016). Cifrado de WhatsApp y aportación de prueba. Law& Trends [Portal en Línea]. Disponible: <https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/cifrado-de-whatsapp-y-aportación-de-prueba.html>

Molina Pérez-Tomé, S. y Marta Sánchez Valdeón, M. (2016) Cifrado de WhatsApp y aportación de prueba. En: La prueba electrónica: validez y eficacia procesal. ¿En qué consiste la prueba electrónica? ¿Qué elementos debe reunir para que sea válida y eficaz en el proceso? ¿Se puede manipular? p.14.Colección: Desafíos Legales#RetoJCF Juristas con Futuro. [Libro en Línea]. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=658404>

Sentencia N° 1318 (2011) Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. [Buscador en Línea]. Disponible: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/juriprudencias#1>

Sentencia N° 1050 (2000) Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. [Buscador en Línea]. Disponible: <http://histórico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1050-230800-00-2378%20.HTM>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

WhatsApp Inc. Preguntas frecuentes. Información sobre el cifrado de extremo a extremo. Disponible en: https://faq.whatsapp.com/820124435853543/?helpref=hc_fna