

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DIGITAL COSTARRICENSE**

SUSTENTANTE

ERICKA NATALIA TELLEZ LIZANO

TUTOR

ANDRÉS ÁVALOS RODRÍGUEZ

Enero 2021

“La paz sólo puede durar cuando se respetan los derechos humanos, cuando las personas tienen qué comer y cuando los individuos y las naciones son libres.”

Dalai Lama

Carta del Tutor

CARTA DEL TUTOR

San José, 2 de setiembre de 2021

Piero Vignoli Chesler
Director Carrera de Derecho
Universidad Hispanoamericana

Estimado señor:

El estudiante Ericka Tellez Lizano, cédula de identidad número 7-0254-0264, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado **"Privacidad y protección de datos como derechos fundamentales en el Derecho Digital costarricense"**, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciada en Derecho.

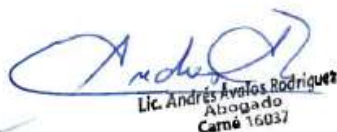
En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10%
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
C)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30%
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20%
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20%
	TOTAL		100%

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,



Lic. Andrés Ávalos Rodríguez
 Abogado
 Carné 16037

Andrés Ávalos Rodríguez
110790061
16037

Carta del Lector

CARTA DE LECTOR

San José, 17 setiembre 2021

Universidad Hispanoamericana
Sede Llorente
Carrera de Derecho.

Estimado señor

La estudiante ERICKA NATALIA TELLEZ LIZANO, cédula de identidad número 7-0254-0264, me ha presentado para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado **"PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DIGITAL COSTARRICENSE"**, el cual ha elaborado para obtener su grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado y he hecho las observaciones relativas al contenido analizado, particularmente lo relativo a la coherencia entre el marco teórico y análisis de datos, la consistencia de los datos recopilados y la coherencia entre éstos y las conclusiones; asimismo, la aplicabilidad y originalidad de las recomendaciones, en términos de aporte de la investigación. He verificado que se han hecho las modificaciones correspondientes a las observaciones indicadas.

Por consiguiente, este trabajo cuenta con mi aval para ser presentado en la defensa pública.

Atte.

WALTER
MUÑOZ TUK
(FIRMA)

Firmado digitalmente
por WALTER MUÑOZ
TUK (FIRMA)
Fecha: 2021.09.17
10:10:48 -06'00'

Firma

Lic. Walter Muñoz Tuk.

Cédula: 1-0558-0420.

Carné: 4570

Declaración Jurada



DECLARACIÓN JURADA

Yo, Ericka Tellez Lizano, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número siete-cero-dos-cinco-cuatro-cero-dos-seis-cuatro, egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DIGITAL COSTARRICENSE, es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de Heredia, a los treinta y un día del mes de agosto del año dosmil veinte.

702540264

Firma del estudiante

Cedula

Autorización de Licencia TFG

**UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA
CENTRO DE INFORMACION TECNOLOGICO (CENIT)
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA
REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DE LOS TRABAJOS FINALES DE GRADUACION**

San José, 23 octubre 2021

Señores:
Universidad Hispanoamericana
Centro de Información Tecnológico (CENIT)

Estimados Señores:

El suscrito (a) Ericka Tellez Lizano con número de identificación 702540264 autor (a) del trabajo de graduación Titulado Privacidad Y Protección De Datos Como Derechos Fundamentales En El Derecho Digital Costarricense, presentado y aprobado en el año 2021 como requisito para optar por el título de Licenciatura en Derecho; Si autorizo al Centro de Información Tecnológico (CENIT) para que con fines académicos, muestre a la comunidad universitaria la producción intelectual contenida en este documento.

De conformidad con lo establecido en la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Cordialmente,

702540264



Firma y Documento de Identidad

Dedicatoria

Esta Tesis está dedicada con todo mi esfuerzo a:

A Dios, a mi padre Lester y a mi madre Elena, quienes con amor, paciencia y esfuerzo me han llevado a cumplir cada uno de mis sueños más grandes, han plasmado en mí el valor del esfuerzo, el trabajo y la valentía, gracias por enseñarme a no temerle a la adversidad y cuidarme en cada paso; padres gracias por inculcarme el valor de la vida y la libertad, para hoy defender mis derechos y los de mi pueblo.

A mis hermanas Candy y Laura, por su amor, compañía y apoyo incondicional, durante este proceso. Finalmente, a mi abuelo Víctor y mi abuela Hilda, que, con sus oraciones, palabras de aliento y consejos, hicieron de mí una mejor persona y me inspiraron para alcanzar mis metas.

Agradecimientos

En primera instancia quiero expresar mi agradecimiento a mi tutor por acompañarme fielmente en este proceso y por la confianza en mi desde que llegue a la facultad; así mismo agradezco a todos mis docentes que desde la escuela hasta la presentación de mi tesis me han enseñado más que leer, sumar y litigar, me educaron con los valores y la disciplina necesaria para enfrentar el mundo educativo y laboral.

Una tesis es fruto también del apoyo y el reconocimiento de nuestros seres más cercanos y amados, sin los cuales no tendría la fuerza y la energía para seguir creciendo como persona y como profesional.

Gracias a mis amigos y colegas que significan un gran apoyo moral, necesario en los momentos más difíciles de este trabajo y de mi profesión.

Pero, sobre todo, gracias a Dios, mis padres, mis hermanas y mi pareja, porque gracias a ellos viví una infancia, adolescencia y adultes, que recuerdo con amor, paz, respeto y libertad, inspirándome a seguir escribiendo sobre los Derechos Humanos.

índice

Carta del Tutor	iii
Carta del Lector	iv
Declaración Jurada.....	v
Autorización de Licencia TFG.....	vi
Dedicatoria	vii
Agradecimientos.....	viii
Introducción	xiii
Justificación.....	xiv
Formulación del problema	xv
Objetivos de la investigación	xvii
Objetivo general	xvii
Objetivos específicos	xvii
Alcances.....	xvii
Fuentes de información	xix
Capítulos	xx
MARCO TEÓRICO	1
CAPÍTULO I.....	2
La evolución de los derechos fundamentales y su adaptación a la era digital	3
1.1. El concepto de los derechos humanos	3
1.2. Origen de los derechos humanos.....	4
1.2.1. Antigüedad	4
1.2.2. Medioevo	7
1.2.3. Modernidad.....	10
1.2.3.1. Revolución inglesa	10
1.2.3.2. Revolución norteamericana.....	13
1.2.3.3. Revolución francesa	15
1.3 Internacionalización de los derechos humanos	20
1.3.1 Instrumentos de carácter universal.....	20
1.3.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	20

1.3.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	23
1.3.1.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...	24
1.3.2 Instrumentos de carácter regional (americanos).....	26
1.3.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	26
1.3.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	27
1.4 Características	28
1.4.1. Inherentes.....	29
1.4.2. Progresividad.....	29
1.4.3. Universalidad.....	30
1.4.4. Imprescriptibilidad	31
1.4.5. Interdependencia.....	31
1.4.6. Indivisibilidad	32
1.4.7. Inviolabilidad.....	32
1.5. Las generaciones de derechos humanos	32
1.5.1. Derechos de primera generación.....	33
1.5.2. Derechos de Segunda Generación	34
1.5.3. Derechos de Tercera Generación.....	34
1.5.4. Derechos de Cuarta Generación	36
1.6. Instrumentos que resaltan la evolución de los derechos humanos y su adaptación a la era digital.....	38
1.6.1. Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas A/C.3/71/L.39	38
1.6.2. Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas A/73/589/Add.2	39
1.6.3. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/HRC/RES/32/13.....	40
CAPÍTULO II.....	43
El derecho a la privacidad y la protección de los datos.....	44
2.2. Origen del derecho a la privacidad.....	46
2.2 Concepto de derecho a la privacidad	55
2.3. Relación entre privacidad e intimidad.....	58
2.4. Conexión de derechos	61
2.5. Derecho a la protección de los datos personales	62
CAPÍTULO III.....	66

Los derechos a la privacidad y protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica	67
3.1. Base constitucional	67
3.2. Base legal.....	70
3.2.1. Naturaleza jurídica de la ley.....	70
3.2.2. Objeto de la ley	70
3.2.3. Aplicabilidad	71
3.2.4. Sobre conceptos básicos del tratamiento de datos personales.....	71
3.2.4.1. Base de datos	71
3.2.4.2. Datos personales.....	73
3.2.4.3. Datos personales de acceso irrestricto	73
3.2.4.4. Datos personales de acceso restringido	74
3.2.4.5. Datos sensibles	74
3.2.4.6. Datos crediticios	75
3.2.4.7. Deber de confidencialidad.....	76
3.2.4.8. Interesado.....	77
3.2.4.9. Responsable de la base de datos.....	77
3.2.4.10. Tratamiento de datos personales.....	78
3.3. Autodeterminación informativa	79
3.3.1. Concepto.....	79
3.3.2. Excepciones	83
3.4. Principio de consentimiento informado.....	83
3.4.1. Obligación de informar	84
3.4.2. Deber de obtener consentimiento expreso	84
3.5. Principio de calidad de la información	85
3.6. Derecho de acceso a la información.....	86
3.7. Derecho de rectificación.....	87
3.8. Agencia de Protección de Datos de los habitantes.....	88
3.8.1. Naturaleza jurídica.....	88
3.8.2. Competencias.....	89
3.8.3. Intervención en archivos y bases de datos.....	89
3.9 Base sub-legal	90
3.9.1. Consentimiento de las personas.....	91

3.9.2. Derecho al olvido.....	92
3.9.2.1. Protocolos mínimos de actuación	93
3.9.3. Información mínima sobre situaciones de vulnerabilidad	94
3.9.4. Transferencia de datos	94
3.9.5. Causales de protección derechos de derechos por parte de la Agencia de Protección de Datos de los habitantes	95
3.10. Decisiones judiciales.....	96
3.10.1. Decisión 754-2002	96
3.10.2 Decisión 15063-2005	99
3.10.3. Decisión 01215-2006	101
3.10.4. Decisión 14580-2006	102
3.10.5. Decisión 01389-2007	103
3.10.6. Decisión 8782-2010	104
3.11 Nuevas propuestas normativas	105
Conclusiones	107
Conclusiones	108
Recomendaciones	112
Bibliografía	114
Referencias bibliográficas	115

Introducción

Justificación

Se hace indispensable que el ordenamiento jurídico tenga herramientas con las cuales proteger a las personas ante nuevos fenómenos con poderes impensables, es decir, limitar los poderes salvajes que se expanden a través de empresas privadas -incluso, también organismos públicos- cuyo impacto cada vez se hace mayor y pudiera erigirse como una nueva manera de desigualdad y discriminación.

En el Derecho Comparado, esta preocupación no ha estado ausente. Por el contrario, en países como Reino Unido el problema ha ocupado un lugar muy relevante. Es bien conocido el caso de *Cambridge Analytica*, mediante el cual, se utilizaron datos personales, incluso, pudiera calificarse de “sensibles”, que configuraron su uso para un fin político como lograr la salida del Reino Unido de la Unión Europea por un mecanismo plebiscitario como el *referéndum* del Brexit.

Mutatis mutandis, empresas como Facebook, Twitter, TikTok manejan múltiples datos personales que si se usan de manera irracional pueden configurar un peligro para la propia democracia constitucional, ya que, a través de las ciencias de comportamiento, incluso se puede predecir la toma de decisiones de las personas, como en efecto se ejemplifica en la descripción del acápite anterior.

Pero, lo más preocupante de dicha situación, es que pareciera que existe una deficiencia legal ante las sociedades de la información y el conocimiento. Así, es justificable el planteamiento de la interrogante y su consecución para intentar obtener una respuesta, en lo que concierne a Costa Rica.

Formulación del problema

La presente investigación parte de un problema que se relaciona con fenómenos actuales que atentan contra la seguridad y privacidad de los datos personales de las personas. Con la revolución tecnológica que no conoce frontera alguna y, por consiguiente, su expansión ineludible al territorio y población de Costa Rica permite dar pie a plantearse lo siguiente: ¿Cómo se establece la privacidad y protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica?

Se trata de una interrogante muy novedosa que trata de pensar sobre problemas de índole global, pero dentro de un espacio determinado como es el ordenamiento jurídico costarricense. Para explicar de mejor manera la idea: el simple hecho de que una persona natural o empresa también, disponga de un instrumento tecnológico como un teléfono móvil por el cual acceder a la red, lo cual, lo hace parte del *International Network of Computer* (mejor conocido como internet) constituye una forma en que se entrelazan miles de sujetos y que producen, en consecuencia, centenares de datos.

Así, un usuario que haga uso de esta herramienta tan corriente puede constituir un riesgo para que sus datos sean apropiados de manera indebida, incluso sin su propio consentimiento. En ese sentido, existe nuevas formas en que organizaciones criminales actúan para obtener beneficios e incentivos pecuniarios, como puede ser, en efecto, la apropiación de datos e incluso, información que pueda poner en grave riesgo su situación financiera o laboral.

Esto implica un escenario frente al cual, la política y el derecho deben hacer frente, por cuanto la forma en que se gobierna y otorga seguridad al conglomerado social, es a través de la regulación. En efecto, el Derecho es el instrumento por medio de cual la

sociedad trata de resolver sus problemas sociales. De manera que, el conjunto normativo que compone el sistema jurídico debe adaptarse o transformarse conforme a las nuevas necesidades de la población y no quedarse atrás ante problemas como el que impone la evolución tecnológica.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

El objetivo general de la presente investigación es analizar el derecho a la privacidad y la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica.

Objetivos específicos

- Estudiar los derechos fundamentales y su adaptación a la era digital.
- Determinar el contenido de los derechos a la privacidad y la protección de los datos personales.
- Sistematizar los derechos de la privacidad y la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica.

Alcances

Los alcances de esta investigación son el ordenamiento jurídico interno de Costa Rica por un lado y, por otro lado, la legislación vigente hasta el momento en que se realiza la presente investigación.

Marco metodológico

La presente investigación se enmarca, desde un punto de vista amplio, en las llamadas investigaciones descriptivas, estas son aquellas que pretenden determinar las propiedades, características y perfiles de “personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno” (Hernández et al., 2006, p. 102).

Así mismo, es de tipo documental o bibliográfica, ya que tiene como fuente libros, revistas que condensan la doctrina aplicable al objeto de estudio. En este tipo de investigaciones se desprende “un dato de una documentación, aunque se halle perfectamente clasificada y ordenada”, significando el desprendimiento de “un elemento dentro de una realidad que es mucho más compleja, ya que a veces trasciende” el propio contexto personal o profesional (Suárez, 2007, p. 48).

Para elaborar una investigación ajustada a criterios objetivos se debe partir de un adecuado aparato documental y crítico que se pone en práctica a lo largo del trabajo y que concluye con las referencias consultadas. En ese sentido, se utilizaron técnicas de observación documental, presentación resumida, resumen analítico y análisis crítico, doctrina de autores de manera multidisciplinaria desde la politología, filosofía y constitucionalismo estricto.

Igualmente, se sometió a reflexión los derechos a la privacidad y protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, siendo un tema de actualidad, para lo cual fue fundamental el estudio de los elementos distintivos, sus particularidades, relevancia y relación con otros instrumentos normativos, a partir de fuente documentales escritas y digitales.

Fuentes de información

Se entiende por fuente, según Suárez “aquella que concreta y transmite el dato y la información valiosa e idónea al proceso de investigación documental o bibliográfica” (2005, p. 45). En la presente investigación, las fuentes se trataron de libros y artículos variados, tanto impresos como digitales, debido a la accesibilidad que ofrecen las nuevas tecnologías.

Asimismo, fue de utilidad la Constitución Política, leyes, reglamentos y decisiones judiciales producidas en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. También, documentos internacionales sobre derechos humanos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros documentos al respecto.

Los datos fueron extraídos de las citadas fuentes documentales mediante fichas, en ellas se recolectó y seleccionó información según el esquema de contenido preestablecido en el proyecto. Además, debido al avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, las fichas se desarrollaron bajo medios electrónicos, los cuales permiten el procesamiento de datos, de una manera más rápida, eficiente y en favor de la protección del medio ambiente, lo cual es muy relevante y concuerda con la temática a tratar desde este punto de vista también.

Capítulos

La investigación se encuentra estructurada en tres capítulos, cuyo contenido se indica a continuación:

El Capítulo I es relativo a “la evolución de los derechos fundamentales y su adaptación a la era digital”. Se trata de un capítulo que aborda el origen de los derechos fundamentales a través de una descripción breve de sus diferentes etapas y su surgimiento propiamente en el siglo XVIII en la reconocida revolución francesa. Se trata de demostrar cómo los derechos han ido evolucionando y cambiando desde sus inicios netamente liberales o negativos frente al poder del Estado. Así, se refiere además a otros derechos fundamentales además de los liberales, como los derechos sociales que establecen en gran parte de los cambios constitucionales del siglo XX.

Se usa el método didáctico de las generaciones de los derechos, llegando a encuadrar, al derecho a la privacidad como un derecho liberal de la personalidad de primera generación y refiriéndose a la incorporación a la era digital de los derechos fundamentales como una respuesta a las nuevas necesidades y la evolución humana. Así, se refiere al derecho a la protección de los datos personales como un derecho que atiende a las nuevas necesidades de la sociedad, que se destaca por múltiples resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, reiteradamente se preocupó por el mal uso de los datos personales, especialmente, cuando se maneja por empresas privadas que tienen altos niveles de datos recopilados.

El Capítulo II se refiere a “el derecho a la privacidad y la protección de los datos personales”. Se trata de un capítulo que busca analizar los conceptos de privacidad y protección de los datos personales, desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Así, se hace referencia a los orígenes del derecho a la privacidad y, en consecuencia, su procedencia anglosajona como “right to privacy” en un artículo publicado en el *Harvard Law Review*.

Asimismo, se señala que en no todos los ordenamientos jurídicos se acoge la denominación de derecho a la privacidad, sino que también existen otros conceptos con los cuales se suele hacer referencia al concepto, como puede ser el de intimidad. Los ordenamientos jurídicos escogen cual acoger, si privacidad o intimidad. Ahora bien, también se señala que puede existir una o varias conexiones entre diversos derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Tales pueden ser los derechos al honor, propia imagen, intimidad o a la privacidad, protección de datos, inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones.

El derecho a la protección de datos personales se trata de una especie de la madre privacidad. Los datos personales, serían algo así como la información que se requiera para conocer a las personas y pueden entenderse como aquellos que identifican a la persona como: nombre y apellidos; domicilio; correo electrónico; documento de identidad y; teléfono celular.

El origen del derecho a la protección de datos personales se sitúa en Europa, especialmente por obra del célebre Tribunal Constitucional alemán de 1983, que por vez primera acuña la expresión “autodeterminación informativa” y establece una definición de la naturaleza y contenido de este nuevo derecho. También, puede encontrarse importantes manifestaciones del reconocimiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional español.

Es decir, el derecho a la protección de datos personales tiene su origen en la labor de los jueces constitucional, en especial, el Tribunal Constitucional de Alemania, que se

vio en la necesidad de pensar en formas de proteger los datos personales ante el avance incesante de las nuevas tecnologías y conocimiento en las sociedades contemporáneas que componen el mundo. También recoge importancia en la Convención Europea de Derechos humanos. De manera que se entiende que los datos personales pueden configurarse como un derecho.

El Capítulo III, se refiere a “el derecho a la privacidad y protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica”. Este capítulo recorre cómo se establecen la privacidad y protección de datos personales en Costa Rica. Así, se indica que, en la Constitución, su artículo 24 se refiere al derecho intimidad, implicando que existe un instrumento formal a partir del cual se puede ofrecer tutela jurídica al bien jurídico de la privacidad de la sociedad de Costa Rica. Así también, en el artículo 46 también se encuentra un soporte que sirve con ese mismo fin.

Por otro lado, la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, a través de la ley N° 8968, creó la ley sobre “Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales”. Se trata de una ley que específicamente se refiere a los datos personales y su protección en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cual es sumamente pertinente para el objeto de la presente investigación.

Comprende un conjunto variado de artículo que ofrece algunas luces sobre cómo proteger los datos personales. Así. se trata de una ley de “orden público”, no relajable entre particulares, de obligatorio cumplimiento para todos. Es superior a instrumentos normativos de carácter sub-legal, pero inferior a la Constitución. Tiene el objeto de garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada.

En ese orden, también se creó un reglamento de dicha ley para regular y desarrollar de mejor lo preceptuado en el marco normativo. El texto normativo sub-legal, se denomina Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales N° 37554-JP, en fecha 30 de agosto de 2012. Se compone por 90 artículos que desarrollan ampliamente lo establecido en la base legal.

Así también, el capítulo se refiere a los grandes aportes de la Sala Constitucional a través de múltiples decisiones que fueron sembrando los fundamentos del derecho a la autodeterminación que es como es califica técnicamente en Costa Rica la protección de la privacidad y los datos personales. De esa manera, varias decisiones anteriores a la vigencia de la ley especial se refirieron al tópico, significando un gran compromiso judicial como se podrá observar.

Finalmente, se llega a una serie de conclusiones indicadas por separado, a los fines de concretar un razonamiento final, posterior a lo cual se presentan las referencias consultadas.

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

La evolución de los derechos fundamentales y su adaptación a la era digital

En el presente capítulo se propone estudiar la evolución de los derechos fundamentales y su adaptación a la era digital. Para tal fin, se partirá desde el propio concepto de derechos humanos, su caracterización, origen, su desarrollo y estado actual conforme a la digital en que se encuentra la humanidad.

1.1. El concepto de los derechos humanos

Los derechos humanos han sido definidos como “aquellos derechos, principios y valores inherentes a los seres humanos que reafirman su dignidad y el propósito de vivir en condiciones de bienestar y desarrollo” (Andara, 2020, p. 17). Se explica que los mismos no son solo facultades de los ciudadanos por lo que sus alcances son mucho más amplios.

Por ello en la definición se señala las cualidades de principio y valor Y es que toda sociedad debe entender en cada acción que desarrolla debe darse la realización de persona, una actividad que corresponde tanto al propio Estado como a las actividades ciudadanas. Se entiende que “representan una filosofía de pensar y actuar que se debe reflejar en cada norma emanada del poder público, así como en la acción de gobierno y en la administración de justicia”.

Los derechos humanos “propios de la especie humana” y así se expresa en la definición en términos amplios, sin diferenciaciones. Se debe recordar que “reafirman la propia realización de la persona como ser, así como su desenvolvimiento y progreso en una sociedad en permanente transformación”. Dentro de este concepto se encuentra el derecho a la privacidad cuyos retos en la era digital son muy relevantes.

1.2. Origen de los derechos humanos

El ser humano siempre ha deseado condiciones de vida que le permitan desarrollarse y cumplir sus necesidades. La historia de los derechos fundamentales es una historia muy ligada al devenir mismo de la humanidad, puesto que los hechos que dinamizan las diversas luchas sociales, políticas, económicas e, incluso culturales, encuentran una inspiración en los principios doctrinarios de los derechos, como lo son: la búsqueda de la dignidad, igualdad, libertad y bienestar.

Los primeros seres humanos lucharon duramente por sobrevivir ante un ambiente inhóspito. La necesidad de protegerse ante fenómenos como el frío, llevó a la humanidad a descubrir el fuego; la necesidad de enfrentarse a grandes especies animales impulsó la creación de armas para su legítima defensa; la necesidad de transportarse de forma más rápida ideó el aparato de la ruda. Así, sucesivamente, a través de una especie de evolución se fueron suscitando nuevas necesidades y respuestas ante las mismas. Esto es un elemento importante para partir en la búsqueda del origen de los derechos fundamentales.

A través de las distintas etapas históricas se encuentran muestras remotas sobre los derechos fundamentales, hasta llegar a su etapa propiamente de nacimiento a partir de las revoluciones liberales del siglo XVIII.

1.2.1. Antigüedad

Desde el momento en que las distintas culturas acceden a instrumentos como la escritura se dejan testimonios de sus costumbres y creencias, lo cual sirve para ubicar los primeros esbozos de aquello que, en siglos posteriores a través de la evolución y perfección se acabarían denominando como “derechos humanos”.

Las primeras documentaciones muestran lo que se puede considerar como precursoras en el Antiguo Egipto, ante apreciaciones como las siguientes: “no he hecho daño a la hija del pobre” (Libro de los Muertos III Milenio A.C., alegaciones de un difunto ante el tribunal de Osiris, con el objetivo de asegurarse la vida eterna); “observa la verdad y no la traspases, que no te lleve la pasión del corazón. No calumnies a ninguna persona, importante o no” (Enseñanzas de Ptahhotep, finales del III Milenio A.C., normas para facilitar la vida en sociedad destinadas al futuro visir del faraón); “no te rías de un ciego, no te burles de un enano ni hagas mal a un cojo” (Amenemopet, 1300-1100 A.C.).

Ahora bien, es en Mesopotamia durante el tercer milenio antes de Cristo donde aparecen por primera vez recopilaciones de normas de una forma sistematizada, orientadas a regir la vida en sociedad. El Código de Urukagina (2350 A.C., conocido sólo por las referencias incluidas en documentos posteriores) y el Código de Ur-Nammu (2050 A.C., el primer código jurídico que establecía jueces especializados, el testimonio bajo juramento y la facultad de los jueces de ordenar al culpable la indemnización de perjuicios) que fueron los precedentes del Código de Hammurabi (1700 A.C.) el cual regulaba la Ley del Talión.

Luego de los antecedentes ubicados en Egipto y Mesopotamia, el siguiente lugar referencial es el del mundo helénico. Esto debido a la forma de organización social de algunas ciudades, como Atenas que fue la más poderosa, donde se configuró la democracia como una forma política poderosa, estable y duradera. Para ese momento se encontrarían pensadores importantísimos para la Filosofía, el Derecho y la Política como Sócrates, Platón y Aristóteles. La pertinencia de la democracia para con los derechos fundamentales, radica en que es una precondition para su efectividad, por eso, es muy relevante considerar el marco intelectual basado en la lógica y la razón, así como la ética

que da cabida a cuestionar la legitimidad de un sistema u organización social cuando sea arbitraria (como lo es la prepotencia del poder).

Como advierte Peña (2021) cada tiempo tiene su propio orden político y cada tiempo tuvo aportes significativos en la construcción paulatina de los derechos fundamentales. En la antigua Grecia por su parte, existió un sistema de organización y control de la sociedad que tuvo su momento más álgido con pensadores que se encargaron de buscar una forma de gobierno ideal y posible ante los problemas de su época. Para este momento ya empieza a hablarse de formas de gobierno. Tal como indica Peña (2021) se establecieron derechos y formas de organización no entendidas como se conocen en la actualidad, sino con las especificidades y matizaciones de su tiempo (p. 2).

En Roma, se establecerían antecedentes importantes para entender el nacimiento de los derechos fundamentales. Se reunieron los logros de las civilizaciones que la precedieron, refundiéndolos y expandiéndolos por la cuenca mediterránea y europea. El Derecho Romano precisamente se concibió como un pilar fundamental en ese aspecto, ya que representó un avance fundamental en cuestiones como justicia y sirvió como modelo para el desarrollo del derecho civil en países occidentales. Indica Peña (2021) que con el nacimiento del imperio romano y sus distintas etapas, especialmente la República, se destacan otros elementos importantes sobre los derechos fundamentales. Se empiezan a considerar principios morales que rigen la vida del hombre en sociedad, la tensión existente entre patricios y plebeyos, como clases sociales, se diluye progresivamente hasta que los plebeyos logran tener iguales derechos que los patricios. Se habla de *Res publicus*, *Res* de cosa u asunto y *publicus* de lo público o perteneciente al pueblo, distinta de la forma de organización de los griegos, la polis. La vida constitucional de la República la compone generalmente una asamblea deliberativa de ciudadanos, los comicios, las

magistraturas y el senado, los cuales funcionan contraponiéndose en su actuación de manera equilibrada en la *civita* (p. 3).

Esto fue de esta manera, por cuanto, para la estabilidad de la República debe darse como afirma Cicerón (1984) “un equilibrio de derecho, deber y poder, de suerte que los magistrados tengan la suficiente potestad, el consejo de los hombres tenga la suficiente autoridad y el pueblo tenga la suficiente libertad” (p. 116). Roma además fue influenciada por los griegos en tiempos de decadencia y reflexión, precisamente en personajes como Cicerón que definió célebremente a la justicia como “virtud total”, calificándola como “disposición del espíritu, que, respetando la utilidad común, atribuye a cada uno su valor”, como “única, señora y reina de todas las virtudes”.

1.2.2. Medioevo

Durante la edad media se encuentran principados, reinos y feudos en busca de una autoridad única en las organizaciones políticas. En este momento se destacan pensadores como Santo Tomás de Aquino y San Agustín, quienes representaban para la época lo que fue Platón y Aristóteles. En todos los países de la Edad Media, se afirma la “sujeción del rey al Derecho” (García-Pelayo, 1999, p. 254). Es por ello por lo que existe una Constitución medieval que empieza a desligarse un poco del campo político y moral para encaminarse más al campo obligatorio de lo jurídico. Implica a partir de este momento considerar a la Constitución como una regla que rige a los hombres en sociedad, surgiendo así una especie de derecho público contractual de la vida política (Peña. 2021, p. 4). De manera que, es un paso hacia adelante para acercarse más a los derechos fundamentales. Aquí se encuentran importantes antecedentes que son de digno reconocimiento.

Podría decirse que la Carta Magna, fue la influencia primitiva más significativa en el extenso proceso histórico que encaminó a Inglaterra en su gran tradición constitucional. Después de que el rey Juan de Inglaterra violara un número de leyes y tradiciones antiguas con que se había gobernado Inglaterra, sus súbditos lo forzaron a firmar la Carta Magna, la cual enumera lo que después vino a ser considerado como los derechos fundamentales.

Un documento que surgió en la Edad Media a partir de una revolución de nobles en contra del autoritarismo desenfrenado del poder y que ha servido de inspiración a diversos textos históricos que velan por fenómenos importantes como el Estado de Derecho y los derechos fundamentales del hombre, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Carta Magna de 1215 fue un documento elaborado por el Rey Juan I (mejor conocido como Juan Sin Tierra) en el que otorgó un conjunto de derechos a la nobleza inglesa. Este documento es lo que se denomina como “constitución pactada o estamental” que, como su nombre indica, es el resultado de un acuerdo celebrado entre el detentador del poder, en este caso el Rey, y los estamentos o clases sociales privilegiadas. Este documento surgió como respuesta a las necesidades sociales en el reinado de Juan I.

Esta Carta con la certeza de la escrituradad, restablece antiguas costumbres de los ingleses y proclama derechos de diversa índole. Desde derechos hereditarios en los feudos, derechos matrimoniales de las viudas, atenuación de pago de impuestos de los judíos y la proporcionalidad de la multa a la gravedad de la falta cometida hasta la protección de la actividad comercial de los mercaderes. Sin embargo, más allá de tales derechos, lo más trascendente de esta Carta (y es lo que le da mayor valor histórico constitucional) es que consagra que “*judicium parium suorum*” nadie puede ser

condenado por un tribunal dependiente del Rey y la “*lex terrae*” ley de la tierra según los cuales, todo juicio debe llevarse a cabo con independencia del monarca y el mismo debe realizarse en territorio inglés, con las leyes de ese país, lo cual se interpreta como el *due process of law*, el debido proceso legal (Peña, 2021, p. 5).

Se considera, por tanto, ampliamente como uno de los documentos legales más importantes en el desarrollo de la civilización, la Carta Magna fue un punto de cambio crucial en la lucha para establecer la libertad y límites al poder. Se marca el primer paso de Inglaterra en su camino hacia una democracia parlamentaria que respeta los derechos individuales

En los sistemas feudales, en los cuales los privilegios se concentraban en los señores feudales. Los Fueros de Aragón se refieren a normas emanadas de la península ibérica que se recogían en “fueros” y este compilado era precisamente al que debe su denominación. Tales instrumentos eran dirigidos a exenciones o privilegios otorgados a la población derivados de una costumbre o decisión judicial previa que limitaban el poder real y buscaban una suerte de *Ius commune* (Peña, 2021, p. 5). Paolantonio (1987) señala acertadamente que “en España encontramos documentos -llamados fueros- que operan como limitaciones a la entonces todopoderosa voluntad del monarca” (p. 198).

El más relevante de estos fueros fue el de Aragón de 1247 que se originó cuando el Rey Jaime I encargó a las Cortes Generales de Huesca, especialmente al Obispo Vidal de Canellas, la realización de una selección y compilación de los fueros vigentes donde se encontraban plasmadas sus costumbres y además establecía una serie de obligaciones acerca de cómo debía administrarse la justicia. Estos fueros tienen naturaleza pactista y también tiene una naturaleza de Constitución estamental (Peña, 2021, p. 6). Para explicar la razón de eso, Gascón señala (1999) que “las disposiciones son elaboradas por el rey y

el reino, reunidos en Cortes” (p. 259). De tal manera que se encuentran antecedentes importantes en materia de garantías de los derechos fundamentales, que son importantes destacar.

1.2.3. Modernidad

Es en la edad moderna, donde se encuentran los fundamentos históricos de los derechos fundamentales en que se existe más consenso. A partir de las revoluciones liberales en Inglaterra, Francia y Estado Unidos se recogen los derechos fundamentales. Es importante destacar que los primeros derechos fundamentales fueron de carácter negativo, es decir, espacios de libertad en los cuales el Estado debe abstenerse de intervenir, de lo contrario, vulneraría de forma ilegítima un espacio esencial de los seres humanos.

1.2.3.1. Revolución inglesa

La revolución inglesa es mundialmente reconocida como la “gloriosa revolución”. Tiene un gran significado pues implicó uno de los eventos históricos más importantes de Occidente, sirviendo como ejemplo y antecedente para muchas futuras revoluciones que se suscitaron alrededor del mundo con el objeto de poner trabas o límites al desempeño del poder. Tal revolución tuvo lugar en Inglaterra en el año 1688 y significó desde entonces un límite al poder monárquico en ese país, pero también el comienzo del tambaleo en muchos otros países que tomaron a este evento de ejemplo como se verá a continuación.

Dicha revolución se suscita a fines del siglo XVII. Ahora bien, antes de la revolución también existieron importantes documentos para defender los derechos fundamentales en dicho país como pueden ser:

La petición de derechos de 1628 que se trató de una batalla jurídica por las libertades hasta el régimen parlamentario. El conflicto se trató entre la institución del Parlamento y la institución de la Monarquía, la cual derivó en una violencia oposición entre sí. Los líderes parlamentarios, en la crisis, redactan una serie de demandas que gravitaron sobre el principio fundamental de limitar el poder de la monarquía. Para el año 1628 las demandas del Parlamento se codificaron en un instrumento escrito que es lo que recibe el nombre de *Petition of Rights*.

El “acuerdo del pueblo” se encuentra en una etapa de profunda crisis ante las consecuencias de la oposición entre Parlamento y la Monarquía. Esa situación suscitó que se tuvieran que dar cambios constitucionales. Los primeros que argumentaron convincentemente a favor de ese tipo de constitución, en su caso a favor de un *Agreement of the People*, fueron los Levellers, una coalición de londinenses y soldados que comenzaron organizando una masiva petición a favor de la libertad religiosa pero que muy pronto pasaron a temas constitucionales. En la versión final de su constitución y de sus escritos desde la prisión, identificaron cinco objetivos que estaban entrelazados y superpuestos: certeza en el gobierno, abolición del poder arbitrario, establecimiento de límites a la autoridad suprema y a todas las autoridades subordinadas, y, finalmente, eliminación de todos los agravios conocidos.

El gobierno se debería ejercer mediante una asamblea unicameral elegida anualmente a través del voto de todos los hombres adultos económicamente independientes, excluyendo a aquellos que habían apoyado al Rey y a todos los oficiales

públicos asalariados. En esto estaba implícita la aceptación de que vivir bajo leyes hechas por otros era un “derecho” de la mayoría de la población adulta, la cual se definía a través del género, la dependencia económica y la afiliación política.

Entre los elementos importantes de documentos se encuentran el derecho a la igualdad de todos frente la ley, que exigía no existiese inmunidades de ningún tipo; además de que la ley no debe ir en destrucción del propio pueblo inglés, el cual se reserva en dado caso el derecho a la rebelión ya que no existía el control constitucional para este momento.

El *Habeas Corpus Amendment Act* es un documento del año 1679, que constituía un derecho que le permitía a quien fuera encarcelado ser liberado bajo determinados parámetros y la obligación para los funcionarios del Rey de cumplir este mandamiento. Desde el año 1215, en que se firmó la Carta Magna, hasta 1679, rigió el principio de la libertad individual para todos los súbditos ingleses, pero este principio fue fácilmente burlado por los que disponían de la fuerza como supremo argumento.

El hábeas corpus, consagrado por la ley de 1679, es una institución que garantiza la libertad individual poniendo al alcance de los individuos un medio expeditivo de obtener de inmediato el amparo de los magistrados. No se pretendió garantizar sino una sola de las libertades o derechos individuales: la libertad corporal. A eso se debió la ley de hábeas corpus dictada en 1679 con el propósito de garantizar la efectividad de aquel principio. El hábeas corpus, consagrado por la ley de 1679, es una institución que garantiza la libertad individual poniendo al alcance de los individuos un medio expeditivo de obtener de inmediato el amparo de los magistrados.

Fue sancionada durante el reinado de Carlos II Estuardo, reafirmó la garantía existente desde la Carta Magna. La ley establece que “para una pronta liberación de las

personas detenidas por presuntos delitos, ningún funcionario encargado de la detención o custodia de una persona, ante quien sea presentado un mandamiento de habeas corpus (...) puede demorar más de tres días en llevar esta persona ante el juez” (Bianchi, 2009, p. 102).

El documento que representa el fruto de la revolución inglesa es la Declaración de Derechos de 1689, conocida originalmente como *Bill of Rights*. Este documento concretiza los esfuerzos por reconocer condiciones mínimas a las personas y una aproximación a lo que hoy se conoce como derechos fundamentales.

1.2.3.2. Revolución norteamericana

La revolución norteamericana representa un hito histórico en lo concerniente a los derechos fundamentales. Los norteamericanos querían ser libres e independientes del imperio inglés, librando una guerra para tal fin. Entre las jóvenes colonias se creó la Constitución Federal de Estados Unidos de América que es la ley fundamental del sistema federal estadounidense y es el documento histórico escrito primero en el mundo. Constituye un hito trascendental para organizar y limitar el poder público, así como en lo relativo a los derechos fundamentales.

Declarada la independencia de las trece colonias, los Estados Unidos acordaron que necesitaban un nuevo gobierno, una moneda nacional, surge la necesidad de recaudar impuestos para el funcionamiento y operación del naciente gobierno, la convención constitucional fue el segundo intento de establecer una forma de gobierno justo a la medida para los Estados Unidos, 55 delegados se reunieron en la ciudad de Filadelfia en el mes de mayo de 1787, ahí deciden redactar su nueva constitución, el líder de esta

convención fue George Washington, este nuevo intento de establecer un gobierno para los Estados Unidos, consiste en tres sectores o tres partes del gobierno Federal, la primera rama sería la legislativa o el congreso, ahí se iban a expresar las opiniones o los pensamientos del pueblo, sería también el lugar donde se iban a escribir o hacer las leyes de los Estados Unidos, la rama ejecutiva sería la que representa al presidente, esta rama se encargaría de aplicar o ejecutar las leyes, asegurar que la gente siga y obedezca las leyes, la rama ejecutiva tiene el poder de veto o sea el poder de negarse a aprobar una ley escrita por el congreso, la tercera es la rama judicial, se conformaría por jueces en la corte, esta rama interpreta la ley, también decide si una nueva ley es justa y obedece los principios del gobierno de los Estados Unidos.

Respecto a la representación de los diferentes Estados significa quién y con cuántas personas o representantes va a hablar la población, expresar sus opiniones, escribirle a ellas por ellos y es aquí donde había un desacuerdo en cuanto a cómo se va a representar, los grandes Estados querían tener más representantes porque tenían más personas y eso les parecía justo, así que para resolver estas dos diferentes opiniones en la nueva constitución propusieron diferentes ideas, los Estados grandes tendrían más representantes en el congreso porque tenían más personas, el congreso debería tener mayores facultades, capaz de elaborar políticas públicas para recaudar impuestos, capaz de establecer la defensa del país, y debería tener un sistema de cortes nacionales, a los grandes estados les gustó este porque seguía su interés de tener más representación para ellos, el congreso debía ser un poco más poderoso por ejemplo; para aplicar impuestos pero no contemplaba tener un presidente con amplias facultades porque a los pequeños Estados no les gustaba la idea que un presidente se convirtiera en una figura demasiado

poderosa, como si fuera un rey ya que habían luchado contra Inglaterra y contra el rey de Inglaterra.

Se propuso que el congreso o la rama legislativa debería tener dos partes, por un lado la cámara de representantes y por otra el senado, de esta forma los pequeños estados tienen menos representantes en la cámara y en el senado todos los estados grandes o pequeños tendrían dos senadores, esto es la misma cantidad de representantes, a los grandes estados les gustó la cámara de representantes y a los pequeños el senado, aquí vemos como la constitución resolvió estas diferencias que había entre los estados pequeños y los estados grandes.

Para la aprobación de la constitución debería ser ratificada por los Estados, sin embargo, para ser aprobada solicitaron que se incluyera una carta de derechos, documento iba a proteger los derechos de los Estados y los derechos de los individuos, una carta de derechos en esencia es un documento de garantías de derechos de las personas, elaborada para protegerlos del poder del gobierno evitando en este caso en particular que el gobierno federal fuera demasiado poderoso (Arraiga, pp. 12-13).

Constituye un antecedente fundamental para la expansión de los derechos fundamentales.

1.2.3.3. Revolución francesa

La Revolución Francesa se suscitó y selló definitivamente trece años después de la Revolución Americana, en 1789 con un hecho político singular que fue la asunción del poder del Estado por una Asamblea Nacional que se enfrentó al Rey Luis XVI, adoptó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y asumió el papel de reorganizador del Estado.

Al contrario de la Revolución Americana que tuvo por resultado un proceso de construcción de un nuevo Estado que surgía de entre un conjunto de antiguas colonias que habían tenido su desarrollo político lejos de la metrópoli inglesa, en el caso de Francia, el cambio brusco que se operó tenía como estructura política constitucional la de la Monarquía. Así, se produjo dentro de una estructura estatal propia del absolutismo con el objeto de sustituir, dentro del mismo Estado, un sistema de gobierno por otro revolucionario. Asimismo, es de importancia resaltar que dicha revolución no estaba totalmente planificada. El régimen anterior que se cambió tan brusca y radicalmente, a partir de 1789 se denominó como *Ancien Régime* y se trató de un régimen absolutista cuyas instituciones se encontraron concentradas (Brewer-Carías, 2011, p. 116).

A los efectos de este estudio, el resultado más importante de la revolución francesa fue la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, adoptada por la célebre Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789. Se trata de un documento muy relevante para entender el surgimiento de los derechos fundamentales en ese periodo histórico.

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, consideraron según indica el prefacio de la declaración que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos”. Por eso resolvieron exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les “recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes”; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política “sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos,

fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoció y declaró, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano: 1) Libertad e igualdad en derechos, sin distinciones sociales salvo las fundadas en utilidad común; 2) El objeto de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos serían la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; 3) La soberanía nacional, por lo cual ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella; 4) La libertad entendida como el poder de hacer todo lo que no perjudique a los demás, de manera que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos.

Asimismo, 5) La Ley entendida como el derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad, así como el espacio en que lo que no está prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene; 6) Derecho a contribuir o participar en la elaboración de la ley, personalmente o a través de sus representantes. Así como el principio de igualdad formal, por el cual, la ley debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, el derecho a poder presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes. Por otro lado, se estableció que ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la ley y en la forma determinada por ella.

También, que 7) La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y

promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente; 8) La presunción de inocencia; 9) La libertad de expresión; 10) La libre comunicación de pensamientos y opiniones; 11) La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública, por ello, esta fuerza es instituida en beneficio de todos y no para el provecho particular de aquéllos a quienes se encomienda; 12) El deber indispensable una contribución común, la cual debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus capacidades, que es necesario para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración; 13) Derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes la necesidad de la contribución pública; 14) Derecho de la sociedad a que los funcionarios públicos rindan cuentas de su gestión; 15) Los elementos que debería tener una constitución para considerarse legítima, serían la garantía de los derechos y la separación de los poderes; 16) Derecho a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado, por el cual nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización.

Esos fueron los derechos consagrados en la declaración, que serían exportados a la mayoría de los rincones democráticos a nivel mundial. Se encuentra el origen de los derechos fundamentales, en todas las revoluciones del siglo XVIII, con especial énfasis en la francesa que sería muy rica por pensadores de vanguardia como Beccaria, Montesquieu, Rousseau o Voltaire. Así, la revolución francesa se constituiría como el antecedente más importante en el siglo XVIII de los derechos fundamentales.

Por eso, las declaraciones de derechos resultaron articuladas en la concepción de los derechos naturales, inalienables, sagrados e imprescriptibles del hombre, encuadrando perfectamente con las grandes y modernas declaraciones de derechos que se verán con

posterioridad (Brewer-Carías, 2011, p. 129). Razón por la cual, si fuera posible encontrar un lugar en el origen de los derechos fundamentales, debería ubicarse con relación a estos documentos históricos.

Conviene advertir que la proclamada declaración francesa, en el caso del “derecho a la igualdad”, no se suscitó en la *praxis*. Se excluyeron importantes sectores de la sociedad, tales como las mujeres y la mayoría de los trabajadores, en supuestos como el atinente a los derechos políticos. No obstante, la declaración tuvo una proyección casi universal y se suscitó una recepción en los instrumentos jurídicos de casi todos los países de Europa y de América, pasando de esa manera, de la sola “declaración” a su positivización en el curso del Siglo XIX, solo de los derechos, sin que todavía fuesen consagradas las correspondientes garantías en la mayoría de esos Estados, de tal modo, que si no resulta posible hablar de universalización en los términos actuales, quizás sea posible aludir mejor a una generalización de esos derechos.

De allí pues que durante el siglo XIX; con sus avances y retrocesos, hayan sido constitucionalizados, aunque desde el punto de vista teórico, los derechos del hombre, que hoy reciben el nombre de derechos fundamentales. Así, pese a la importancia actual de los instrumentos internacionales conservatorios de derechos humanos, su origen se debe entender relativo al derecho interno y, desde luego, comprendiendo que el mayor radio de consagración y protección de los mismos, radica en los principios de progresividad e irreversibilidad, lo cual resulta de la armonización entre derecho interno y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más concretamente del denominado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” conjuntamente con el “Derecho Internacional Humanitario”.

1.3 Internacionalización de los derechos humanos

El siglo XX ha sido denominado por algunos autores el siglo de los totalitarismos, por ejemplo: fascismo, nazismo, comunismo, todos surgidos después de la Primera Guerra Mundial finalizada en 1918. La Primera Guerra Mundial fue una muestra de lo que sería esa parte de la historia en materia de violación de derechos humanos, ya que no debe olvidarse que la guerra por definición constituye una evidente trasgresión a derechos tan trascendentales como: vida, libertad y dignidad.

Sobre todo, la experiencia en ese sentido en países donde se había acuñados esos totalitarismos a partir de 1917 (URSS), 1922 (Italia) y 1933 (Alemania) en el curso de la Segunda Guerra Mundial, constituirían grandes puntos de inflexión en el pensamiento humano que permitirían con posterioridad considerar en serio los derechos humanos como se verá.

1.3.1 Instrumentos de carácter universal

A continuación, se señalarán diversos instrumentos internacionales de carácter universal, que han sido trascendentales para comprender los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que es el instrumento por excelencia de tales derechos.

1.3.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Ante las terribles experiencias que azotaron a la humanidad, los Estados como principales actores de la comunidad internacional, cuando concluyó la Segunda Guerra

Mundial de 1945, se produjo el curso de las negociaciones para constituir la Organización de las Naciones Unidas. Se llegó a un consenso sobre la necesidad de acordarse sobre instrumentos de carácter internacional de reconocimiento y protección de los derechos humanos, como lo demuestra célebremente la historia.

Tal como indica la página oficial de las Naciones Unidas bajo la “Historia de la Declaración”, se puede resumir de la siguiente manera:

Primero, en una conferencia reunida en San Francisco (Estados Unidos) el 25 de abril de 1945, bajo la cual resultó aprobada la Carta de la ONU (26 de junio de 1945) se debatió sobre la necesidad de reconocimiento de un instrumento internacional sobre derechos humanos, resaltando su insoslayable importancia. De esta manera, el 16 de febrero de 1946 el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas crea la Comisión de Derechos del Hombre y designa como presidente a la viuda del recién fallecido Roosevelt, llamada Eleanor a quien se le encargó la redacción de un Proyecto de instrumento contentivo de la propuesta de declaración de derechos.

Segundo, después de más de dos años de discusiones sobre el carácter vinculante o no de la declaración sobre derechos humanos, se aprobó la declaración como “Declaración Universal de los Derechos Humanos” por la Asamblea General de la ONU celebrada en París el 10 de diciembre de 1948 por 48 votos a favor y 8 abstenciones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos marca un hito trascendental e inigualable en la historia de los derechos fundamentales. Se encuentra elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales como las señaladas sobre los orígenes.

Tercero, la declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su *Resolución 217 A (III)* como un ideal

común para todos los pueblos y naciones. La declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en múltiples lenguas.

De allí que dicho documento sea ampliamente reconocido por haber inspirado y allanado el camino para la adopción de múltiples tratados sobre de derechos humanos, que se aplican hoy en día de manera permanente a nivel mundial y regional (la mayoría de los convenios de esta categoría contienen referencias a ella en sus preámbulos).

Analizando tal documento, su preámbulo señala que la “libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; que el “desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, y que se ha proclamado como “la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Se considera también esencial que los derechos humanos sean “protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” y que se promueva el desarrollo de “relaciones amistosas entre las naciones”, así como también que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”, y se han declarado resueltos a promover “progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

Por tal motivo los Estados Miembros se comprometieron a “asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, bajo una concepción común de estos derechos y libertades” conforme a la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso

La declaración cuenta con 30 artículos cuya importancia es esencial para el mantenimiento pacífico de las relaciones internacionales y lograr mejores condiciones de vida en el mayor número de territorios posibles. Su importancia además se destaca en que no se limita a reconocer los clásicos derechos civiles y políticos, sino que en el contexto del recién nacido modelo de Estado Social reconoce a los derechos sociales, políticos y culturales. También, esta declaración marca un antes y después porque con ella se inicia la internacionalización del derecho de los derechos humanos.

Esto es importante, por cuanto, se perseguía evitar que se repitieran las terribles violaciones de los derechos del hombre ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial en países como Alemania e Italia.

1.3.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El instrumento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Se trata de un tratado multilateral, que reconoce derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía, lo cual resulta muy importante. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la *Resolución 2200 A (XXI)*.

Se encuentra integrado por 53 artículos y aunque finalmente fue aprobado en diciembre de 1966, no entró en vigor hasta diez años más tarde. El Pacto es “interdependiente a la Carta de los Derechos Humanos y colaborativo con el de Derechos Económicos, Sociales y Políticos” y “tuvo que vencer en su fase de concepción las profundas diferencias de los países que participaron en su elaboración” según indica la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Los derechos civiles y políticos, como categorías de derechos, fueron un reclamo de los Estados que abogaban principalmente por la libertad en todas sus dimensiones: legal, jurídica, individual, de pensamiento, social, cultural y económica. Es decir, lo liberal como eje central de la política en materia de derechos.

Los derechos que reconoce el documento internacional, se pueden destacar de la siguiente manera: derecho a la vida; libertad personal; libertad de pensamiento; libertad de religión; prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes; prohibición de la esclavitud; derecho a la seguridad personal; derecho a la libertad de expresión; derecho a elegir y ser elegido por sufragio universal, entre otros derechos que resultan muy importantes para salvaguardar la dignidad humana, desde las perspectiva de los derechos civiles y políticos.

Tales derechos constituyen una piedra angular en el reforzamiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

1.3.1.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consideró que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas “la libertad,

la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Así como también, se reconoció que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” según reza su preámbulo.

Dicho pacto, fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su *resolución 2220 A (XXI)* de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor casi 10 años después, es decir, el 3 de enero de 1976. Consta sustancialmente de un preámbulo y 31 artículos y se complementa con un Protocolo Facultativo.

Ignacio (2020) entiende la razón de su aprobación, en que, poco después de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, era indispensable complementar los principios que proclamaba en un texto jurídico que respaldase de forma efectiva la protección de los derechos humanos. Los derechos reconocidos por este documento se tratan de derechos que se refieren a las condiciones de vida socioeconómicas de las personas.

En otras palabras, derechos relacionados con la igualdad de las personas más que con la libertad. Se incluyen como los siguientes: derecho al trabajo; derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección y a la huelga; derecho a la seguridad social; derecho a la protección de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad; derecho a medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes; derechos a un nivel de vida adecuado; derecho a la vivienda y la alimentación; derecho a la salud; derecho a la educación; entre otros que son fundamentales para lograr condiciones de igualdad.

Este documento se centra más en la igualdad de las personas, especialmente pertinente ante concepciones como la del Estado Social cuyo modelo se expandió enormemente en los diversos ordenamientos jurídicos que procedieron a un diseño institucional novedoso conforme a las nuevas ideas de la humanidad.

1.3.2 Instrumentos de carácter regional (americanos)

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, también se encuentran desde una perspectiva regional. Europa, por ejemplo, cuenta con el “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. *Mutatis mutandis*, América tiene aspiración similar como se podrá observar a continuación.

1.3.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948 (la misma que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos). De acuerdo con la historia, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después. Es una gran demostración de la preocupación americana sobre los derechos humanos y su reconocimiento en documentos escritos.

La Declaración Americana, se inscribe en un proceso histórico en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el

Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra con el respeto y la existencia efectiva de esos derechos (Gros, 1985, p. 42).

En ese sentido, los Estados adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre considerando que los pueblos de esta región “han dignificado la persona humana” y sus “constituciones nacionales” están orientados a la protección de los derechos básicos del hombre a través de garantías o instituciones políticas y jurídicas, tal como indica sus considerandos fundamentales.

Igualmente, es necesario destacar de esta declaración otra aseveración importante en esa parte del documento, al indicar que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Así, la protección internacional de los derechos humanos constituye la guía principal del derecho americano en el que los Estados juegan un papel esencial.

Está integrada por un preámbulo y 38 artículos que componen no sólo un conjunto de derechos, sino también establece deberes. Se reconocen derechos variados que van desde la vida, libertad, seguridad; hasta la seguridad social, trabajo en condiciones dignas; descanso, asociación y manifestación. También es destacable encontrar deberes como el de convivir, obedecer a la ley, cooperar con el Estado y hasta pagar los impuestos que son indispensable para que el estado funcione.

1.3.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos

Humanos el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, constituyéndose como una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Para América, este documento significa lo que para Europa es la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

En el caso americano, es muy importante además porque se cambia la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales en la región. Con este documento, se establecen competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre una base convencional, situación que hasta ese momento no había ocurrido. La Convención regula los medios de protección de los derechos y atribuye la competencia para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo su organización, competencias, funciones y procedimientos. Significa, en definitiva, un instrumento de protección a los derechos humanos inspirado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (Salvioli, p. 4).

Posteriormente se dictó el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en San Salvador el 17 de diciembre de 1988. Está integrado por un Preámbulo y 22 artículos y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

1.4 Características

Los derechos humanos se caracterizan por ser inherentes, progresivos, universales, imprescriptibles, interdependientes, indivisibles e inviolables según indica

Andara (2020, p. 8). A continuación, procederemos a señalar el significado de cada característica.

1.4.1. Inherentes

Los derechos humanos tienen una importancia fundamental. Están unidos a la propia existencia de las personas y no se pueden separar, forman parte de su esencia como individuos. Se señala que son connaturales e innatos de cada ser humano, esto es, propios de su naturaleza, se nace con estos derechos. De allí que se afirme que el Estado solamente declara o reconoce los derechos humanos. No son creados ni otorgados, pues son inherentes a las personas. Por eso, es incorrecto afirmar que el Estado concede los derechos humanos (Andara, 2020, pp. 8-9). De esta forma, los derechos humanos son inherentes a la persona y constituyen un rasgo trascendental a ser considerado.

1.4.2. Progresividad

Conforme a la progresividad, no podría existir un retroceso de los derechos humanos reconocidos en un ordenamiento jurídico. Nogueira señala que la progresividad “lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicar aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho” (2018, p. 71).

Asimismo, en la sociedad cambiante se exige que los mismos se adapten a los nuevos tiempos, pero siempre en sentido progresivo. De allí que se entienda que la enunciación de derechos realizada en declaraciones internacionales, constituciones y leyes no representa una negación de aquellos derechos que siendo inherentes a las

personas puedan llegar a ser ejercidos (Andara, 2020, p. 9). Así se configura la progresividad como uno de los rasgos de los derechos humanos.

1.4.3. Universalidad

Universalidad, según Nogueira significa “los seres humanos, son titulados de derechos humanos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social” (2018, p. 69). Es decir, corresponden a todas las personas del mundo, sin excepciones de tipo geográfico ni mucho menos por discriminaciones de cualquier especie.

La expresión máxima de una universalidad de los derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y cuyo artículo 1 señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; la Declaración unificó diversos criterios sobre la forma de ver los derechos humanos en el mundo, de modo que tanto en China, Rusia, Sudáfrica, Estados Unidos, Venezuela, Australia y Bélgica, por ejemplo, se tuviera una misma visión; esta Declaración señala que todos tenemos derechos y libertades sin “distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”.

En correspondencia con este carácter universal de los derechos humanos se habla de mundialización y ya para referirse al proceso de expansión mundial de su protección y garantía a partir de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 (Andara, 2020, pp. 9-10). De tal forma que, la universalidad es un rasgo de los derechos humanos cuya idea resalta sus aspiraciones.

1.4.4. Imprescriptibilidad

Los derechos humanos no se extinguen si durante el transcurso del tiempo una persona o grupo no hace uso de estos, no los exige o le es impedido su ejercicio. En todas estas situaciones los derechos humanos subsisten y más bien se hace imperiosa su observancia por la comunidad de un país.

No opera la figura de la prescripción extintiva en esta materia ya que si bien pueden llegar a ser vulnerados ellos permanecen en la esencia de las personas hasta recobrar su protección y ejercicio. De tal manera que la imprescriptibilidad es un rasgo identificador de los derechos humanos.

1.4.5. Interdependencia

Existe interdependencia entre los derechos humanos, esto es, una dependencia recíproca entre todas sus categorías con el objeto de garantizar la dignidad humana. Se deben ser respetados de forma integral pues la violación de uno lleva consigo la violación de otro, y todos tienen una prioridad porque resaltan la dignidad humana. Así, por ejemplo, es errado centrar su protección “sólo en defensa de los civiles y políticos, como es asimismo inadmisibles dejar de lado éstos en función de pretendidas exigencias de desarrollo económico”. También se habla de interdependencia, expresada “como un dinámico intercambio de derechos entre las personas” (Andara, 2020, p. 10).

Los derechos humanos encuentran interdependencia en cada una de las categorías que se han suscitado en su evolución. Por lo cual, si se suscitan otros derechos deben ser entendidos de esta manera.

1.4.6. Indivisibilidad

Los derechos humanos forman un todo, no se puede separar uno de los elementos que lo integran sin alterar su razón de ser. No existe una vida con dignidad “a medias”. Por eso, se hace indispensable obtener una protección integral de los mismos. Tanto por su interdependencia como por su carácter indivisible, los derechos humanos deben tener un tratamiento equitativo, tanto protegiendo la libertad como la igualdad (Andara, 2020, p. 11). De esta forma, los derechos humanos no se podrían dividir por cuanto se produciría una concepción errada sobre los mismos.

1.4.7. Inviolabilidad

Los derechos humanos mantienen su vigencia aun cuando un Estado no los garantice ni establezca mecanismos necesarios para hacerlos efectivos, incluso en escenarios extraordinarios. Existe la obligación de respetar los derechos humanos, tanto para el Estado como los propios ciudadanos, estos últimos con la cualidad para exigir el respeto de sus propios derechos (Andara, 2020, p. 11). Pero, sobre todo, para el Estado que es quien tiene el monopolio de la fuerza. Asimismo, se configuran como inviolables por su relevancia y protección de la dignidad humana que es su fundamento.

1.5. Las generaciones de derechos humanos

La doctrina suele clasificar a los derechos humanos en generaciones. Se suelen dividir en cuatro generaciones que responden a las etapas en que los derechos humanos han evolucionado. Como indica Salgado (2015) “un fenómeno cronológico y temporal

que se ubica en el tiempo histórico, en el ámbito de la cultura, en la evolución de las ideas políticas y en el curso del derecho constitucional”, todo lo cual “le da un contorno de fenómeno cultural, humano, propio de la vida de los hombres, de lo que piensan, representan, son, aspira, proyectan, hacen, valoran, necesitan, etc.” (p. 27).

Se encuentran derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación que responden a diferentes etapas de la humanidad y a efectos didácticos sirven para ubicar los derechos humanos en la era digital.

1.5.1. Derechos de primera generación

Son aquellos derechos reivindicados por primera vez por los ciudadanos frente al poder. Responden a la tesis Iusnaturalistas-racionalistas de Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau derivadas del Pacto Social que daba lugar a la formación del Estado para garantizar la convivencia pacífica entre las personas, siempre que el poder erigido para lograr esa finalidad respetase sus derechos naturales, que obviamente, eran anteriores a la creación del Estado.

Para Andara (2020) “son los derechos individuales (civiles y políticos) reconocidos en la segunda mitad del siglo XVIII en el Reino Unido, Francia y los Estados Unidos de América; en ellos destaca la vida, la libertad personal, la igualdad y la propiedad” (p. 16).

Se trataba de que el poder público respetase los espacios de libertad a los ciudadanos, que se tradujeron en los derechos civiles y políticos. En suma, derechos civiles y políticos significan derechos de primera generación e implican un deber de abstención por parte del poder del Estado para que las personas puedan actuar.

1.5.2. Derechos de Segunda Generación

Mediante la evolución de las sociedades, surgieron nuevas ideas como el Estado Democrático y Social de Derecho, lograron que se insertaran los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales comienzan a ser reivindicados no ya por la burguesía, sino básicamente por los trabajadores y el pueblo llano, desde el último tercio del siglo XIX en Europa.

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial se introduce en la mayoría de las constituciones la denominada cláusula del Estado Social, mediante el cual se reconoce a los ciudadanos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación, a la seguridad social, a la cultura, empleo, salario, vivienda, recreación, entre otros. Andara (2020) indica que “los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales” y que “la actividad del Estado está sometida a una planificación de las políticas públicas en la que se deben equilibrar tanto los ingresos como los gastos públicos con miras al cumplimiento de los fines del Estado” (p. 16).

Significó un gran avance en la protección de la dignidad humana, porque con el ejercicio de estos se impone la erogación de prestaciones directamente por el Estado para cumplir tales derechos.

1.5.3. Derechos de Tercera Generación

Los derechos de tercera generación son derechos que comienzan a ser enunciados y reconocidos a partir de la década de los setenta del siglo XX y han sido definidos como

“derechos subjetivos e intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y diversos grupos sociales distribuidos en varios sectores, y que se refieren a ámbitos como el consumo, el medio ambiente, el patrimonio de la humanidad, entre otros” (Fix-Zamudio, 1982). Andara (2020) indica que se tratan de “los derechos de los pueblos, algunos reconocidos con motivo de la Segunda Guerra Mundial, aquí se ubica el derecho a la libre determinación, el derecho a la paz, al ambiente, al desarrollo y al patrimonio común de la humanidad” (p. 17).

Son también llamados “derechos de la solidaridad” que constituyen una tercera generación y se concretizan en la segunda mitad del siglo XX. Se considera especialmente la acción de determinados colectivos que reclaman legítimos derechos, como es el caso de los derechos de colectivos discriminados sobre grupos de edad, minorías étnicas o religiosas, que se afectaron por alguna de las múltiples manifestaciones que cobra la discriminación económico social.

Se pueden entender también en un contexto en el que surgen nuevas necesidades humanas y donde estas exigencias obligan a desarrollar nuevos derechos que garanticen el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida. Comienzan a reivindicarse con fuerza los derechos a la paz y a una justicia internacional, a poder intervenir desde instituciones de carácter supranacional en los conflictos armados locales, imponiendo a la paz desde una fuerza legítima. La persecución sin fronteras de los dictadores, la limitación del derecho a la inmunidad diplomática para determinados delitos, y el derecho a crear un tribunal internacional que actúe de oficio en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad. El derecho a escoger modelos de desarrollo sostenible que garanticen la vía diversidad y que permitan preservar el medio ambiente natural, así como el patrimonio cultural de la humanidad. El

derecho a un entorno multicultural que supere el concepto de tolerancia, haciendo de la diferencia una ventaja y no un inconveniente (Guerrero, 2020, p. 140).

Sobre estos derechos se encuentran tratados que realizan una regulación de manera particular. Por ejemplo, existe el Tratado de Kyoto que busca proteger el medioambiente mundial o el Tratado de Proscripción de Armas Nucleares.

El derecho a la intimidad, señalan Arellano y Ochoa (2013, p. 186), se deriva “del del reconocimiento a la libertad personal en la primera generación de derechos”, no obstante, no fue sino hasta la tercera generación que, dando respuesta a lo que se denominó “contaminación de libertades”, este derecho cobra mayor auge, originando que “se viera precisado a ampliar su espectro a través del reconocimiento de nuevas vertientes del mismo, para ahora tener una ramificación de derechos incorporados a él”, estos derechos serían 1) el derecho al honor, 2) derecho a la propia imagen, 3) derecho a la vida privada (*lato sensu*), 4) el derecho a la protección de datos personales, e incluso, el derecho a la libertad informática.

1.5.4. Derechos de Cuarta Generación

Las llamadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han revolucionado las dinámicas de relación no sólo entre las personas sino también entre éstas y las instituciones del Estado diseñadas para representarlas y servirles de forma dialógica. Así desde fines del siglo XX hasta tiempos actuales, han significado un nuevo paradigma en el mundo jurídico.

Los derechos de cuarta generación se tratan de “aquellos cuya formación y reconocimiento se desarrolla en la actualidad y ponen a la especie humana frente a los avances de la ciencia y la tecnología”, como lo serían “la protección del genoma humano,

el propio derecho a la ciencia y tecnología, y derechos vinculados a internet” (Andara, 2020, p. 17).

Tales derechos surgen ante el florecimiento tecnológico que tuvo lugar a comienzos de la década de los setenta con la cultura de la libertad, la innovación tecnológica y el espíritu emprendedor permite comprender un panorama de desenvolvimiento humano que trae consigo, como todo, grandes beneficios como nuevos problemas e interrogantes como lo concerniente a la privacidad de a persona. Un conjunto de nuevas necesidades para llevar a otro nivel el conocimiento del hombre y su desarrollo; en interacción con la economía global y la geopolítica mundial, el que materializó un modo nuevo de producir, comunicar, gestionar y vivir (Carrouche, 2016, p. 3).

En otras palabras, las nuevas tecnologías constituyen necesidades globales necesarias y a las cuales hay que prestar atención. Existe una preocupación sobre el uso indebido de los datos personales que se encuentran en las redes sociales de la era digital. En particular, en su dimensión de autodeterminación informática. Por ejemplo, se señalan como problemas graves en el contexto de las tecnologías digitales: la desinformación, la incitación al odio, la discriminación y la violencia, el reclutamiento y la propaganda terrorista, la vigilancia arbitraria e ilegal, la interferencia respecto al uso de las tecnologías de encriptación y anonimato y el poder de los intermediarios en línea.

De tal manera que se indica la necesidad de consolidar una internet libre, abierta e inclusiva; y se afirma el deber de los Estados de asegurar que los desarrollos tecnológicos más importantes, como las redes móviles y el internet de las cosas, respeten los derechos humanos, en particular, mediante una debida diligencia en cuanto al desarrollo de la infraestructura, el servicio de red, la interoperabilidad y la privacidad del diseño; y al referirse a la amenaza que significa el control privado de la información,

exhorta a la urgente adopción de medidas para transparentar el funcionamiento algorítmico y para auditar de forma completa y permanente (Guerrero, 2020, p. 141).

Asimismo, las tecnologías digitales proporcionan nuevos medios para ejercer los derechos humanos, pero, con demasiada frecuencia, también se utilizan para violarlos. La protección de los datos y la privacidad, la identidad digital, el uso de tecnologías de vigilancia y la violencia y el acoso en línea son cuestiones que despiertan especial preocupación, como lo indicó el secretario general de las Naciones Unidas, según indica las Naciones Unidas en su reporte.

De manera que las necesidades actuales como el internet, resulta de especial interés y da pie para hablar del derecho humano al internet inclusive.

1.6. Instrumentos que resaltan la evolución de los derechos humanos y su adaptación a la era digital

Se encuentran distintos instrumentos que resaltan la evolución de los derechos humanos y su adaptación a la era digital.

1.6.1. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/C.3/71/L.39

La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/C.3/71/L.39 de 2016, sobre “El derecho a la privacidad en la era digital”, resulta muy relevante para entender el estado actual de los derechos humanos ante la era digital y cómo la sociedad se encuentra enfrentando nuevos desafíos que afectan los derechos humanos.

La resolución indica que los derechos a “la privacidad, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y reputación, y observando también los

grandes cambios tecnológicos que se han producido desde su aprobación” así como la necesidad de examinar “el derecho a la privacidad habida cuenta de los problemas que se plantean en la era digital”.

Además, que reconoce “las cuestiones relativas a la promoción y protección del derecho a la privacidad en la era digital, las garantías procesales, la supervisión y los recursos nacionales efectivos, y el efecto de la vigilancia en el derecho a la privacidad y otros derechos humanos”, así como la necesidad de examinar los principios de “no arbitrariedad y legalidad y la pertinencia de las evaluaciones de la necesidad y la proporcionalidad en relación con las prácticas de vigilancia”.

También de importante mención, es la preocupación de la Asamblea General por “el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”. Al mismo tiempo indica la resolución que “incrementa la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podría constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos”. En particular, sobre el derecho a la privacidad establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que suscita cada vez más preocupación.

1.6.2. Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas A/73/589/Add.2

La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/73/589/Add.2 de 2018, sobre “Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, resulta muy relevante. Esto por cuanto, en primer lugar,

observa que “las violaciones y las transgresiones del derecho a la privacidad en la era digital pueden afectar a todos los individuos y tener repercusiones particulares en las mujeres, así como los niños y las personas vulnerables y marginadas”; en segundo lugar, reconoce que la promoción y el respeto del derecho a la privacidad son “importantes para la prevención de la violencia, incluida la violencia de género, el abuso y el acoso sexual, en particular contra mujeres, niñas y niños, que puede tener lugar en espacios digitales”.

En tercer lugar, reafirma el derecho humano a la privacidad, según el cual “nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilícitas en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”, y además que el ejercicio del derecho a la privacidad es “importante para materializar el derecho a la libertad de expresión y a abrigar opiniones sin injerencias, y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y es una de las bases de una sociedad democrática”.

También, se resalta que “los grandes cambios tecnológicos que se han producido” y “la necesidad de examinar el derecho a la privacidad habida cuenta de los problemas que se plantean en la era digital”. Se reconoce la necesidad de seguir examinando y analizando, sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos, las cuestiones relativas a “la promoción y protección del derecho a la privacidad en la era digital, las garantías procesales, la supervisión y los recursos nacionales efectivos, y el efecto de la vigilancia en el derecho a la privacidad y otros derechos humanos”, así como la necesidad de examinar los principios de “no arbitrariedad y licitud, legalidad, necesidad y proporcionalidad en relación con las prácticas de vigilancia”.

1.6.3. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas

A/HRC/RES/32/13

La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/HRC/RES/32/13 del año 2016, resulta importante para entender la evolución de los derechos y el entorno digital. Se indica que “el ejercicio de los derechos humanos en Internet, en particular del derecho a la libertad de expresión, es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico” lo cual permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Se observa también la importancia de generar confianza en Internet, en particular en lo que respecta a la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos humanos, para que Internet alcance su potencial como “facilitadora del desarrollo y la innovación, mediante la plena cooperación de los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, la comunidad técnica y el mundo académico”.

Así también, se reconoce que la privacidad en línea es importante para materializar el derecho a “la libertad de expresión y a no ser molestado por sus opiniones, sin injerencias, y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. Se pone de relieve que el acceso a la información en Internet ofrece grandes oportunidades para una educación asequible e inclusiva a nivel mundial, constituyendo así una herramienta importante para facilitar la promoción del derecho a la educación, y subrayando al mismo tiempo la necesidad de abordar la alfabetización y la brecha digitales, que afectan al disfrute del derecho a la educación.

Se expresa continuamente la preocupación por la persistencia en muchas formas de “brecha digital” entre los países y dentro de ellos y entre hombres y mujeres y niños y niñas, reconociendo la necesidad de “acabar con esas disparidades”. Se destaca también

la importancia de “empoderar a todas las mujeres y niñas mejorando su acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, promoviendo la alfabetización digital y la participación de mujeres y niñas en la educación y la formación en las tecnologías de la información y las comunicaciones”.

De gran trascendencia también es la preocupación por “todos los abusos y violaciones de los derechos humanos cometidos contra las personas por ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en Internet”. Lo cual pone de relieve que la vigilancia y la interceptación ilícitas o arbitrarias de las comunicaciones, así como la recopilación ilícita o arbitraria de datos personales, al constituir actos de intrusión grave, violan los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión y pueden ser contrarios a los preceptos de una sociedad democrática.

CAPÍTULO II

El derecho a la privacidad y la protección de los datos

El derecho a la privacidad y la protección de los datos personales resulta muy relevante al abordar el momento actual de la humanidad y las nuevas tecnologías con especial referencia a los derechos humanos. Así, desde los años setenta la cuestión de la privacidad y los datos personales “se ha incrementado en forma exponencial para regular la transferencia de datos, impulsada por los rápidos avances tecnológicos, comerciales y financieros que agregan un valor económico y social significativo a los mismos” (Robles, 2021, p. 36).

Nos situamos en un ámbito de la vida privada del ciudadano y así se habla de los derechos inherentes a la autonomía personal ya que los mismos se consideran un conjunto de derechos que tienen en común su ubicación en el “ámbito protector de la vida privada”. En este último sentido, la vida privada tanto un elemento interior como uno exterior; en la primera se sitúan “los puros hechos de la conciencia, el pensamiento, la fantasía, el sentimiento de fe”, entre otros, mientras que en un ámbito externo se encuentra todo aquello de esa vida exterior “que no se considera parte del ámbito público”. Ubicándonos en tiempos modernos la vida privada del hombre comprende “hasta donde se extiende su libertad”, si bien no se limita al “dominio interno de su conciencia” ni tampoco a la persona física o al ambiente inmediato o habitual del sujeto, sino que comprende también manifestaciones de libertad en la cultura, todo lo cual se aleja de controles políticos (Hernández Valle, 2008, p. 86). Este radio de acción se ve acrecentado con la inserción del ciudadano en las tecnologías de la información y la comunicación.

En criterio de González (2015) señala que:

las tecnologías de información y comunicación han incidido en la sociedad, creando la necesidad de que el Derecho intervenga para regular las actividades humanas electrónicas. Al estimarse que el Derecho regula la vida de las personas en sociedad, utilizando un conjunto de normas (Derecho objetivo), hace pensar que en la mayoría de las sociedades actuales o modernas se hable de la regulación para el uso de esas tecnologías.

La incidencia directa de tecnologías de información y comunicación y, particularmente, internet afecta los derechos fundamentales de las personas. Esta afectación podría ser positiva o negativa (p. 52).

En efecto, por ejemplo, lo relacionado a la protección de datos personales es de gran importancia en el ambiente del comercio electrónico internacional, ya que en todas las transacciones de tipo comercial que un sujeto de derecho realiza mediante medios digitales funciona a través de internet. No de otra manera. Así, un tipo muy común de contratación que se emplea es la de los célebres “contratos de adhesión”, los cuales requieren un amplio universo de información personal de tal sujeto, que bajo ese medio de contratación tendrá el carácter de consumidor a través de las nuevas tecnologías (Chen, 2010, p. 116). Es de advertir que los contratos de adhesión son una especie de contrato en el cual, los consumidores se encuentran en desventaja con respecto a la otra parte contratante en cuanto a obligaciones y derechos se refiere.

De tal manera que, se trata de un tema muy novedoso y de interesante reflexión sobre la privacidad de persona y forma en que pueden afectarse sus datos personales, ante

los nuevos avances de la humanidad como se puede ejemplificar en los múltiples instrumentos de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento.

2.2. Origen del derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad se trata de un derecho liberal clásico o de primera generación, ya que busca poner límites al poder sobre la esfera privada de la persona. Se convierte en un espacio donde no se podría intervenir y ante lo cual, el Estado debería tener una abstención. Desde el siglo XIX, en los Estados Unidos, se suscita algo así como “derecho a la privacidad” en un caso concreto en el que una mujer demandó que fue observada “en contra de su voluntad” cuando “daba a luz”, dando lugar a pensar sobre ese derecho fundamental.

En ese sentido, González (2015) puntualiza lo siguiente sobre el origen del derecho a la privacidad:

se ubica en 1873, con la publicación de la obra “The Elements of Torts” del Juez Thomas McIntyre Cooley, que lo definió como “*the right to be let alone*”, es decir, el derecho a ser dejado en paz, o a ser dejado solo.

Este derecho se encuentra implícito en las Constitución de los Estados Unidos y fue reconocido, inicialmente, por la Suprema Corte de Justicia (p. 69).

En efecto, ni en la primigenia constitución norteamericana de 1787 pero tampoco en ninguna de sus enmiendas se reconoció expresamente el derecho a la privacidad, “por lo menos como *right to privacy*”. Su reconocimiento fue originado por labor judicial

extraordinaria de los jueces, pero también pudiera encontrar su lugar en los derechos reconocidos en las enmiendas, tal como ocurre con los registros de tipo personal y domiciliarios. Verbigracia, los derechos acerca de la información de las personas (*informational privacy*) aparecen tutelados en la décimo cuarta enmienda de la constitución estadounidense. Pero, valga la mención, su tutela proviene del Derecho Civil por los agravios a la propiedad (González, 2015, p. 70).

En ese caso, el órgano judicial demandó que ocurrió “una violación a su derecho a la privacidad en su departamento”. Por otro lado, este derecho surge con mayor fuerza en el artículo “*The Right to Privacy*” escrito por los autores Samuel Warren y Louis Brandeis publicado en el *Harvard Law Review*, quienes definieron al derecho a la privacidad como “*the right to be let alone*”, en español sería algo así como “el derecho a no ser molestado” o “ser dejado sólo”.

Los supuestos utilizados en la obra de Warren y Brandeis, incluyeron un caso de Inglaterra, según el cual, un órgano judicial había otorgado una “orden por pérdida de confianza” (*breach of confidence*) por la cual se procedió a restringir la distribución determinados grabados del Príncipe Alberto y la Reina Victoria. Por otro lado, se encuentra que en Francia un juez había protegido a la familia de una actriz, prohibiendo la circulación de unos retratos en los que ella aparecía en su lecho de muerte. También se encuentra un caso muy interesante de Alemania, en el cual un órgano judicial ordenó a petición de sus hijos, la confiscación de unas fotos en las que aparecía el famoso Otto von Bismarck también en su lecho de muerte. Así, las preocupaciones del siglo XIX se centraban en la no autorizada observación o publicación de imágenes del individuo, resultando observado a través de casos muy interesantes que buscaron proteger la privacidad de la persona (García, 2009, pp. 190-191).

Por otro lado, es importante destacar que tras las terribles experiencias suscitadas en la Segunda Guerra Mundial que desconocieron el sentido de privacidad en la persona, se reconoció en tratados internacionales sobre derechos humanos, la necesidad de proteger la privacidad. En efecto, Robles (2021) indica que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se vio cómo la humanidad “era capaz de cometer los más horribles crímenes en contra de las personas, así como violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, lo cual sirvió de base para un nuevo orden mundial” (p. 37).

El derecho a la privacidad ha sido mirado con gran preocupación desde la perspectiva de los organismos internacionales por las gravidades que su vulneración implica, obligando a una seria reflexión sobre su importancia para salvaguardar la dignidad humana (Estrada, 2015, p. 6). Así que de allí se suscitaron importantes instrumentos internacionales que tienen relación con el derecho a la vida privada de las personas.

Se encuentran los siguientes documentos internacionales que reconocen el derecho a la privacidad:

1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: este documento internacional, señala en su artículo 5 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

La declaración se refiere a que el Estado como hacedor de la ley tiene el deber de proteger a las personas de los ataques abusivos a su vida privada. De manera que, según este instrumento el Estado debe tomar medidas normativas que permitan una protección de la vida privada de la persona.

2) Declaración Universal de los Derechos Humanos: este documento tan importante para los derechos humanos, indica en su artículo 12 lo siguiente sobre el derecho a la privacidad:

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. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Sobre este documento, se señala una gran relación con la declaración americana, ya que se refiere al deber correlativo del Estado a través de la ley de garantizar que no se suscitarán injerencias arbitrarias, es decir, sin consentimiento en la vida privada, domicilio o correspondencia, así como ataques a su honra o reputación.

3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: este documento en su artículo 17 señala lo siguiente sobre el derecho a la privacidad:

1. 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.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se indica que las personas no podrán ser objeto de injerencia -además de arbitrarias- “ilegales” en su vida privada y demás espacios importantes como su domicilio, honra y reputación. Por el

contrario, la persona tiene derecho a la protección del Estado de tales injerencias en los espacios privados.

4) Convención Americana sobre Derechos Humanos: la Convención Americana, señala en su artículo 11 el derecho a la privacidad de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El presente documento, añade el reconocimiento a la dignidad. En consonancia con los documentos anteriores, se refiere a la protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, familia, domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Asimismo, la ley debe proteger a las personas de tales injerencias o ataques contra la privacidad personal.

5) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: según este documento regional europeo, el derecho a la privacidad se entiende de la siguiente manera en su artículo 8:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

De acuerdo con el convenio europeo, para proteger el derecho a la privacidad no puede haber injerencia de una autoridad, salvo cuando haya excepciones establecidas previamente en la ley y constituya una medida que, de acuerdo con los principios democráticos, sea indispensable para:

1. La seguridad nacional.
2. La seguridad pública.
3. El bienestar económico.
4. La defensa del orden.
5. La prevención de infracciones penales.
6. La protección de la salud en todos sus sentidos o,
7. La protección de derechos y libertades de terceros.

Este documento es más descriptivo que los anteriores, ya que señala un conjunto variado de situaciones por las cuales pueden existir excepciones en las que el Estado debe intervenir para proteger otros bienes jurídicos que resulten razonables bajo las mejores consideraciones que protejan los derechos fundamentales. Situaciones que existen ya que la excepciones son comunes prácticamente a todos los derechos humanos. Estas

situaciones se enmarcan en las limitaciones ordinarias que Andara (2020, p. 41) ha tenido la oportunidad de considerar.

El autor parte de considerar que el ejercicio de los derechos humanos no debe ser una herramienta para que los derechos de los demás sean violados; ya el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 lo disponía expresamente: “El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos”. Y en el caso objeto de análisis, el derecho a la privacidad podría ser instrumento para la violación de derechos humanos de los demás en los casos antes señalados, entre los que cabe destacar la seguridad nacional, tomando en consideración los atentados terroristas que se han suscitado en Europa en el siglo XXI y a los que se ha acusado, especialmente, a radicales islamistas.

Los derechos humanos pueden ser, por ende, objeto de limitaciones, pero siempre en el marco de la ley. Acota Andara (2020, p. 41): “Las personas pueden ejercer y disfrutar de sus derechos humanos, no obstante, se reconoce que existen limitaciones al ejercicio de tales derechos”. Verbigracia, la Declaración Universal de Derechos Humanos argumenta la razón de justificar limitaciones a los derechos, con base en lograr un aseguramiento de los derechos y libertades de las personas y satisfacer los pedimentos de la moral, el bien común de una sociedad democracia y el orden público, tal como se aprecia del artículo 29.2. Cabe agregar, el mismo autor puntualiza que las limitaciones a los derechos humanos “no deben ir en contra de la propia naturaleza de los derechos humanos sino limitarlos con relación al fin que se busca alcanzar”.

En cuando a las limitaciones, se les clasifica en ordinarias y extraordinarias. Las limitaciones ordinarias procuran el respeto de los derechos humanos de los demás.

Son producto de vivir en sociedad, ya que nadie puede pretender vivir abusando de su derecho y atropellando a los demás. Se impone así la necesidad de limitar los derechos y libertades bajo esta premisa, vale decir, lograr que el ejercicio de mis derechos no lesione el derecho del otro (Andara, 2020, p. 42).

El autor ubica en este ámbito a las “limitaciones que atienden a exigencias de orden público y el bienestar general”, y aunque se haya señalado que algunas de ellas deberían atender a “justas exigencias de la moral”, siempre y en todo caso se deben establecer por instrumentos legales.

No obstante, la indeterminación de estos es objeto de críticas por el autor cuando señala: “Este renglón de limitaciones obedece a conceptos cuyo contenido puede variar de acuerdo con el sujeto que lo analiza, por ello la importancia de la ley al precisar sus alcances”. Se trata de una relatividad que la doctrina ya ha destacado y por lo cual se deben interpretar con relación al derecho al que está referida la limitación, que en este caso es el derecho a la intimidad, así como en vinculación con el tiempo, la situación de lugar, en que se invoca su limitación.

En el otro extremo se ubican las limitaciones extraordinarias, las cuales se van a producir bajo situaciones que verdaderamente alteran o pueden llegar a alterar la convivencia habitual de un grupo social, normalmente vinculadas con desastres naturales, alteraciones graves del orden público y, en muchos países, atentados terroristas, que también pueden enmarcar algunas de las limitaciones establecidas en la normativa europea.

6) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: el presente documento, se trata de un instrumento europeo que señala importantes aportes sobre la privacidad de la persona y los datos personales, en sus artículos 7 y 8. El artículo 7 establece lo siguiente sobre el derecho a la privacidad: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Sobre el derecho a la privacidad, tal documento se limita a señalar que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, así como su domicilio y comunicaciones.

Por otro lado, el artículo 8 indica lo siguiente sobre los datos personales:

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Es importante destacar que este documento se refiere a los datos personales como un derecho autónomo del derecho a la privacidad. Se señala el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, por lo cual, los datos de las personas deben ser tratados de forma leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento

de la persona afectada. Asimismo, se señala que toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan, incluso con la posibilidad de pedir su rectificación.

En la comunidad internacional, la protección del derecho a la privacidad y otros derechos como la intimidad y la identidad, han sido objeto de tratamiento regulativo, es decir, reconocido jurídicamente ante la soberanía externa de los Estados que componen la comunidad internacional, estableciendo su protección (Estrado, 2015, p. 7). De manera que existe una preocupación, al menos formal, acerca de la privacidad y su protección jurídica desde el ámbito internacional de los derechos humanos, como se puede observar de múltiples instrumentos internacionales.

2.2 Concepto de derecho a la privacidad

El origen del concepto de lo “privado” es muy relevante para realizar una aproximación a los que es y lo que no. El término “privado” se origina del latín *privatus*, lo que significa privar y está muy relacionado con la propiedad, propiedad privada, zona privada, uso privado, acceso privado, mensaje privado, reunión privada, todo esto para señalar lo contrario a público. Asimismo, la privacidad puede tener una relación fuerte con la necesidad de aislamiento por parte de la persona; el derecho estar consigo mismo y no sufrir perturbaciones por otros sujetos de derecho en un espacio sagrado, lo cual viene del derecho anglosajón.

Ahora bien, conforme a su origen como partícula conceptual, un grupo de la doctrina ha rechazado el uso del término *privacy*, por una consideración de que es una simple traducción del habla inglesa y, en cambio, se sugiere un reemplazo por el término intimidad o vida privada y, quienes sostienen esta opinión, consideran que tanto intimidad

como vida privada son sinónimos preferibles al término privacidad, derivado del inglés. (González, 2015, p. 56)

Para la Real Academia Española, (2020), privacidad se refiere, en primer lugar, a la “facultad de una persona de prevenir la difusión de datos pertenecientes a su vida privada que, sin ser difamatorios ni perjudiciales, esta desea que no sean divulgados”; y, en segundo lugar, al “derecho de la persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación” (s/p).

Para García (2009) el derecho a la privacidad “es el derecho que todo individuo tiene a separar aspectos de su vida privada del escrutinio público” (p. 189). Según Robles (2021) el derecho a la privacidad se debe entender como un derecho negativo, en virtud de ser de primera generación, así considera lo siguiente:

La protección de la vida privada es considerada de primera generación por su aparición histórica más remota, uno de los primeros derechos que fueron exigidos al Estado Absolutista, así como, derechos de no intervención ni injerencia en la vida privada, ni en el domicilio, ni a la correspondencia (p. 37).

En ese sentido, González (2015) señala que el derecho a la privacidad se entiende de la siguiente forma:

se destaca entre los derechos de personalidad y ha sido reconocido desde el siglo XIX, con anterioridad a los derechos sociales, por lo cual se podría ubicar en la primera generación de los derechos humanos. A partir de este derecho se

construyeron diversos mecanismos de protección, sirviendo como base de la protección de los datos personales. (p. 52)

En efecto, el derecho a la privacidad fue reconocido antes del surgimiento extensivo de los derechos sociales. Se trata de un derecho que funge como un escudo protector ante el poder y no como una prestación que, por el contrario, es la naturaleza jurídica de los derechos de índole social.

Por otra parte, el derecho a la privacidad guarda gran relación con los procesos de investigación. De allí que, el derecho a la privacidad deba ser entendido también desde una perspectiva que resalte la posibilidad de ser libre de intromisiones indeseadas en el ámbito privado o personal, de manera que las investigaciones que se desarrollen en su sentido más amplio deban corresponderse con estrategias racionales que protejan la privacidad de los sujetos de derecho incursos y, también, sobre cómo un investigador podría tener el derecho de acceso a la información que de sí mismo se encuentra en determinados espacios (Comisión Económica para América Latina, 2020, s/p).

Desde otro punto de vista, el derecho a la privacidad, en sentido amplio, también puede ser considerado como un espacio en el cual, la persona puede excluir o negar a las demás personas el conocimiento o entrada a su vida personal, como puede ser el conocimiento. Asimismo, el grado en que la información de su vida personal pueda ser comunicada a terceras personas.

Así también, el derecho a la privacidad se puede entender como el género de otros derechos humanos como la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, la intimidad frente a terceros, el derecho a la propia imagen y libertad informática (Martínez, 2000, p. 3).

De allí que la privacidad puede ser comprendida como una especie de libertad, visto que de aquella derivan múltiples derechos que son relevantes para salvaguardar la dignidad humana.

2.3. Relación entre privacidad e intimidad

El concepto de privacidad puede relacionarse con el concepto de “intimidad”, razón por la cual es necesario entender tal concepto. Intimidad, según la Real Academia Española (2020) significa “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

El origen de la intimidad como conceptualización, se encuentra asociado con la “soledad del individuo” o su aislamiento de un grupo de personas determinado e incluso, de cualquier tipo de persona. El concepto, visto de esa manera, hace referencia a “una condición o fenómeno”, algo así como una aspiración a la intimidad personal, que puede ser encontrado desde la antigüedad, la edad media, la edad moderna y los tiempos contemporáneos de las sociedades heterogéneas.

Tales aproximaciones, demuestran la evolución de la intimidad del individuo. Incluso, cabe antes de este reconocimiento por parte del derecho positivo, se presentaba como un instinto, reconocido en el propio ser como parte de su dignidad. Incluso, cabe advertir que, por parte de la doctrina, los pensadores indican que la existencia de la intimidad y salgo innato de los animales, como una especie de territorio con único dueño (González, 2015, p. 62).

La intimidad, se puede entender como el conjunto de espacios en los que el ser humano debe mantener ocupado o en estado de reserva para sí mismo, con la absoluta

libertad de decidir quién interviene allí y bajo qué términos debe intervenir. Es un espacio que representa a cabalidad el sentido de los derechos negativos donde nadie puede intervenir, salvo el consentimiento de la persona que tenga del propietario del espacio. Eso sí, también se hace importante señalar que existen situaciones en las que podría ser obligado a develar ciertas informaciones bajo el imperio de la legalidad (Meján, 1996, p. 23).

Por otro lado, González (2015, p. 58) entiende el concepto de intimidad, en primer lugar, como algo “interior” de un todo. Es decir, ese algo que se quiere o pretende “ocultar de los demás”, que sólo está pensado para la misma o personas y quienes el individuo quiera que tengan esa información.

En segundo lugar, los conceptos de “secreto, confidencialidad, reserva, pareciera que se trata, de igual forma, como sinónimos”, de allí que, en las normas jurídicas de índole penal se puedan encontrar apreciaciones gramaticales de “las comunicaciones son secretas”; en el sentido de que puedan comprenderse como libres o privadas, es decir, sin intromisiones ilegítimas de terceras personas para que las conversaciones sean privadas, íntimas, confidenciales, personales o secretas.

El derecho a la intimidad garantiza ese ámbito privado que se reserva al propio sujeto y del que están excluidos los demás sujetos, salvo, “que el titular del derecho desee compartir esa zona de privacidad con otros semejantes”, como lo indica Hernández Valle (2008, p. 86), quien concluye que como derecho propio de la personalidad deriva del principio de dignidad humana recogido en el artículo 33 constitucional.

En los documentos internacionales que reconocen el derecho a la privacidad, suele acompañarse la intimidad de la persona. De allí que incluso se puedan usar indistintamente intimidad y privacidad en los ordenamientos jurídicos comparados. El

derecho a la intimidad se reconoce en el derecho comparado de algunos países con las siguientes terminologías: en el derecho anglosajón, se entiende como “privacy”, es allí donde encuentra su origen más genuino. Por otro lado, en el derecho de Francia, se tiende a comprender como “vie intime”; en el ordenamiento jurídico italiano, por otro lado, como “reservatetzza” (Estrada, 2015, p. 3).

En ese orden, Herrán (2003) entiende a la intimidad como un derecho en los siguientes términos:

puede decirse que el derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad porque constituye un bien instrumental para garantizar la libertad del individuo en el desarrollo de su propia vida. Luego, la libertad individual se erige en fundamento necesario de la dignidad humana, y el derecho a la intimidad se configura como elemento esencial para el desarrollo de la personalidad. Asimismo, si los derechos de la personalidad se definen como bienes que garantizan el disfrute por cada persona de sus propias facultades físicas, intelectuales y morales, y sin los cuales el ser humano quedaría desprovisto de sus principales garantías para asegurar su pleno y efectivo desarrollo, habrá que concluir que el derecho a la personalidad descansa entre los derechos de la personalidad. (p. 10)

Así, el derecho a la intimidad se entiende como un derecho individual de la persona, indispensable para dignidad humana. Ahora bien, los conceptos de privacidad e intimidad pueden presentar diferencias, lo cual es muy importante como se puede observar de parte de González (2015, p. 60):

En primer lugar, el autor entiende desde una perspectiva crítica y conversacional que la privacidad y la intimidad, entendiendo al primer término como un “neologismo” derivado de los ordenamientos de habla hispana o castellano.

En segundo lugar, el concepto intimidad se refiere a las cosas más profundas e interiores de la persona, que suelen ser reservadas, mientras que lo privado significa privar y está relacionado con la propiedad como propiedad privada, zona privada, uso privado, acceso privado, mensaje privado, reunión privada lo anterior para señalar lo contrario a público.

En tercer lugar, cuando se habla de derechos en los sistemas jurídicos anglosajones, el derecho reconocido es el *right to privacy*, mientras que en el derecho continental el derecho equivalente es el derecho a la intimidad.

En cuarto lugar, cuando se habla de intimidad y privacidad, se tiene que resaltar que son conceptos diferentes, pese a que ambos tengan una relación indisociable y fundamental, imposible de evitar.

En quinto lugar, el concepto de intimidad debe ubicarse dentro del concepto de privacidad, ya que la intimidad es parte de la privacidad. Dicho, en otros términos: privacidad es el género y la intimidad especie.

2.4. Conexión de derechos

Arellano y Ochoa (2013) se refieren a la conexión que existe entre diversos derechos fundamentales y derechos de la personalidad; no obstante, consideran que los mismos deben ser diferenciados (p. 186). Entre la lista de derechos vinculados pero que deben ser diferenciados señalan:

- 1) Derecho al honor.
- 2) Derecho a la propia imagen.
- 3) Derecho a la intimidad o a la privacidad.
- 4) Derecho a la protección de datos.
- 5) Derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- 6) Derecho al secreto de las comunicaciones.

Cada uno de estos derechos va a tutelar un bien jurídico diferente, pero los mismos “no pueden ser tratados de forma aislada”; un tratamiento de este tipo estaría en contradicción con el contexto de la sociedad de información y la comunicación que los conecta en la sociedad actual (Arellano y Ochoa, 2013, p. 186).

Destacan que los derechos de la personalidad y el entramado legal que le acompaña se vinculan con la dignidad humana, como “un principio de derecho reconocido en la Declaración de Derechos Humanos”. En cuanto a la Unión Europea, señala que ha elevado la dignidad a “bien jurídico fundamental y, por tanto, teniendo en cuenta la gran cantidad de información personal que circula por las redes, es evidente que la situación resultante de ello puede incidir específicamente en este bien”.

2.5. Derecho a la protección de los datos personales

Lo concerniente a los datos personales, es de importante consideración. Para la Real Academia Española (2020) el término “dato” significa “información necesaria para el conocimiento de algo” y, por otro lado, personal se refiere a “perteneciente o relativo

a la personal” o “propio o particular de la persona”. De manera que, desde una perspectiva general, datos personales serían algo así como la información que se requiera para conocer a las personas.

Los datos personales pueden entenderse como aquellos que identifican a la persona. Así como también, otras informaciones que sean recopiladas en bases de datos. Según la Comisión Europea, algunos ejemplos de lo que podría considerar como “datos personales”, pueden ser los siguientes:

- 1) Nombre y apellidos;
- 2) Domicilio;
- 3) Correo electrónico;
- 4) Documento de identidad y;
- 5) Teléfono celular.

El dato personal, señalan Vilasau Solana y Vila Muntal (2010, p. 164), no se ha de limitar “a la información numérica o alfabética concerniente a una persona, sino que comprende también 1) la imagen 2) la voz, 3) las huellas dactilares, 4) los datos denominados biométricos o bien la información genética, siempre que sea posible relacionarlos con una persona concreta.

El origen del derecho a la protección de datos personales se sitúa de la siguiente manera:

Hay que situar su origen en la célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1983, que por vez primera acuña la expresión

“autodeterminación informativa” y establece una definición de la naturaleza y contenido de este nuevo derecho. En efecto, reconoce el TC alemán que el derecho a la protección de datos ha de enmarcarse en el derecho general a la protección de la persona, por considerar que garantiza la facultad del individuo a determinar por sí mismo la divulgación y utilización de datos referentes a su persona, y alerta asimismo del peligro que representa para los derechos de las persona un nuevo fenómeno unido a la irrupción de la informática, “el amallamiento” de la información; porque son infinitas las posibilidades que la informática ofrece en el tratamiento de los datos personales, permitiendo no sólo una recogida sin límites en el tiempo o el espacio, sino también y, lo que tal vez sea más grave, facilitando el entrecruzamiento de los datos, y su cesión a terceros, que sin duda escapa al conocimiento y disposición de la persona (...) también puede encontrarse importantes manifestaciones del reconocimiento jurisprudencial de este nuevo derecho en el Derecho español, y así el TC español pronto abrió las puertas a la configuración de un nuevo derecho o al menos a la necesidad de una revisión del concepto tradicional del derecho a la intimidad. (Herrán, 2003, pp. 14-15)

Es decir, el derecho a la protección de datos personales tiene su origen en la labor de los jueces constitucional, en especial, el Tribunal Constitucional de Alemania, que se vio en la necesidad de pensar en formas de proteger los datos personales ante el avance incesante de las nuevas tecnologías y conocimiento en las sociedades contemporáneas que componen el mundo.

Ahora, visto desde el plano estrictamente jurídico, se podría entender que los datos personales pueden configurarse como un derecho. En efecto, para autores como Araujo

(2009, pp. 193-194) se puede entender como un derecho a la protección de datos personales. Para este autor, el derecho a la protección de datos es, en primer lugar, “un derecho fundamental aún más novedoso, al cual no se le debe confundir con el derecho que protege la vida privada de las personas”.

En segundo lugar, el derecho a la protección de los datos personales, indica el autor “surge en Europa en 1950, con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, y en el caso americano tiene su surgimiento, en la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, que hace referencia a los datos personales aproximadamente.

Por otro lado, para Herrán (2003) la protección de datos como derecho fundamental, se entiende de la siguiente manera:

el derecho a la protección de datos constituye un medio o instrumento jurídico para la garantía de ejercicio de otros valores y principios de la persona, tales como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, lo que se traduce en el desconocimiento de su identidad como derecho de la persona; ahora bien, precisamente por ser esto así, el derecho a la protección de datos alcanza la categoría como derecho fundamental, no en vano, todos los derechos fundamentales tienen vocación instrumental respecto de la dignidad y la personalidad humana. (p. 18)

En esta circunstancia, este derecho se constituye como un derecho humano instrumental para la protección de la persona y su dignidad humana.

CAPÍTULO III

Los derechos a la privacidad y protección de datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica

En este capítulo se analizará los derechos a la privacidad y la protección de datos en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. Para eso se usarán instrumentos como la Constitución y leyes que sirvan para determinar si se encuentra reconocido formalmente el derecho a la privacidad y la protección de los datos personales.

3.1. Base constitucional

En la formación del derecho constitucional de Costa Rica existen tres momentos según los cuales se crea el andamiaje constitucional interno. La primera etapa, lógicamente está ligada con la independencia de la monarquía española, en el año 1820, en el cual se forma un Estado naciente y autónomo con sus propiedades de territorio, sociedad y un gobierno.

La segunda etapa va desde 1871 cuando tiene nacimiento la norma fundamental de 1871 conforme a la cual, se establecen los pilares de la norma suprema vigente en el ordenamiento jurídico costarricense, cuya inclinación sería por un constitucionalismo de estirpe liberal que protege las libertades básicas de las personas e impone límites al poder político.

Una tercera etapa, se constituye desde 1949 y se trata de un constitucionalismo social que implica como modelo un Estado social de derecho que reconoce límites a la actividad comercial para garantizar prestaciones sociales de los más débiles económica y

socialmente. En 1949 se crea la norma suprema vigente en Costa Rica (Pochet, 2005, p. 5).

La constitución del 7 de noviembre de 1949 reconoce en su artículo 24 el derecho a la intimidad de la siguiente manera:

Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento (...).

De acuerdo con el diseño constitucional, en lugar de un derecho a “la privacidad” se reconoce el derecho a la intimidad, aunque para efectos prácticos vayan a significar lo mismo. En Costa Rica, de esa manera, no se indica directamente lo relacionado a los datos personales. Ahora bien, del derecho a la intimidad se puede interpretar que se encuentra protegido la protección de datos personales como se verá más adelante.

En toda democracia, ha señalado la Sala Constitucional, los ciudadanos tienen el derecho “a mantener reserva sobre ciertas actividades u opiniones suyas” y también, como es lógico, a tener un amparo legal para impedir que esas áreas reservadas sean conocidas por otros; la convivencia y desarrollo de los fines que un ciudadano se propone son difíciles o de imposible alcance si el mismo se encuentra privado de “un marco de

intimidad” que esté protegido de los demás ciudadanos pero también del propio Estado, tal como lo reconoce el artículo 11.2-3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José.

Debe existir, no obstante, un equilibrio entre intereses tanto individuales como sociales; si bien la Constitución garantizó un ámbito propio a la libertad e intimidad de las personas, en su esfera privada; ese derecho es inviolable excepto que sea “parcialmente allanable con intervención de Juez en procura de resguardar bienes jurídicos de mayor jerarquía” (Voto 678-91 de la Sala Constitucional).

Por otro lado, en el artículo 46 *in fine* establece lo siguiente:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

La constitución si bien no determina qué tipo de usuarios o consumidores se refiere, ni qué ubicación tienen, sin embargo, establece el concepto de consumidor y usuario desde una perspectiva general pudiendo incluir lo concerniente a consumidores y usuarios de nuevas tecnologías como las redes sociales en que se recolectan datos personales por antonomasia (Rodríguez, 2016, p. 150).

De esta manera, se encuentran fundamentos constitucionales con los cuales se pueden crear políticas públicas que protejan la privacidad y los datos personales.

3.2. Base legal

La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, a través de la ley N° 8968, reguló la “Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales”. Se trata de una ley que específicamente se refiere a los datos personales y su protección en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cual es sumamente pertinente para el objeto de la presente investigación.

3.2.1. Naturaleza jurídica de la ley

Se trata de una ley de “orden público” según indica el artículo 1 de su cuerpo normativo. Es un instrumento no relajable entre particulares, de obligatorio cumplimiento para todos. Es superior a instrumentos normativos de carácter sub-legal, pero inferior a la Constitución.

3.2.2. Objeto de la ley

El objeto de la ley se trata de “garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la personalidad”, así como también “la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes” según establece su artículo 1.

De esa manera, la ley especial, tiene su razón de ser en garantizar que cualquier persona tenga respeto sobre sus derechos a la autodeterminación informativa en relación

con su vida y privacidad y demás derechos de “personalidad”; esto implica también que se pueda defender la libertad e igualdad conforme al tratamiento automatizado de los datos correspondientes a su persona o bienes.

3.2.3. Aplicabilidad

El ámbito de aplicación se corresponde con “los datos personales que figuren en bases de datos automatizadas o manuales, de organismos públicos o privados, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos”. Sin embargo, no se aplicará a “bases de datos mantenidas por personas físicas o jurídicas con fines exclusivamente internos, personales o domésticos, siempre y cuando estas no sean vendidas o de cualquier otra manera comercializadas” según indica el artículo 2.

De esta manera, tanto instituciones públicas como privadas que recopilen bases de datos automatizadas entran el ámbito de aplicación de la ley; por otro lado, bases de datos con fines exclusivamente internos y no comerciales, podrán ser excepciones al ámbito de aplicación.

3.2.4. Sobre conceptos básicos del tratamiento de datos personales

La ley ofrece un conjunto de conceptos que son importantes para el entendimiento técnico de los datos personales en su artículo 3:

3.2.4.1. Base de datos

Se entiende por “base de dato”. Una base de datos sería “cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales, que sean objeto de tratamiento o procesamiento, automatizado o manuales, cualquiera que sea la modalidad de su elaboración, organización o acceso”. De manera que, una base datos sería cualquier registro de datos personales objetos de procesamiento, en forma automatizada o similar, cualquier que sea su modalidad.

Las bases de datos constituyen un elemento de fundamental importancia tanto en el conocimiento como en la circulación de todo tipo de información. Si las mismas se encuentran en un sistema automatizado, que es lo habitual hoy día, se facilita enormemente su manipulación y búsqueda, pero **“también permite con mínimos esfuerzos su copia y la transportabilidad de su contenido, afectando al creador de la base de datos”** (Serrano, 1995, p. 205). Desde un sentido doctrinario las bases de datos son definidas como:

ficheros con información determinada y organizada para facilitar su consulta. Su contenido puede ser muy variado, datos culturales, jurisprudencia, de mercado, etc. A su vez pueden ser consultados “*on line*” y “*of line*”, según se suministren los datos accediendo por teléfono y modem y otros sistemas telemáticos, a una base documental a la que se puede consultar, o se faciliten al usuario en soporte CD que debe actualizarse con la periodicidad necesaria, y en todo caso de acuerdo con lo pactado (Ull Pont, 2000, p. 67).

Las bases de datos almacenan documentos y los organizan y estructuran de tal manera que permiten su recuperación como información. Dando respuestas a consultas y a problemas (Parra Greco, 2003, p. 5).

3.2.4.2. Datos personales

Por “datos personales” se entiende “cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable”. En esencia, sería cualquier información de una persona física y no jurídica, según el cual, se pueda identificar, como lo sería el nombre o documento de identidad.

3.2.4.3. Datos personales de acceso irrestricto

Se establece la categoría de “datos personales de acceso irrestricto”, los cuales se refieren a “contenidos en bases de datos públicas de acceso general, según dispongan leyes especiales y de conformidad con la finalidad para la cual estos datos fueron recabados”. Se tratan de datos a los cuales pueden acceder de forma general, todas las personas, he allí su rasgo de irrestricto.

Conforme con el artículo 9, no se contemplan en esta categoría los siguientes supuestos:

- a) dirección exacta de la residencia, excepto si su uso es producto de un mandato, citación o notificación administrativa o judicial;
- b) una operación bancaria o financiera;
- c) fotografía;

d) números de teléfono privados y otros de igual naturaleza cuyo tratamiento pueda afectar los derechos y los intereses de la persona titular.

3.2.4.4. Datos personales de acceso restringido

Se establece la categoría de “datos personales de acceso restringido”, cuyo significado e importancia radica en que “aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública”. En esencia, serían datos cuyo interés es sólo para su titular o para la Administración Pública según lo requiera por factores como una investigación.

El artículo 9 indica que “su tratamiento será permitido únicamente para fines públicos o si se cuenta con el consentimiento expreso del titular”. De esta forma, se entienden los datos personales de acceso restringido, estableciendo los supuestos en que se pueden tratar.

3.2.4.5. Datos sensibles

Se establece los “datos sensibles”, concernientes a “información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros”. Los datos sensibles, se asemejan a la intimidad de la persona como sería, en esencia, su información biomédica o genética.

La premisa general sobre los datos sensibles es que, ninguna persona está obligada a suministrarlos. De hecho, conforme al artículo 9 “se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones

religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros”.

Sin embargo, dicha prohibición no se aplicará en los siguientes supuestos específicos: a) tratamiento de los datos que sean necesarios para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona, en el supuesto de que la persona interesada esté física o jurídicamente incapacitada para dar su consentimiento; b) tratamiento de datos que sean efectuados en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo, por razón de su finalidad y con tal de que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de las personas interesadas; c) tratamiento que se refiera a datos que la persona interesada haya hecho públicos voluntariamente o sean necesarios para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial; d) tratamiento de datos que resulten necesarios para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un funcionario o funcionaria del área de la salud, sujeto al secreto profesional o propio de su función, o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto. Así se entienden los datos sensibles en el ordenamiento jurídico de Costa Rica.

3.2.4.6. Datos crediticios

El artículo 3 no se refiere a los datos crediticios. No obstante, el artículo 9 menciona ellos, indicando que “se registrarán por las normas que regulan el Sistema

Financiero Nacional, de modo que permitan garantizar un grado de riesgo aceptable por parte de las entidades financieras”; pero, sin que eso implique “impedir el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa ni exceder los límites de esta ley”.

3.2.4.7. Deber de confidencialidad

Se menciona “deber de confidencialidad” lo cual es muy relevante para el momento en que se protegen los datos personales. Se trata de una especie de:

obligación de los responsables de bases de datos, personal a su cargo y del personal de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab), de guardar la confidencialidad con ocasión del ejercicio de las facultades dadas por esta ley, principalmente cuando se acceda a información sobre datos personales y sensibles. Esta obligación perdurará aun después de finalizada la relación con la base de datos.

Esta obligación es trascendental para proteger el derecho a la intimidad o privacidad de la persona. En ese sentido, los responsables de las bases de datos y demás sujetos vinculados a esta actividad, así como la Agencia de Protección de los Habitantes, deben guardar confidencialidad sobre datos personales y sensibles, cuando accedan a tal información. Asimismo, la obligación perdurará hasta finalizada la relación con la base de datos.

En el artículo 11 se indica que la persona responsable y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales tienen la obligación de “secreto profesional o funcional, aun después de finalizada su relación con la base de datos. La

persona obligada podrá ser relevado del deber de secreto por decisión judicial en lo estrictamente necesario y dentro de la causa que conoce”.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 14, se establece la regla general de transferencia de datos personales, indicando que “los responsables de las bases de datos “solo podrán transferir datos contenidos en ellas cuando el titular del derecho haya autorizado expresa y válidamente tal transferencia y se haga sin vulnerar los principios y derechos reconocidos en esta ley”.

Así, se indican las excepciones al deber de confidencialidad, como lo sería una decisión judicial que requiera su conocimiento en un caso concreto y la transferencia legítima de datos.

3.2.4.8. Interesado

Se menciona “interesado” significando “persona física, titular de los datos que sean objeto del tratamiento automatizado o manual”. No se trata de personas jurídicas, sino de personas físicas titulares de los datos que sean objeto de tratamiento automatizado o manual que tengan interés.

3.2.4.9. Responsable de la base de datos

Se refiere a “responsable de la base de datos”. Sobre este aspecto, se indica que es:

persona física o jurídica que administre, gerencie o se encargue de la base de datos, ya sea esta una entidad pública o privada, competente, con arreglo a la ley,

para decidir cuál es la finalidad de la base de datos, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y qué tipo de tratamiento se les aplicarán.

Se trata de personas físicas o jurídicas que administren, gerencien o se encarguen de la base de datos, en cualquier tipo de entidad, bien sea pública o privada, para decidir cuál es la finalidad de la base de datos y qué tipo de datos deberán registrarse y ser tratados para su aplicación.

3.2.4.10. Tratamiento de datos personales

También, se refiere a “tratamiento de datos personales”. Esto se entiende de la siguiente manera:

cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas mediante procedimientos automatizados o manuales y aplicadas a datos personales, tales como la recolección, el registro, la organización, la conservación, la modificación, la extracción, la consulta, la utilización, la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a estos, el cotejo o la interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción, entre otros.

De tal manera que, un tratamiento de datos sería cualquier tipo de operación en que, a través de procedimientos automatizados o manuales sobre datos personales. Tales serían los casos de registro, organización, conservación, difusión, supresión, destrucción, consulta, entre otros. Así, un tratamiento de datos se puede enmarcar en cualquier situación sobre el manejo de datos.

Para ese fin, el responsable de la base de datos deberá adoptar las medidas de índole técnica y de organización necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, destrucción accidental o ilícita, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a esta ley.

En ese sentido, se utilizarán para el tratamiento adecuado de datos, mecanismos de seguridad física y lógica más adecuados de acuerdo con el desarrollo tecnológico actual, para garantizar la protección de la información almacenada. Por otro lado, no se registrarán datos personales en bases de datos que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad, así como la de los centros de tratamiento, equipos, sistemas y programas.

3.3. Autodeterminación informativa

3.3.1. Concepto

La ley se refiere a una especie de derecho a la “autodeterminación informativa”, que sería la forma en que se protegerían los datos personales en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. Así, se indica en el artículo 4 que, en primer lugar, toda persona “tiene derecho a la autodeterminación informativa, la cual abarca el conjunto de principios y garantías relativas al legítimo tratamiento de sus datos personales reconocidos en esta sección”.

En segundo lugar, se señala que “la autodeterminación informativa como un derecho fundamental”, se erige con el objeto de “controlar el flujo de informaciones que

conciernen a cada persona, derivado del derecho a la privacidad, evitando que se propicien acciones discriminatorias”.

De esta manera, el ordenamiento jurídico para tutelar la protección de datos personales, lo hace a través de la “autodeterminación informativa” y no conforme a un “derecho a la protección de datos”. El derecho a la autodeterminación informativa implica una especie de libertad que se relaciona precisamente con el concepto de “autodeterminación”. También, es menester destacar que ese derecho que se establece allí se deriva del derecho a la privacidad, como bien permite entender el articulado legal, siendo entonces la autodeterminación informativa una especie del derecho a la privacidad de la persona.

Mediante la autodeterminación, la persona es libre sobre qué hacer o no con su información. Así, el objeto del derecho a la autodeterminación informativa es ejercer un control sobre la información relativa a cada persona evitando usos ilegítimos en su contra, como sería el caso de la discriminación.

En el Voto 4847-99 de la Sala Constitucional se señalaba la falta de regulación de este derecho en el derecho positivo y lo entendía como una derivación del derecho a la intimidad. En el pronunciamiento, se parte de la protección que se brinda al derecho a la intimidad tanto en el plano nacional como internacional entendida como la protección que se hace al individuo de su vida privada.

Toma en consideración el uso de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de entidades tanto públicas como privadas, los cuales tienen una gran capacidad para archivar y transmitir datos que almacenan en sus diversos sistemas y todo lo cual hace posible que la vida de los ciudadanos esté al alcance, y con una gran

facilidad, de muchos sujetos; por ello sería insuficiente si la tutela real se limitara solo a la protección del derecho a la intimidad.

El artículo 24 de la Constitución aparece como el eje sobre el cual gira la autodeterminación informativa; el cual podría quedar nugatorio así como lo sería “el sistema constitucional costarricense como un todo” si no se entendiera que existe una evolución en su ámbito de cobertura en relación con el “desarrollo de los medios de información y comunicación”; éstos se han tornado más complejos y por ello pueden archivar de datos de forma amplísima y en constante crecimiento, abriendo así que sea posible el procesamiento de toda esa información “con un alto grado de precisión y en muy poco tiempo, por lo que, con este avance sus ataques no solo se tornan más frecuentes, sino también más graves”.

Se mostró una preocupación por las informaciones reservadas y clasificadas en las bases de datos o formas similares de almacenamiento debido a los fines con los que podría ser utilizada, produciendo así un conflicto entre intereses del Estado o quizás, de particulares, quienes, al poseer información para cumplir sus cometidos, pueden chocar con el titular de dicha información recopilada pues el mismo tiene un derecho a la intimidad que está direccionado a que dicho sujeto “pueda desarrollarse con plenitud y sin interferencias en su esfera personal”.

En virtud de las anteriores consideraciones el Tribunal consideró que debido al ingente avance de la tecnología

la inmersión de los medios informáticos en la esfera del individuo no es susceptible únicamente de lesionar su intimidad, pues muchos de los datos contenidos en esos archivos son públicos, y aun así el uso indiscriminado de tales

informaciones puede ocasionar graves perjuicios al ciudadano, si aquél no se sujeta a ciertos parámetros de veracidad y razonabilidad. La protección estatal, por ende, no debe estar sólo dirigida a tutelar la intimidad del individuo, sino que debe ir más allá: debe controlar el uso que de los datos de las personas –íntimos o no– se haga. Es así como se puede hablar de un verdadero derecho a la autodeterminación informativa, como principio constitucional desprendible a partir del texto del artículo 24 ya citado.

Con esto, se configuró el derecho a la autodeterminación informativa desde el punto de vista jurisprudencial. Desde el punto de vista de la doctrina, explica Hernández Valle (2008) que como contenido esencial del derecho a la intimidad el ordenamiento jurídico costarricense “reconoce el derecho fundamental de toda persona física o jurídica a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier registro o archivo, de toda naturaleza, incluso mecánica, electrónica o informatizada, sea pública o privada”; esto incluye los fines que se darán a esa información, entendiendo que la misma será empleada en esos particulares fines y no otros, todo lo cual ha de depender del “registro en cuestión”

Esto comprende, según el autor, el derecho que dicha información deba ser tanto rectificadora como objeto de actualización, incluso complementada y también suprimida en los casos que sea “incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto del que legítimamente puede cumplir”. La autodeterminación informativa viene así a rebasar el ámbito simple del derecho a la intimidad, reconociendo al ciudadano un “derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, junto con el derecho de acceso, corrección o eliminación en caso el que se le

cause un perjuicio ilegítimo”. Este derecho es extensible a las personas jurídicas, señala el autor (p. 89).

3.3.2. Excepciones

Las excepciones al derecho a la autodeterminación informativa se establecen en el artículo 8. Así, la autodeterminación informativa podrá ser limitada de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa bajo los siguientes supuestos: a) seguridad del Estado; b) seguridad y el ejercicio de la autoridad pública; c) prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en el ejercicio profesional; d) funcionamiento de bases de datos que se utilicen con fines estadísticos, históricos o de investigación científica, cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas; e) adecuada prestación de servicios públicos; f) eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales.

Así, se establecen excepciones razonables a la autodeterminación informativa como derecho general, lo cual es entendible por cuanto, prácticamente todos los derechos fundamentales tienen excepciones.

3.4. Principio de consentimiento informado

Se establece en el marco regulatorio, la “obligación de informar” y el “deber de obtener consentimiento expreso” en el artículo 5.

3.4.1. Obligación de informar

Sobre la obligación de informar, se indica que, cuando se soliciten datos personales es necesario informar previamente a las personas, en modo “expreso, preciso e inequívoco” lo siguiente: a) Existencia de una base de datos de carácter personal; b) Fines que se persiguen con la recolección de estos datos; c) Destinatarios de la información, así como de quiénes podrán consultarla; d) Obligatoriedad o rasgo facultativo de las respuestas a preguntas que se formulen durante la recolección de los datos; e) Sobre el tratamiento que se dará a los datos solicitados; f) Consecuencias de la negativa a suministrar datos; g) Posibilidad de ejercer los derechos que le asisten; h) Identidad y dirección del responsable de la base de datos.

Para cumplir con la obligación de informar cuando se soliciten datos personales, los organismos públicos o privados deberán informar con anterioridad a las personas, de manera clara y expresa, sobre los requerimientos allí señalados.

3.4.2. Deber de obtener consentimiento expreso

Sobre el deber de obtener consentimiento expreso, se indica que el recopilador de datos deberá obtener información de forma expresa de la persona titular de los datos o de su representante bajo la siguiente manera: “consentimiento deberá constar por escrito, ya sea en un documento físico o electrónico, el cual podrá ser revocado de la misma forma, sin efecto retroactivo”. Así, las formas en que se obtienen los datos personales deberán indicar la manera en que logra obtener el consentimiento de la forma expresa que mejor se requiera, maximizando la mayor visibilidad posible.

Ahora bien, el consentimiento no será necesario dentro de los siguientes supuestos que se señala en el mismo artículo: a) Bajo la existencia de orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo; b) Cuando se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general; c) Cuando los datos deban ser entregados por disposición constitucional o legal.

3.5. Principio de calidad de la información

De acuerdo con el artículo 6, se establece el principio de “calidad de la información”. Bajo dicho principio “solo podrán ser recolectados, almacenados o empleados datos de carácter personal para su tratamiento automatizado o manual, cuando tales datos sean actuales, veraces, exactos y adecuados al fin para el que fueron recolectados”.

Para que los datos sean contentivos de calidad, deben reunir las condiciones de: a) actualidad; b) veracidad; c) exactitud y d) adecuación para el fin que son recolectados por el organismo recolector.

Conforme a la condición de a) actualidad, el responsable de la base de datos eliminará datos que hayan dejado de ser pertinentes o necesarios, debido a la finalidad para la cual fueron recibidos y registrados. No se podrán conservar datos vetustos que puedan afectar a sus titulares, una vez transcurridos los diez años desde su registro, salvo que una disposición normativa especial disponga otra cosa o que sea necesaria su conservación, siempre que sean desasociados de su titular.

Acerca de la b) veracidad, los datos deben ser reales, de manera que la persona de la base de datos está obligada a modificar o suprimir datos que no sean reales, así como también, velará porque sean tratados conforme al ordenamiento jurídico interno.

Sobre la c) exactitud, se señala que la persona responsable de la base de datos tendrá que tomar las medidas necesarias para que los datos inexactos o incompletos, sean suprimidos o rectificadas en la base. Si los datos recopilados son inexactos, en todo o en parte, deberán ser sustituidos o eliminados de oficio por la persona responsable de la recopilación, así como cuando no se cuenta con consentimiento o se trata de datos cuya recopilación es prohibida por el ordenamiento jurídico.

Acerca de la d) adecuación para el fin que fueron recopilados los datos, se indica que deben ser con fines determinados, explícitos y legítimos y no se podrán tratar de forma alguna que sea incompatible con estos. La excepción es cuando se tratan con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre que se establezcan las garantías oportunas para salvaguardar los derechos fundamentales establecidos en la ley.

Así también, las bases de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes, ni a la moral pública, fungen como pilares que tratan de que las bases de datos sean usadas de manera legítima y conforme al ordenamiento jurídico.

3.6. Derecho de acceso a la información

La ley especial reconoce otro derecho que es importante mencionar, con la finalidad de que sean protegidos los datos personales. En efecto, el artículo 7 indica que “se garantiza el derecho de toda persona al acceso de sus datos personales, rectificación o supresión de estos y a consentir la cesión de sus datos”. Asimismo, se señala que la persona responsable de la base de datos “debe cumplir lo solicitado por la persona, de

manera gratuita, y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la recepción de la solicitud”.

Este derecho es de gran importancia para las personas cuyos datos son recopilados. Mediante el derecho de acceder a la información, las personas pueden conocer sus datos personales recopilados y solicitar su rectificación o supresión e incluso, bajo consentimiento, que sean cedidos. Asimismo, dicha solicitud debe realizarse de manera gratuita por parte del responsable de la recopilación y resolver la cuestión bajo un plazo determinado.

3.7. Derecho de rectificación

La ley también se refiere al “derecho de rectificación” en el artículo 7. Se indica lo siguiente:

Se garantiza el derecho de obtener, llegado el caso, la rectificación de los datos personales y su actualización o la eliminación de estos cuando se hayan tratado con infracción a las disposiciones de la presente ley, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, o hayan sido recopilados sin autorización del titular.

Todo titular puede solicitar y obtener de la persona responsable de la base de datos, la rectificación, la actualización, la cancelación o la eliminación y el cumplimiento de la garantía de confidencialidad respecto de sus datos personales.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.

Conforme a la disposición normativa, se reconoce el derecho de rectificación sobre los datos personales, de manera que se podrán actualizar y eliminar cuando se hayan tratado con infracción de la ley; especialmente, cuando sea por causas como el carácter incompleto o inexacto de los mismos y sin su autorización bajo las condiciones necesarias.

También, se indica la garantía de confidencialidad conforme a la solicitud efectuada al recopilador de los datos, lo cual es de importancia ya que protege la privacidad de la persona. En el caso de personas fallecidas, el ejercicio de este derecho corresponde a sus sucesores o herederos a quienes se le transmitirá el mismo conforme al derecho sucesorio.

3.8. Agencia de Protección de Datos de los habitantes

3.8.1. Naturaleza jurídica

La Agencia de Protección de Datos de los habitantes (PRODHAB), es un órgano administrativo creado por la ley especial. Se trata de un órgano de desconcentración, adscrito al Ministerio de Justicia y Paz. Cuenta con personalidad jurídica propia en el desempeño de las funciones, además, administración sus recursos y presupuesto, así como también, puede suscribir contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones (artículo 15).

Su importancia radica en que, las personas tienen derecho a un procedimiento administrativo sencillo y rápido ante la Agencia de Protección de Datos de los habitantes, con el fin de ser protegido contra actos que violen sus derechos fundamentales. Asimismo, esto no imposibilita el acceso a los órganos jurisdiccionales (artículo 13).

3.8.2. Competencias

De acuerdo con el artículo 16, las competencias de la Agencia de Protección de Datos de los habitantes, son las siguientes: a) velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos sobre todo tipo de persona; b) llevar un registro de las bases de datos reguladas; c) requerir, de quienes administren bases de datos, las informaciones necesarias para el ejercicio de su cargo, entre ellas, los protocolos utilizados; d) acceder a las bases de datos reguladas a efectos de hacer cumplir efectivamente las normas sobre protección de datos personales; e) resolver los reclamos por infracción a las normas sobre protección de los datos personales; f) ordenar, de oficio o a petición de parte, la supresión, rectificación, adición o restricción en la circulación de las informaciones contenidas en los archivos y las bases de datos, cuando contravengan las normas sobre protección de los datos personales; g) imponer sanciones establecidas en la ley a cualquier tipo de persona y trasladar al Ministerio Público las que puedan configurar delito; h) promover y contribuir en la redacción de normativa tendiente a implementar normas sobre protección de los datos personales; i) dictar directrices necesarias, las cuales deberán ser publicadas en el Diario Oficial La Gaceta, a efectos de que las instituciones públicas implementen los procedimientos adecuados respecto del manejo de los datos personales; j) fomentar entre los habitantes el conocimiento de los derechos concernientes al acopio, el almacenamiento, la transferencia y el uso de sus datos personales.

3.8.3. Intervención en archivos y bases de datos

El órgano administrativo cuenta con competencias para intervenir en archivos y bases de datos. Cualquier persona que ostente un derecho subjetivo o un interés legítimo puede denunciar ante el órgano administrativo que, una base de datos pública o privada actúa en contravención de las reglas o los principios básicos para la protección de los datos y la autodeterminación informativa (artículo 24).

Se establecen sanciones que van desde: a) una multa hasta de cinco salarios base del cargo de auxiliar judicial I, según la Ley de Presupuesto de la República, para las faltas leves; b) una multa de cinco a veinte salarios base del cargo de auxiliar judicial I, según la Ley de Presupuesto de la República, para las faltas graves; c) una multa de quince a treinta salarios base del cargo de auxiliar judicial I, según la Ley de Presupuesto de la República, y la suspensión para el funcionamiento del fichero de uno a seis meses, para las faltas gravísimas (artículo 28).

Por otro lado, se tipifican faltas leves, faltas graves y faltas gravísimas (artículos 29, 30 y 31) de manera que comprende un sistema organizativo muy completo que señala la forma en que el órgano administrativo protege los datos personales.

3.9 Base sub-legal

La disposición transitoria tercera de la ley especial establece que “el Poder Ejecutivo emitirá la reglamentación de esta ley en un plazo máximo de seis meses después de la conformación de la PRODHAB, recogiendo las recomendaciones técnicas que le proporcione la Agencia”. En efecto, se creó un reglamento de la ley para regular y desarrollar de mejor lo preceptuado en la ley.

El texto normativo se denomina Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales N° 37554-JP, en fecha 30 de agosto de 2012.

Se compone por 90 artículos que desarrollan ampliamente lo establecido en la base legal.

3.9.1. Consentimiento de las personas

Quien recopile datos personales debe obtener el consentimiento expreso del titular para el tratamiento de datos personales, con las excepciones establecidas en la Ley. El consentimiento deberá ser otorgado por el titular, en un documento físico o electrónico. En el caso de la modalidad en línea, el responsable deberá poner a disposición un procedimiento para el otorgamiento del consentimiento conforme a la Ley.

El documento por medio del cual el autorizante de los datos personales extiende su consentimiento, debe ser de fácil comprensión, gratuito y debidamente identificado. Cabe destacar que no es necesario consentimiento expreso en los siguientes casos, conforme con el artículo 5: a) cuando exista orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo; b) cuando se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general y c) cuando datos deban ser entregados por mandato constitucional o legal.

Por otro lado, según el artículo 6, “la carga de la prueba recaerá, en todos los casos, en el responsable de la base de datos” a efectos demostrar el consentimiento. Asimismo, en cualquier momento, el titular que dio su consentimiento, podrá revocarlo para el tratamiento de sus datos personales, para lo cual el responsable deberá establecer

mecanismos expeditos, sencillos y gratuitos, que permitan al titular revocar su consentimiento de acuerdo con el artículo 7.

En ese sentido, el responsable de la base de datos, ante la presentación de la solicitud de revocación del consentimiento, cuenta con un plazo de cinco días hábiles a partir del recibido de la misma, para proceder conforme a la revocación. Asimismo, dentro del mismo plazo de cinco días hábiles, deberá informarles de dicha revocación a aquellas personas físicas o jurídicas a quienes haya transferido los datos, mismas que deben proceder en un plazo de cinco días hábiles a partir de la notificación a ejecutar la revocación del consentimiento. Existe, asimismo, irretroactividad conforme con el artículo 8.

Según el artículo 9, el plazo para la confirmación de la revocación sería de tres días hábiles a partir de la presentación de la solicitud y entendiendo que el responsable debe responder en forma gratuita. En caso de negativa, expresa o tácita por parte del responsable, el titular podrá presentar ante la Agencia la denuncia correspondiente según el artículo 10.

3.9.2. Derecho al olvido

El derecho al olvido se establece de la siguiente manera en el artículo 11:

La conservación de los datos personales que puedan afectar a su titular no deberá exceder el plazo de diez años, desde la fecha de terminación del objeto de tratamiento del dato, salvo disposición normativa especial que establezca otro plazo, que por el acuerdo de partes se haya establecido un plazo distinto, que exista

una relación continuada entre las partes o que medie interés público para conservar el dato.

Se trata de un derecho muy relevante que buscan proteger a la persona. Así, la norma sub-legal establece un derecho no incorporado en la normativa legal que, fija como límite para la conservación de los datos personales, los diez años. Así también, se encuentran las excepciones al derecho al olvido, como serían las concernientes a: a) acuerdo Inter partes; b) acuerdo en el que se establezca un plazo distinto; c) relación continuada entre las partes; d) por motivos de interés público.

3.9.2.1. Protocolos mínimos de actuación

Conforme con el artículo 32, los responsables deben confeccionar un protocolo mínimo de actuación, en el cual se transmita al encargado para su fiel cumplimiento y donde al menos, se especifique lo siguiente: a) elaborar políticas y manuales de privacidad obligatorios y exigibles al interior de la organización del responsable; b) poner en práctica un manual de capacitación, actualización y concientización del personal sobre las obligaciones en materia de protección de datos personales; c) establecer un procedimiento de control interno para el cumplimiento de las políticas de privacidad; d) instaurar procedimientos ágiles, expeditos y gratuitos para recibir y responder dudas y quejas de los titulares de los datos personales o sus representantes, así como para acceder, rectificar, modificar, bloquear o suprimir la información contenida en la base de datos y revocar su consentimiento; e) Crear medidas y procedimientos técnicos que permitan mantener un historial de los datos personales durante su tratamiento; y f) constituir un mecanismo en

el cual el responsable transmitente, le comunica al responsable receptor, las condiciones en las que el titular consintió la recolección, la transferencia y el tratamiento de sus datos.

Estas medidas, para que sean consideradas como tales, deben ser inscritas ante la Agencia como protocolos mínimos de actuación.

3.9.3. Información mínima sobre situaciones de vulnerabilidad

El responsable deberá informar al titular sobre cualquier irregularidad en el tratamiento o almacenamiento de sus datos. Podrían ser casos como los siguientes: pérdida, destrucción, extravío, entre otras, como consecuencia de una vulnerabilidad de la seguridad o que tuviere conocimiento del hecho, para lo cual tendrá cinco días hábiles a partir del momento en que ocurrió la vulnerabilidad, a fin de que los titulares de estos datos personales afectados puedan tomar las medidas correspondientes, según reza el artículo 38.

Por otro lado, el artículo 39 establece la información mínima que debe ser transmitida por el responsable: a) La naturaleza del incidente; b) Los datos personales comprometidos; c) Las acciones correctivas realizadas de forma inmediata; d) Los medios o el lugar, donde puede obtener más información al respecto.

3.9.4. Transferencia de datos

Quienes sean responsables por el tratamiento de datos personales, podrán transferir los datos. Sin embargo, tal transferencia debe contar con consentimiento inequívoco del titular, por cuanto, implica la cesión de datos personales por parte, única y exclusivamente, del responsable que transfiere al responsable receptor de los datos

personales. Además del consentimiento como requerimiento, otro requisito es que los datos a transferir hayan sido recabados o recolectados de forma lícita y según los criterios que la Ley y el presente Reglamento dispone, según señala el artículo 40.

Por otro lado, el artículo 41 indica que las transferencias de datos personales “estarán supeditadas al fiel cumplimiento de los protocolos mínimos de actuación, debidamente inscritos ante la Agencia” y el artículo 42 señala que “para efectos de demostrar que la transferencia de datos personales se realizó conforme a la Ley y el presente Reglamento, la carga de la prueba recaerá en el responsable”.

3.9.5. Causales de protección derechos de derechos por parte de la Agencia de Protección de Datos de los habitantes

El artículo 59 establece las causales para el inicio del procedimiento administrativo de protección de derechos: a) recolección de datos personales para su uso en base de datos sin que se le otorgue suficiente y amplia información a la persona interesada; b) recolección, almacenamiento y transmisión de datos personales por medio de mecanismos inseguros o que de alguna forma no garanticen la seguridad e inalterabilidad de los datos; c) recolección, almacenamiento, transmisión o de cualquier otra forma empleen datos personales sin el consentimiento informado y expreso del titular de los datos; d) transferencia de datos personales a otras personas o empresas en contravención de las reglas establecidas en la Ley y el presente Reglamento; e) recolección, almacenamiento, transmisión o de cualquier otro modo empleen datos personales para una finalidad distinta de la autorizada por el titular de la información; f) negación injustificadamente a dar acceso a un titular sobre los datos que consten en archivos y bases de datos, a fin de verificar su calidad, recolección, almacenamiento y

uso conforme a la Ley y el Reglamento; g) Negación injustificadamente a eliminar o rectificar los datos de una persona que así lo haya solicitado por medio claro e inequívoco; h) recolección, almacenamiento, transmisión o de cualquier otra forma empleen, por parte de personas físicas o jurídicas privadas datos sensibles, sin el consentimiento de su titular o sin ley o norma especial que lo autorice; i) obtención de los titulares o terceros, de datos personales por medio de engaño, violencia, dolo, mala fe o amenaza; j) revelación de información registrada en una base de datos personales cuyo secreto esté obligado a guardar conforme a la Ley; k) proporción a un tercero, de información falsa o distinta contenida en un archivo de datos, con conocimiento de ello; l) tratamiento de datos personales sin encontrarse debidamente inscrito ante la Agencia; m) transferencia a las bases de datos de terceros países, información de carácter personal de los costarricenses o de los extranjeros radicados en el país, sin el consentimiento de sus titulares, entre otras que a juicio discrecional de la Agencia afecten los derechos fundamentales.

Se establecen amplias causales que buscan proteger integralmente los derechos involucrados en el manejo de datos personales.

3.10. Decisiones judiciales

La Sala Constitucional de Costa Rica se ha encargado de establecer importantes precedentes con respecto a la temática objeto de estudio.

3.10.1. Decisión 754-2002

Mediante decisión 754-2002 se indica lo siguiente respecto a los datos personales el órgano judicial:

Así, no basta para respetar el mandato constitucional, que hoy en día el Estado promueva el respeto de las comunicaciones privadas de todo tipo, prohibiendo su violación y sancionando la infracción de la regla. Tampoco es suficiente que regule el espacio físico vital normalmente denominado “domicilio”, tipificando su transgresión y delimitando su propia injerencia en el mismo. En la actualidad, debido a facilidad y fluidez con que las informaciones son obtenidas, almacenadas, transportadas e intercambiadas, fenómeno en apariencia irreversible y que por el contrario tiende a acentuarse en cada momento, se hace necesario ampliar la protección estatal a límites ubicados mucho más allá de lo tradicional, en diferentes niveles de tutela. Así, debe el Estado procurar datos íntimos (también llamados datos “sensibles”) de las personas que no sean siquiera accedidos sin su expreso consentimiento. Tratase de informaciones que no conciernen más que a su titular y a quienes éste quiera participar en ellos, tales como su orientación ideológica, fe religiosa, preferencias sexuales, etc., es decir, aquellos aspectos propios de su personalidad, y que como tales escapan del dominio público, integrando parte de su intimidad del mismo modo que su domicilio y sus comunicaciones escritas, electrónicas, etc. En un segundo nivel de restricción se encuentran las informaciones que, aun formando parte de registros públicos o privados no ostentan el carácter de “públicas”, ya que -salvo unas pocas excepciones- interesa solo a su titular, pero no a la generalidad de los usuarios del registro. Ejemplo de este último son los archivos médicos de los individuos, así como los datos estrictamente personales que deban ser aportados a los diversos tipos de expedientes administrativos. En estos casos, si bien el acceso a datos no

está prohibido, sí se encuentra restringido a la Administración y a quienes ostenten un interés directo en dicha información.

Continúa la misma decisión judicial indicando que,

En un grado menos restrictivo de protección se encuentran los datos que, aun siendo privados, no forman parte del fuero íntimo de la persona, sino que revelan datos de eventual interés para determinados sectores, en especial el comercio. Tal es el caso de los hábitos de consumo de las personas (al menos de aquellos que no quepan dentro del concepto de “datos sensibles”). En estos supuestos, el simple acceso a tales datos no necesariamente requiere la aprobación del titular de los mismos ni constituye una violación a su intimidad, como tampoco su almacenamiento y difusión (...) En el caso de todas las reglas antes mencionadas, es claro que el deber de cumplimiento de tales exigencias lo sustenta quien acopie y manipule datos, siendo deber suyo -y no de la persona dueña de los datos- la estricta y oficiosa observancia de las mismas (...) El respeto de las anteriores reglas limita, pero no impide las agencias -públicas y privadas- de recolección y almacenamiento de datos, cumplir con sus funciones, pero sí asegura que el individuo, sujeto más vulnerable del proceso informático, no sea desprotegido ante el poder inmenso que la media adquiere día con día. En una categoría aparte se encuentran aquellos datos de interés general y de acceso irrestricto contenidos en archivos públicos, para los cuales la regla a emplear es la del artículo 30 y no la dispuesta en el numeral 24 constitucional. Es decir, que en relación con tales informaciones existe una autorización absoluta de acceso y un

deber inexcusable de la Administración de ponerlos al alcance de quienes quieran consultarlos, como en mecanismo de control ciudadano respecto de las actuaciones estatales, derivación necesaria del principio democrático que informa todas las actuaciones públicas y moldea las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.

Constituye un gran antecedente judicial que toca lo concerniente a los datos personales, sus categorías como los datos sensibles e irrestrictos, así como lo relativo al actuar de las personas que tratan dicha información.

3.10.2 Decisión 15063-2005

Para el año 2005, la Sala Constitucional señala bajo decisión judicial 2005-15073, lo siguiente:

En otros términos, la circunstancia que al funcionario o empleado se le suministre un equipo para el cumplimiento y ejercicio de sus funciones -de propiedad de la Administración o empleador-, no excluye que el mismo sea soporte de información confidencial o personal cubierta por el secreto o reserva de las comunicaciones y, en general, por el derecho a la intimidad.

Ahora bien, en el *sub-lite* quedó acreditado que la Administración le impidió a la amparada eliminar los archivos y correspondencia personal que tenía en la computadora que usaba en su lugar de trabajo, con lo cual se produjo una amenaza cierta y directa a sus derechos fundamentales. En ese sentido, el ministro de Comercio Exterior ordenó el respaldo de toda la información que contenía el disco

duro del ordenador, sin haber permitido que la recurrente eliminara la información de carácter privado que había almacenado. Con ello, resultaba sumamente fácil que cualquier persona ajena se impusiera en conocimiento de los mensajes y documentos privados sin el consentimiento de la agraviada, lo que supone una violación del artículo 24 de la Constitución Política.

Continúa el fallo de la Sala Constitucional indicando que:

Los trabajadores no renuncian a la esfera privada y a la protección de datos por ejercer una función pública, sino que, por el contrario, esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás (...) Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador -sea público o privado-, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones irregulares de los trabajadores o funcionarios. La apertura por el empleador de los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario o trabajador sólo es justificable en circunstancias muy limitadas ya que el acceso a este tipo de datos no es necesario para satisfacer el interés legítimo del empleador, debiendo prevalecer por el contrario el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por otra parte, la celebración de un contrato entre la Administración y la amparada en relación con la operación del equipo de cómputo, no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadana.

De esta manera, se establece la situación concreta en que se vulnera el derecho fundamental a la intimidad y vida privada como premisa general, contenido en el artículo 24 de la constitución. Se relaciona con el derecho laboral lo relativo a la protección de datos personales, incluso si se trata de un patrono que sea Administración Pública o empresa privada. En especial, es destacable que los funcionarios públicos no renuncian a la esfera privada y, en consecuencia, a la protección de datos por ejercer una función pública, sino que, conservan su legítimo derecho a la privacidad.

3.10.3. Decisión 01215-2006

La Sala Constitucional mediante decisión 14580-2006 establece importantes nociones sobre el derecho a la autodeterminación informativa:

Respecto de la delimitación del contenido del derecho de autodeterminación es importante acotar que para que la información sea almacenada de forma legítima, debe cumplir al menos con los siguientes requisitos: primero, no debe versar sobre información de carácter estrictamente privado o de la esfera íntima de las personas, segundo, debe ser información exacta y veraz (en relación con esto ver sentencia N° 2000-0119 de las dieciocho horas cincuenta un minutos del primero de febrero de dos mil) y tercero, la persona tiene el derecho de conocer la información y exigir que sea rectificadas, actualizadas, complementadas o suprimidas, cuando sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para para fin distinto del que legítimamente puede cumplir

Se establece el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa, indicando tres aspectos que son trascendentales para entender que se trata de un derecho de personalidad autónomo. Asimismo, como la mayor parte de sentencias anteriores al 2011, esta indica varios argumentos o disposiciones que se notan reflejados en la especial sobre la protección de datos personales.

3.10.4. Decisión 14580-2006

La Sala Constitucional mediante decisión 14580-2006 establece importantes conceptos:

Al respecto, vale decir que son públicos aquellos datos relativos a los hechos vitales y básicos de la persona, que sirven para identificarla como tal, por ejemplo, el nacimiento, la filiación, el matrimonio y la defunción. Con relación a éstos, cualquier interesado tiene acceso ilimitado por medio del servicio de certificaciones del Registro Civil. Por el contrario, los datos de carácter privado se componen de rasgos accidentales de la persona, atinentes a su imagen e intimidad, y que, por ende, puede sufrir transformaciones por el simple transcurso del tiempo, o bien, por la propia voluntad de la persona, cuales son la dirección, el número telefónico y más recientemente, la fotografía. Estos últimos, no pueden ser consultados por la generalidad de las personas, sino únicamente por la propia institución y únicamente para los fines constatación de identidad, que es el fin último y único para el que fueron consignados, los titulares de estos y todos aquellos a los cuales éstos autoricen.

Se establece cuando sí o no puede estar la información recolectada en una base de datos, lo cual es muy importante al momento de definir qué son los datos personales y, además, cuáles son públicos y privados en el ordenamiento jurídico, tendiendo gran importancia para su determinación, la capacidad de consulta por la generalidad de las personas.

3.10.5. Decisión 01389-2007

La Sala Constitucional mediante decisión 01389-2007 se refiere al derecho al olvido bajo los siguientes términos:

La solvencia económica y financiera de una persona es un fenómeno dinámico y modificable, en el corto plazo, por circunstancias atribuibles tanto a la propia persona como a variables externas, más o menos fuera de su control. Por esto resultaría completamente irrazonable amarrar el cuadro de solvencia de una persona al largo plazo. Dado que no resultan aplicables aquí los plazos de prescripción previstos para los datos de naturaleza penal, ni tampoco resultaría procedente aplicar las normas existentes sobre prescripción en materia civil ni administrativa, que en nuestra legislación oscilan de los diez años y un año, el Tribunal considera que el archivo, registro o cesión de esos datos personales relevantes para determinar la solvencia económica deben referirse a los últimos cuatro años; lo anterior, mientras ley expresa no disponga otros plazos.

Es muy relevante esta decisión, ya que se refiere a un derecho necesario para la protección de los datos personales. Incluso, cabe mencionar, el derecho al olvido no fue incorporado en la ley especial, sino en el reglamento como norma de carácter sub-legal estableciendo un plazo acorde con el criterio judicial.

3.10.6. Decisión 8782-2010

La Sala Constitucional bajo decisión 8782-2010 se refiere a la necesidad de crear una ley que regule lo concerniente a la protección de datos personales. Es de pertinente mención destacar que, para ese año todavía no se había creado la ley que regule para este momento la materia. En esa decisión, los votos salvados de los magistrados Castro Cruz y Guerra Portilla indican:

La intervención de la Sala Constitucional en la autodeterminación informativa siempre es necesaria, pero sin un marco legal e institucional que defina el legislador, la intervención de esta instancia constitucional será insuficiente, porque hay materias y problemas que no se resuelven mediante las decisiones caso a caso respecto de la autodeterminación informativa (...) la definición de un régimen jurídico general, resulta indispensable, como lo sería por ejemplo, una ley referida a la protección de la persona frente al tratamiento de los datos personales. Solo una ley puede restringir la libertad y entendemos que el derecho a la libertad y la autodeterminación informativa son derechos correlativos a la libertad personal, por lo que solo una ley puede determinar en qué casos se puede disponer de los datos privados de las personas. La intervención casuística de esta instancia constitucional no tutela satisfactoriamente un derecho tan importante y

relevante como la intimidad. Se requiere en este caso no una intervención reactiva de la jurisdicción constitucional, sino que la utilización, trasiego y acumulación de datos, aunque sean públicos, responda al cabal cumplimiento del principio de reserva legal, por esta razón, estimamos que debe acogerse el amparo, por violación del principio de reserva legal y a la intimidad.

Posteriormente a este fallo, como se observa cronológicamente, se crearía la ley especial por la Asamblea Legislativa y el posterior reglamento para desarrollar los postulados del marco regulatorio.

3.11 Nuevas propuestas normativas

Para el año 2016 se propone una reforma a esta ley para detallar más el ámbito de aplicación que no habían quedado claros en las regulaciones. Para enero de 2021 se presentó una Reforma Integral a la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, proponiendo aspectos como los siguientes:

En primer lugar, se refiere a la venta de servicios, a entidades públicas y privadas, por parte de la Agencia de Protección de Datos de los habitantes, para velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos, llevar registro de las bases reguladas por ley e imponer otro tipo de sanciones.

En segundo lugar, es muy interesante ampliar el ámbito de aplicación a territorio internacional, es decir, regular datos del exterior recopilados en Costa Rica y aplicar la normativa nacional a estos casos.

En tercer lugar, crear una nueva sección sobre transferencia transfronteriza de datos, para que, mediante un proceso de adecuación, el órgano administrativo competente evalúe si la institución u organización internacional cuenta con un debido sistema de protección de datos y así garantizar a los usuarios que se estén respetando sus instrumentos jurídicos vinculantes o convenios empresariales que contienen los derechos y obligaciones regulados por ley.

En cuarto lugar, se propone eliminar las excepciones a la autodeterminación informativa establecidas en la regulación vigente y establecer como edad mínima 15 años para brindar consentimiento informado sobre el tratamiento de datos en servicios digitales y para menores de esa edad con consentimiento de su representante legal.

En general, se busca reestructurar y mejorar el marco normativo para la protección de datos personales.

Conclusiones

Conclusiones

Los derechos evolucionan a medida que las sociedades evolucionan y surgen nuevas necesidades que requieren una tutela jurídica apropiada dada su importancia y su relación respecto a la dignidad humana. Desde tiempos inmemoriales, surgieron derechos como la vida, libertad, igualdad, sufragio, protesta, integridad, propiedad, debido proceso o inviolabilidad del domicilio que se presentaron como un gran éxito para su tiempo. Posteriormente, se crearon otros derechos como la seguridad social, salario justo, trabajo, libertad sindical e inamovilidad laboral con una intención similar, luego de grandes luchas sociales o revoluciones.

Así también, han surgido los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la paz, los derechos del ambiente producto de grandes acontecimientos que significaron un punto de inflexión en las sociedades. Ahora bien, en lo concerniente a los tiempos actuales con nuevas tecnologías y las llamadas sociedades de la información y el conocimiento se presentan nuevas necesidades ante acontecimientos que han manifestado su necesidad. Es así como se hace necesario proteger bienes jurídicos como los datos personales, lo que demuestra la adaptación de los derechos a los tiempos actuales.

En ese orden, los derechos a la privacidad y protección de los datos personales guardan gran relación, pero son diferentes. Por parte del derecho a la privacidad, se entiende que es un derecho de primera generación, netamente liberal derivado del ordenamiento jurídico anglosajón como varias de las instituciones liberales. Se puede encontrar un uso indistinto entre privacidad e intimidad en los sistemas jurídicos comparados inclusive, lo cual es de digna mención.

En lo que concierne al derecho a la protección de datos personales, significa un derecho de la personalidad autónomo que exige una restricción a la libertad empresarial y a la actividad del propio Estado, es decir, su control o limitación con el fin de que se produzca una actividad justa y lítica que no trasgreda la privacidad de la persona. De manera que, se encuentra una gran relación entre los derechos de la privacidad y la protección de los datos personales.

El ordenamiento jurídico de Costa Rica reconoce en su artículo 24 el derecho a la intimidad, implicando que existe un instrumento formal a partir del cual se puede ofrecer tutela jurídica al bien jurídico de la privacidad de la sociedad de Costa Rica. Así también, en el artículo 46 reconoce la prestación de servicios bajo determinadas condiciones, lo cual, también encuentra un soporte que sirve con ese mismo fin.

La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, a través de la ley N° 8968, creó la ley sobre “Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales”. Se trata de una ley que específicamente se refiere a los datos personales y su protección en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cual es sumamente pertinente para el objeto de la presente investigación.

Comprende un conjunto variado de artículos que ofrece algunas luces sobre cómo proteger los datos personales y tiene el objeto de garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su “derecho a la autodeterminación informativa” en relación con su vida o actividad privada.

El derecho a la autodeterminación informativa es la forma en que equivaldría a los derechos a la privacidad y protección de los datos personales. También se reconocen los derechos de acceso a la información, rectificación y el olvido, que es muy relevante.

La ley especial, comprende un órgano administrativo interesante que cuenta con competencias que permiten controlar y asegurar la protección de los datos personales, tal órgano se denomina como “Agencia de Protección de Datos de los habitantes” y puede imponer sanciones de índole pecuniario a través de procedimientos administrativos en la materia.

Se contempla el “Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales” que busca desarrollar los postulados del marco legal. Se especifican nuevos conceptos y contenidos programáticos importantes para la defensa de los datos personales, reconociendo el derecho al olvido que fue obviado por la ley. Se complementa lo relacionado al procedimiento administrativo ante la Agencia de Protección de Datos de los habitantes, en que se establecen aspectos como lo concerniente a la notificación y un tratamiento más adecuado sobre las sanciones que pueden establecer el órgano administrativo.

Así también, se contempla una gran actividad judicial de defensa de la autodeterminación informativa por parte de la Sala Constitucional, quien, con anterioridad a la vigencia de la ley, ya empleaba su concepto, su delimitación y fundamentos, en diversas decisiones judiciales que son de gran utilidad para comprender el compromiso de Costa Rica con la privacidad y la protección de los datos personales.

Existe una preocupación por mejorar lo ya realizado en el ordenamiento jurídico a través de un proyecto de rango legal que, busca llenar ciertos vacíos programáticos en el marco normativo vigente. Situación que es bastante respetable y muestra una voluntad por avanzar en la defensa de la dignidad humana.

Conforme con el objetivo general de la investigación, el ordenamiento jurídico de Costa Rica establece la protección de los derechos a la privacidad y la protección de los

datos personales, bajo el derecho de la “autodeterminación informativa”. Se cuenta con un valioso instrumento para proteger bienes jurídicos como los datos personales y la privacidad ante los avances de las nuevas tecnologías y su uso desenfrenado por parte de la sociedad, las empresas privadas y los gobiernos.

Recomendaciones

Los derechos humanos son la línea delgada que delimita la irreverencia, el caos y la muerte, de la dignidad, el respeto y la paz para los ciudadanos, después de meses de investigación sobre los derechos humanos, la seguridad y la protección de datos, y el derecho digital costarricense, se logra determinar la fuerte ausencia de interés sobre estos temas a nivel nacional y principalmente en el gremio de los abogados y abogadas de Costa Rica.

Siendo los derechos humanos los pilares y el marco delimitante de la legislación de las organizaciones que obedecen lo estipulado en la Declaración Internacional De Los Derechos Humanos y la tecnología nuestra nueva forma de vida y elemento más importante en la cuarta revolución industrial, no es concordante que los mayores representantes de la ley y los derechos se encuentren aislados del tema, tanto de su crecimiento como de sus limitaciones.

Se debe recordar que cuando grandes organizaciones con excelentes profesionales se unen con un solo propósito, logran ejecutar los mayores y mejores cambios para la humanidad, pero esto no puede llegar a concretarse si no contamos con profesionales que se especialicen en estas áreas, que desde su preparación como profesionales les sea inculcado el interés de navegar tan profundo en los conceptos esenciales y avanzados, para que así puedan emanar nueva doctrina y con ella nueva legislación, no solo para ser líderes en el tema, si no para poder realmente impulsar una evolución en tiempo real de

los derechos humano y la legislación digital e informática conforme a la sociedad tanto nacional como internacionalmente.

Por esto, se recomienda a las Universidades, tanto privadas como públicas, al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, a todos los Instituto o Centro Educativos con especialización legal y esencialmente a los educadores y las educadores del gremio, crear nuevos cursos que se especialicen en las nuevas áreas digitales e informáticas en las que se encuentra vinculado de forma conexa el derecho y de los derechos humanos, involucrar la investigación sobre estos temas en los cursos existentes y fomentar la especialización de nuevos profesionales. Logrando así mayor conocimiento e interés en estas áreas, que hoy representan una debilidad para nuestro gremio. El poder de la educación es ilimitado y es la ventaja que tenemos como país con prioridades enfocadas hacia este punto.

Bibliografía

Referencias bibliográficas

Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados. “¿Qué es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?”. Disponible en: <https://eacnur.org/blog/pacto-internacional-derechos-civiles-politicos/>

Alponte, J. “La petición de derechos del año 1628. La batalla jurídica por las libertades hasta el régimen parlamentario”. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4518/16.pdf>

Andara Suárez, L. (2020). *Fundamentos de Derechos Humanos*. Universidad de Los Andes, Mérida. Disponible en <http://www.saber.ula.edu.ve/handle/123456789/47375>

Araujo Carranza, E. (2009). El derecho a la información y la protección de datos personales en el contexto general y su construcción teórica y jurídica IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 23.

Arellano Toledo, W. y Ochoa Villicaña, A. M. (2013). “Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información y en el entorno TIC”, *Rev. IUS*, vol.7, n° 31. Disponible <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v7n31/v7n31a10.pdf?dL Df=false>

Asamblea General de las Naciones Unidas. A/HRC/RES/42/15. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/42/15>

Bianchi, A. (2009). Historia de la Formación Constitucional del Reino Unido, Buenos Aires, Cathedra Jurídica.

Brewer-Carías, A. (2011). "Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX". En ARS BONI ET AEQUI, Año 7, N° 2.

Carrouche, D. J. (2016). Los ciber derechos: los derechos humanos en la era digital. Universidad Católica Argentina. Facultad "Teresa de Ávila". Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ciber-derechos-era-digital.pdf>

Chen, S. (2010). "Privacidad y protección de datos: un análisis de legislación comparada". *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, Vol. 11 N° 1.

Cicerón, M. (1984). Sobre la República. Editorial Gredos: Madrid.

Comisión Económica para América Latina CEPAL. (2020). Gestión de datos de investigación. Disponible en: <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=495473&p=4398114>

Comisión europea. ¿Qué son los datos personales? Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_es

Comunidad Autónoma de Aragón. (2007). “El Estatuto de Autonomía de 2007”. Guía didáctica. Recuperado de: <http://www.estatutodearagon.es/sites/default/files/2.-estatuto-2007.pdf>

Estrada, J. El derecho a la intimidad y su necesaria inclusión como garantía individual. México. Orden jurídico.

García, D. (2009). “El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet”. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, 183 - 200.

García-Pelayo, M. (1999). Derecho Constitucional Comparado. Alianza Editorial, Madrid.

Gascón, J. (1999). Los fundamentos del constitucionalismo aragonés. Una aproximación. Revista Manuscripts Núm. 17, pp. 253-275.

González, A. (2015). Privacidad en internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva. Tesis doctoral, Universidad Castilla-La Mancha.

Gros, H. (1986). “La declaración americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”. Instituto americano de derechos humanos, Número Especial.

Hernández Sampieri Roberto, Fernández-Collado Carlos y Baptista Lucio Pilar. (2006). Metodología de la investigación (4ª ed.). México: Mc. Graw Hill/Interamericana Editores.

Hernández Valle, Rubén. (2008). “Delimitación de los derechos a la intimidad y de información en la doctrina y jurisprudencia costarricense”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 6, N° 1. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060105>

Herrán, A. (2003). “El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, N° 26.

Ignacio. J. (2020). “Derechos económicos, sociales y culturales: la hoja de ruta hacia una vida digna”. *Amnistía Internacional España*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/derechos-economicos-sociales-y-culturales-la-hoja-de-ruta-hacia-una-vida-digna/>

Martínez Altamirano, E. (2000). Revista ABZ. Número 126. México.

Méjan, L. (1996). El Derecho a la Intimidad y la Informática. Editorial Porrúa, México.

Nogueira, A. (2018). Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

Organización de las Naciones Unidas. “Declaración Universal de Derechos Humanos”, Historia de la Declaración. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>

Paolantonio, M. (1987). Antecedentes y evolución del constitucionalismo: constitucionalismo liberal y constitucionalismo social. Revista Lecciones y Ensayos, Universidad de Buenos Aires, No. 47, p. 195-216. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/47/antecedentes-y-evolucion-del-constitucionalismo-constitucionalismo-liberal-y-constitucionalismo-social.pdf>

Parra Greco, R. (2003). “Protección jurídica de la base de datos”, *Saberes: Revista de Estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 1, Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid.

Peña, A. (2021). “Sobre el ‘preconstitucionalismo’: examinando los orígenes remotos del constitucionalismo”. Disponible en: <https://www.academia.edu/s/9ed8e609ce?source=link>

Pochet, C. (2005). *Historia del derecho constitucional costarricense*. Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica.

Real Academia Española (2020). Diccionario de la Real Academia Española, Actualización 2020. Disponible en: www.rae.es

Robles, A. (2021). “El derecho a la privacidad y la protección de datos personales transfronterizos”. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 1.

Rodríguez, S. (2016). “Los derechos de intimidad, y protección de datos personales. Estudio comparado en los sistemas jurídicos mexicano, español, costarricense y análisis de las principales debilidades de la agencia de protección de datos costarricense”. Tesis para optar por el título académico de licenciado en derecho, Universidad de Costa Rica.

Salvioli, F. (1994). La Protección de los derechos Humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades. *Relaciones Internacionales*, 2(4). Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1994>

Secretario General de las Naciones Unidas. “Ensuring the protection of human rights”. Disponible en: https://www.un.org/techenvoy/sites/www.un.org.techenvoy/files/general/Digital_Human_Rights_Summary_PDF.pdf

Serrano Castellanos, M. (1995). “Protección jurídica de la base de datos”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 8.

Suárez, N. (2007). *La investigación documental paso a paso*. Mérida: Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes.

Vilasau Solana, M., y Vila Muntal, M. A. (2010). “Intimidad y datos personales en internet”, Peguera Poch, M., (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi, Navarra.