

La fase de conclusión del procesamiento de datos.

En esta fase el hábeas data permite al ciudadano la posibilidad de verificar la forma en que el soporte lógico (software) ha verificado la función que se había definido a priori por el programador. Se trata en definitiva de evaluar si la "salida" de datos del ordenador es acorde con la definición prevista en el programa y en los esquemas de diseño presentados a la Comisión contralora.

Luego de ejercida esta función verificadora, el ciudadano podría exigir acceso a la base de datos para corregir, ampliar o prohibir datos incluidos.

La fase de transmisión de la información.

La puesta en circulación de los datos podría significar uno de los mayores peligros que enfrenta la esfera de intimidad del ciudadano.

Los desarrollos tecnológicos actuales permiten una rápida importación y exportación de datos de un lugar a otro, ya sea por medio de terminales interconectadas en una red o por medio de la conexión vía telefónica entre sistemas de cómputo, fax, télex, etc.

Este movimiento de datos puede hacer de la libertad informática, esto es del ejercicio del hábeas data, un verdadero demostrativo de una facultad de control por parte del ciudadano.

Se parte de la premisa que los centros de cómputo han aceptado la condición de que habrá solamente uso interno y confidencial de los datos personales almacenados. Esta premisa a su vez opera ante la hipótesis de la existencia de una normativa reguladora como la que describiéramos líneas más arriba. Como habíamos dicho, en estas materias informáticas, la prevención es un estadio importante a tener en cuenta en la política legislativa encaminada a regular el uso y manejo de los datos.

Dentro de la idea expresada anteriormente, del fraude a la ley por medios informáticos, la telemática podría convertirse en otra hipótesis de fraude, cuando se piensa en la posibilidad de que una base de datos exporte los mismos por vía telefónica a otra base ubicada en el mismo país o en el extranjero y se realicen interconexiones y comparaciones de datos que configuren por sí mismas un panorama del individuo más completo y complejo que el diseño de banco que había sido propuesto para su aprobación a la Comisión encargada.

En Suecia fue precisamente el hecho de exportación de datos por vía telemática el que llevó al legislador a preocuparse por crear normativa atinente. Sin embargo, el legislador sueco se encontró con que en algunos casos la mera prohibición de la exportación era imposible y que debían concederse

algunas limitaciones al flujo de datos, sobre todo en cuanto al impacto de la diseminación de los mismos y que no haya intromisiones en la esfera de intimidad de nadie.

El control que pueden ejercer los países altamente desarrollados y con monopolio de la información sobre los países que no tienen regulada la libertad informática en su Derecho interno puede ser enorme. No solo se podrían pensar ejemplos de espionaje electrónico de los ciudadanos importantes (políticos, diplomáticos, grupos de presión, etc.) sino también establecer las pautas de desarrollo (en todos los sentidos) para dichos países. Esto implica serios peligros para la soberanía del país y para la privacidad de los ciudadanos.

Los países que no establecen la libertad informática tal y como la hemos delimitado en esta sección se encuentran en desigualdad de condiciones con países que sí la regulan en los supuestos de exportación e importación de datos. Por ejemplo, la manipulación y ocultamiento de los datos automatizados puede realizarse y justificarse enviando dichos datos a un país sin legislación sobre estos temas, y disponer de ella (en el país sin legislación informática) dentro del contexto de la libertad de información, prevista en casi todas las Constituciones Políticas de corte liberal.

Es por las razones arriba mencionadas que tanto la OCDE como el Consejo de Europa han estado interesados en que los países firmen acuerdos para adaptar las legislaciones a estas líneas generales para evitar que el flujo de datos transfronteros signifique un factor más de dominación para los países en desarrollo y un peligro, por supuesto, para los ciudadanos de los países donde la libertad informática encuentra protección efectiva.

H. La libertad informática en Costa Rica.

La protección jurídica de la esfera de intimidad ante los retos de la tecnología informática. (El caso de Costa Rica):

El desarrollo de la informática en América Latina guarda relación con la historia económica de la región, altamente dependiente, y adaptada a los vaivenes económicos y políticos de los países centrales.

No es un secreto que la invasión tecnológica se realiza en América Latina con un carácter extremadamente dependiente tanto en los equipos como en los soportes lógicos utilizados, y es en ese carácter que se ha establecido una "política de desarrollo" regentada por las casas comerciales y sus oficinas en los distintos países.

Si se realizara una estimación global en América Latina sobre la existencia de computadores y aplicación de software, se podría determinar que existe en la región un dos por ciento del parque computacional instalado del mundo, y en cuanto a aplicaciones software podríamos decir que existe el mismo porcentaje.⁴⁶ Si ponemos este porcentaje desde la perspectiva del número per cápita de ordenadores, nos daríamos cuenta, con facilidad, de una verdad de Perogrullo: el número de computadores per cápita en América Latina es mucho menor que en los Estados Unidos, Japón o Europa.

El planeamiento de la política informática en América Latina, si es que puede llamarse así a las actitudes gubernamentales en esta materia, con la excepción de Argentina y México, carece de un enfoque global. Los desarrollos informáticos (incluyendo aplicaciones de software) están dirigidos a hacer programas "custom" (a la medida del cliente) en materia contable y administrativa.

Los centros de cómputo en el área se hacen centralizados y utilizando enormes equipos de cómputo, dando escasa importancia a los sistemas de microcomputadores unidos en red y en donde la capacitación de los funcionarios de dichos centros no se entiende como un requisito indispensable para el mantenimiento de los servicios.

El llamado "boom" de los ordenadores no ha dejado de sentirse en la región y se estima que el mercado latinoamericano (desde el punto de vista de las importaciones) se calcula en mil millones de dólares anuales.

La informática en América Latina, así las cosas, irrumpe no solo en las oficinas públicas sino también en la empresa privada, la escuela y el hogar. Los gobiernos del área han visualizado al ordenador como elemento indispensable para el progreso pero poco se ha hecho para establecer los límites dentro de los cuales dicho progreso ha de desarrollarse.

En la década que recién termina, y a pesar que el panorama latinoamericano se repite en nuestro país, se ha observado un importante desarrollo de bases de datos. Hoy en día se cuenta con bancos de datos de carácter registral (bienes muebles e inmuebles); de antecedentes penales y detenciones por sospecha (al servicio de la policía judicial y administrativa); de carácter crediticio (bancos, instituciones

de ahorro e inversión, tarjetas de crédito); de carácter jurídico (legislación, doctrina y jurisprudencia en variadas ramas jurídicas), pensiones alimenticias, reservación y venta de boletos aéreos; de orden estadístico (estadística y censos); en materia de Registro Civil (se ha iniciado un proyecto en este sentido), indicadores sociales (Ministerio de Planificación Nacional). En fin, son muchos los campos en que la informática ha llegado a la puerta de los ciudadanos para anunciar su futuro lleno de promesas y advertencias.

La misma creación de la Comisión Nacional de Política Informática, dentro del Ministerio de Ciencia y Tecnología, demuestra el interés del Estado costarricense por dar respuesta a los diversos retos que plantea la sociedad tecnológica.

La secretaría ejecutiva de la mencionada Comisión Nacional, dentro de una serie de artículos publicados en los periódicos de circulación nacional para alentar el apoyo al Proyecto de Ley N° 10798, se refería así sobre la informática:

"...la informática ofrece su potencialidad en dos áreas clave para cualquier organización: i) Su potencialidad para transformar cualitativamente los procesos productivos, elevando la productividad y la flexibilidad a través de sistemas de automatización avanzada, y ii) Su capacidad de aumentar la racionalidad en la toma de ambiente más dinámico y más complejo, a través de la obtención de información precisa, resumida y oportuna, proveniente de fuentes de datos distribuidas y conectadas por redes de telecomunicaciones." (El subrayado es nuestro).⁴⁷

Hemos de entender, entonces, que el Estado costarricense ya vislumbra lo que es una realidad evidente en la cotidianidad de los costarricenses. El interés de este proyecto de ley, no radica en el hecho de que eleva a la informática al rango de herramienta "per se" de desarrollo para el país, enfocando sus efectos en organizaciones públicas y privadas. Sino que para nosotros el interés se muestra en la crónica del advenimiento de las bases de datos (fuentes de datos) produciendo "información precisa, resumida y oportuna".

Ya hemos advertido que no es nuestro interés atacar la herramienta informática con el exacerbado

46. CORREA, Carlos María, *Política informática en América Latina*, en: *Seminario sobre Política y Derecho Informático*, op. cit., pp. 2-6.

47. CHAVES MONGE, Luis, *Informática, desarrollo y proyecto de ley*, en: *Foro de La Nación, La Nación*, domingo 24 de setiembre de 1989, p. 18 A.

terror del que sólo ve peligros y daños. Es nuestro deseo dar a las indudables ventajas del ordenador (y a sus potencialidades para elevar la productividad y la flexibilidad) un marco de referencia para que produzca dichos beneficios resguardando a los ciudadanos en sus derechos fundamentales.

Al analizar las disposiciones normativas contenidas en el Ordenamiento jurídico costarricense notamos, en primera instancia, que la protección a la esfera de la intimidad del ciudadano, y por supuesto, al derecho de información se encuentra circunscrito a una coyuntura donde la informática no había adquirido aún siquiera su nombre.

Protección constitucional de la esfera de intimidad.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en su articulado presenta un esquema de principios reguladores que establecen un marco general dentro del cual podría circunscribirse el concepto de intimidad que nace unido a la idea liberal de la propiedad privada. Dicho concepto, como explicáramos más atrás, requiere una redefinición que parta de los modernos retos planteados por la sociedad tecnológica al ciudadano.

Habíamos dicho anteriormente que la creación y manejo de bancos de datos personales y de cualquier otro tipo, dadas las circunstancias actuales y los avances tecnológicos, resulta no solo un negocio muy caro sino que también vedado a la mayoría de las personas por la pericia técnica y los conocimientos que son necesarios para llevarlos a adelante.

El uso de bancos de datos y las posibilidades que existen actualmente para interconectar sistemas y obtener datos a velocidades infinitesimales, plantean para el ciudadano, habíamos dicho, la posibilidad de que su calidad de persona adquiera rasgos de identidad electrónica, la cual, a través del número único para todos los ciudadanos constituido por el número de cédula de identidad, permita un control social formal sumamente estrecho de todos y cada uno de los ciudadanos costarricenses.

El artículo 46 de la Constitución Política prohíbe los monopolios de carácter particular, aunque el primer párrafo de este artículo restringe el área de peligros a la libertad al comercio, la agricultura y la industria. El segundo párrafo se refiere a que la acción del Estado en contra de las tendencias monopolizadoras es considerada de interés público.

La redacción del artículo 46, si nos atenemos a una interpretación teleológica coherente con el espíritu que inspira a esta carta, deberíamos concluir que, en esencia, cualquier monopolio que limite libertades (no solo las de comercio, agricultura e indus-

tria) sería prohibido por la Constitución. Para esta interpretación deberían tomarse como elementos de análisis los siguientes artículos: 29 (establece la libertad de comunicar los pensamientos sin previa censura), artículo 33 (todo hombre es igual ante la Ley, no podrá discriminarse a nadie por razón alguna) y los artículos 50 (el Estado procurará el mayor bienestar de todos los habitantes) y 89 (el Estado protegerá el progreso científico).

Si entendemos que el manejo abusivo y arbitrario de bancos de datos personales podría significar, a la postre, una forma de introducir medios de afectar la dignidad de las personas al producirse sucesos en donde los ciudadanos se vean limitados a la hora de actuar en la vida de relación (imposibilidad de solicitar créditos, obtener trabajo y ayuda médica, entre otras cosas) y de producir en la realidad medios de control formal e informal sobre acciones privadas que no afectan la moral o el orden público y que no significan un daño a tercero (artículo 28, segundo párrafo), estaríamos en presencia de un grave peligro para la protección de los derechos y garantías individuales previstos en nuestra Constitución Política.

El propiciar un desarrollo ilimitado de los bancos de datos en nuestro país establece una desigualdad entre los ciudadanos ya que no todos podrán montar este tipo de negocios por la inversión monetaria y técnica que significa. Esto lleva al Estado costarricense a crear regulaciones para la creación y funcionamiento de dichos bancos, de manera que la desigualdad se resuelva en un equilibrio. También es cierto que los ciudadanos costarricenses no podrán dedicarse a la explotación de centros de energía nuclear, por las mismas razones antes apuntadas, y también a algunas otras actividades que impliquen los mismos requisitos de inversión financiera y técnica, pero por las mismas razones el Estado debe velar porque el equilibrio funcional de la sociedad se establezca de manera que los monopolios económicos no minen el sistema social.

Esta interpretación constitucional nos podría llevar a sugerir la necesidad de crear leyes que establezcan un contexto normativo que se constituya en garantía de prevención (prevención a los ejercicios atentatorios de la intimidad de los ciudadanos). Esto en la forma y manera que ya hemos visto se ha intentado hacer en Portugal, Alemania y Suecia.

El artículo 30 de la Carta de 1949 establece el libre acceso de los ciudadanos a los departamentos administrativos para obtener información sobre asuntos de interés público (queda a salvo el secreto de Estado). Este libre acceso a las oficinas públicas

para la obtención de información es la solución a una simple ecuación constitucional: el constituyente de 1949 estableció la libertad de información como proyección de un derecho colectivo. Dicho derecho colectivo presupone la existencia de un ciudadano que puede expresar su pensamiento sin censura previa (salvo los casos de abuso de derecho). Es necesario observar que para que el derecho a expresar pensamientos esté adecuadamente visualizado es necesario incluir una etapa previa: el derecho a obtener información. Es difícil expresar ideas y pensamientos, sin observar una etapa previa de información y análisis, proceso que no siempre se sigue pero que la lógica constitucional no puede dejar de lado. La libertad-derecho de informarse, postulan algunos autores, no requiere expresa declaración constitucional o legislativa, ya que la encuentran implícita en la garantía-derecho de expresión, analizada desde una perspectiva de derecho activo, entonces la libertad de expresar pensamiento implica la libertad de tomar información.⁴⁸

Habíamos señalado en secciones anteriores que a tal punto se ha llegado a constatar la necesidad de protección de este derecho a la información y su importancia para el desarrollo del hombre y de los pueblos, que actualmente se define el derecho a la información como un verdadero derecho social, ya que este interesa y compromete a la sociedad toda y no solo al hombre considerado individualmente: así la difusión de la información se convierte en un servicio fundamental para la sociedad asumiendo el carácter de un verdadero servicio público, con las exigencias de interés general que ello comporta.

Así las cosas, el derecho que establece el artículo 30, en unión a las garantías y libertades ofrecidas por los artículos 28 y 29, nos permiten plantear no solo la libertad de información necesaria para afirmar la democracia participativa, sino también la posibilidad de encontrar asidero constitucional para proteger el derecho a la intimidad de sus potenciales enemigos. En general, podemos concluir que el hábeas mentem (al menos) y el hábeas data (como

posibilidad) están presentes en el esquema de libertades propuesto por el constituyente de 1949.

Una interpretación amplia y progresiva del artículo 27 (libertad de petición) y del artículo 41, podría darnos asidero al hábeas data en materia de protección de la esfera de intimidad en el caso de datos almacenados por bancos de datos públicos.

La protección a la persona, a la propiedad y a los "intereses morales", que señala el artículo 41; a pesar de estar sujeta a la existencia de una ley, permite, ante la existencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley N° 7135, publicada en el Alcance N° 34 a La Gaceta N° 198, del jueves 19 de octubre de 1989), protección pronta y cumplida de la esfera de intimidad. Ya veremos más adelante las posibilidades de acción que la mencionada Ley N° 7135 permite al ciudadano costarricense en la hipótesis de aplicar el recurso de amparo como sucedáneo ante la inexistencia de la libertad informática como disposición explícita y clara (artículo 35 de la Constitución portuguesa).

El artículo 23 constitucional (protección del domicilio y de recintos privados), junto con el artículo 24 (protección de los documentos privados y comunicaciones escritas y orales) y el ya comentado artículo 28, forman el bosquejo de garantías constitucionales donde se asienta constitucionalmente el derecho a la intimidad, a la esfera privada de desarrollo.

Este esquema constitucional, sin embargo, encuentra limitaciones mucho más complejas que las del mismo artículo 18-4 de la Constitución española, limitaciones que van mucho más allá de la omisión que se alega por la doctrina de ese país.⁴⁹

El artículo 23 de nuestra Constitución ha tenido que ser interpretado en el sentido de que no vela simplemente por el derecho a la propiedad (antiguo asidero de la vida privada) sino que el bien jurídico que de él deriva es el que describe el derecho del morador de no ser afectado por la intrusión de extraños.⁵⁰

48. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 104.

49. Comparando el caso español con el costarricense, debemos decir que a pesar de la redacción del artículo 18-4 de la Constitución española, la carencia manifiesta de dicho artículo obliga a replantear el problema de la libertad informática en España, la cual, a pesar de todo puede ser ejercida si se cuenta con una interpretación progresiva y atenta de los principios democráticos que informan el texto. En Costa Rica, el esfuerzo interpretativo es mucho más arduo para extraer protección a la esfera de intimidad invadida por medios informáticos.

50. Sala de Casación, 9440 de 19 de diciembre de 1945, causa seguida contra M.C.C. por el delito de violación de domicilio en perjuicio de H.S.R.

Esta interpretación amplía la cobertura del artículo 23 y prepara la interpretación jurisprudencial para acoger una protección de la intimidad mucho más amplia, que llevaría a cubrir afectaciones mucho más sutiles de aquélla.

Hoy en día no hace falta forzar las puertas de un domicilio, o maniatar a sus ocupantes para afectar su vida privada. De esta manera la vieja protección contra el allanamiento de morada viene a quedar como uno de los supuestos, pero no el único, de posible violación a lo previsto por el artículo 23.

El artículo 24, en cuanto protección de los documentos privados y las comunicaciones escritas y orales, no sólo resguarda las posibles violaciones de la intimidad por parte de otros ciudadanos sino también por el mismo Estado. La redacción del artículo permite incluir, aunque no exhaustivamente, los muchos medios en que los documentos y las comunicaciones pueden ser interferidos por aquellos interesados en la intimidad y vida privada de otros, quedando a salvo los supuestos de interés judicial.

Finalmente el artículo 28 constitucional, como lo adelantáramos líneas atrás, permite plantear una libertad del ciudadano de carácter activo, en donde, la esfera de intimidad que no vaya en contra de la moral, el orden público o que no perjudique a tercero estará fuera de las prohibiciones legislativas.

Así planteado este artículo se constituye no sólo en un límite constitucional al Derecho Penal (en conjunción con el principio de legalidad del artículo 39) sino también en una carta de principios, abierta, para la protección del ciudadano para que realice sus objetivos individuales sin temer la acción irracional del Estado.

Se trata en definitiva de una garantía (en sentido estricto) de libertad de acción y una garantía de racionalidad⁵¹ (en sentido amplio) en cuanto límite para la creación de normas y para la producción de daños en contra de la esfera de intimidad.

Ahora bien, este marco de derechos no quedan desprotegidos en la esfera constitucional. El artículo 41, escogiendo una formulación amplia, garantiza reparación para los daños e injurias ocasionados a la persona, a la propiedad y a los "intereses morales".

Si bien se establece la necesaria circunstancia de que exista ley, y que la protección se apegue estrictamente a ella, también obliga a que la protección de los derechos individuales, y entre ellos el de privacidad, sea pronta y cumplida y sin denegación de justicia.

Veremos adelante, que el requisito que establece el artículo 41 para la protección del derecho a la intimidad existe en nuestro Ordenamiento jurídico, y por ello se constituye en fundamento importantísimo para establecer la libertad informática en nuestro país, al menos hasta que podamos contar con una reforma constitucional y legislativa sustancial.

En síntesis, queremos decir que en Costa Rica, la Constitución de 1949 ofrece los elementos necesarios para crear una estructura de jurisprudencia constitucional que tutele los intereses del ciudadano en una sociedad tecnológica. Esta jurisprudencia es una "necesidad radical" a pesar del papel relativamente novedoso que ejercen los medios informáticos en nuestro medio. Como ya lo hemos expuesto secciones atrás, en nuestro país se manifiestan los síntomas iniciales del surgimiento del poder electrónico del control de la información que puede encontrarnos a nosotros, los ciudadanos, con las manos atadas desde el punto de vista constitucional y de interpretación de los textos.

El derecho a la intimidad en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

El jurista que se enfrente ante la solicitud de interpretación del sistema jurídico para hallar protección a la libertad informática en Costa Rica, debería tener en cuenta las estipulaciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948) la cual en su artículo IV establece que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio." Y el artículo V: "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."

51. El Estado no podrá crear normas que prohíban lo que otras permiten, y viceversa, no podrá crear permisiones donde otras normas prohíben acciones o conductas. Es en este sentido que hablamos de racionalidad en la creación del Derecho. Por supuesto, este extremo tiene mucha más importancia en la interpretación de la norma penal en la búsqueda conglobante de la tipicidad penal. En todo caso, y hablando en este sentido general, el ciudadano encuentra en este artículo 28 la posibilidad de afianzar su esfera de privacidad (privacy) en contra de cualquiera que pretende restringirla de cualquier manera, sea por vía de política general del Estado, o por vía de acción privada de intrusión.

Este antecedente declarativo nos permite afirmar como ya se percibía en 1948 como fundamental la protección estatal a la investigación y a la correlativa libertad de informar y de informarse, sumado a un contexto general de protección del ciudadano en su honor e intimidad.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, también conocida como Pacto de San José, encontramos un marco mucho más amplio de derechos y libertades. Dichos elementos contribuyen a facilitar la protección judicial (interpretativa) de la libertad informática en Costa Rica, tomando en cuenta que dicho documento ha sido debidamente ratificado y aprobado (mediante Ley Nº 4534 del 23 de febrero de 1970 y que entró en vigencia en 1978) por nuestro país y tiene por ello valor superior a las leyes (artículo 7 constitucional).

La estructura general de dicha Convención ofrece en primer lugar el artículo 5-1, en donde se establece que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Posteriormente viene el artículo 11 (protección de la honra y de la dignidad) que establece en su inciso 2) que: "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 y reputación". Y todavía más, el inciso 3) de este mismo artículo reza: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Inicialmente la Convención acuerda una declaración de libertades y derechos que permiten al intérprete acoger, en principio, que la esfera de intimidad (por supuesto) está recogida dentro de la enunciación de derechos del hombre. Enunciación que no parte del mero carácter liberal (acogido al concepto de propiedad decimonónica) sino más bien de cara al futuro y a los peligros que enfrenta el hombre ante un progreso desenfrenado.

Podríamos decir que la identidad electrónica de un ciudadano, en tanto definible a partir de los distintos ficheros automatizados que se pueden encontrar de una persona, afecta el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral del ciudadano, porque si bien no se le está "matando" o "hiriendo" en el sentido físico o natural de los términos, se le puede neutralizar y negar dicha integridad

a partir de las posibilidades de control por medio electrónico que ofrece el ordenador.

El artículo 11-2 es mucho más explícito, exigiendo la actuación de la ley en contra de los ataques e injerencias "arbitrarias y abusivas" que reciba el hombre en su vida privada, familia y domicilio. Campos estos últimos que ya hemos estudiado cómo pueden afectarse a través del uso de bancos de datos personales. Así las cosas, el dato personal consignado en un ordenador (público o privado) que afecte esa "vida privada" debe ser revisado, obtenido para su rectificación o supresión (libertad informática). Aquí entraría en aplicación el artículo 14 sobre el derecho de rectificación y respuesta, que si bien está diseñado para las comunicaciones periodísticas, su redacción permite una interpretación amplia.

Evidentemente el artículo 14 propone una actuación mucho más amplia de su cobertura de protección cuando dice: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar... su rectificación o respuesta..."⁵²

El artículo 13 establece la libertad de pensamiento y de expresión, que ya hemos dicho presupone la libertad-derecho a informarse por parte del ciudadano. Este artículo utiliza la siguiente redacción: "Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ..."

El derecho a informarse, figura así, en forma implícita, como una arista adicional para la composición de la libertad informática construida a partir de un texto de derechos humanos.

Sabemos que la construcción de la protección del hábeas data a partir de los textos de derechos humanos resulta demasiado general y que suele ser omisa por el carácter altamente técnico y sutil en que opera el poder informático. No obstante, no podemos renunciar a proponer una interpretación amplia y acorde a la dignidad humana de la Convención entratándose de violaciones de la esfera de intimidad de los ciudadanos, el valor en juego es demasiado importante.

Mientras no exista un artículo constitucional preciso y una ley que reglamente las áreas de acción de la libertad informática deberemos atenernos al buen

52. DELPIAZZO, Carlos, *op. cit.*, p. 85.

juicio y a los talentos interpretativos de nuestros juristas para resguardar el último valladar que le queda al hombre para ofrecer resistencia a los tentáculos destructivos del control formal "personalizado" en el ordenador y su ingente capacidad de memoria.

¿Es el recurso de amparo un sucedáneo del hábeas data?

Evidentemente la respuesta es negativa ante los obstáculos que ofrece el recurso de amparo para proteger los derechos de los individuos en áreas tan sofisticadas y sutiles, que requieren gran cantidad de valoraciones de tipo técnico y científico.

Sin embargo, es mejor utilizar el recurso de amparo ante el surgimiento de este tipo de daños a la intimidad de los sujetos, ya que esperar una reforma constitucional y legislativa para validar estos derechos y garantías significaría un costosísimo riesgo que el país no puede afrontar por los perjuicios que podría significar para el Estado de Derecho.

La actual Ley de Jurisdicción Constitucional, en su artículo primero, nos da suficiente asidero para instrumentar una protección efectiva de la libertad informática en Costa Rica:

"Artículo 1.—La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."

El esfuerzo interpretativo que ensayáramos en la sección anterior nos permite afirmar, sin temor a

dudas, que una interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la Constitución Política de 1949, nos permitiría encontrar suficiente asidero para dibujar, en casi todas sus aristas, la libertad informática. El artículo primero que acabamos de citar simplemente nos daría la posibilidad de introducir la acción de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectiva la protección de esta garantía fundamental.

De la misma manera el artículo segundo, inciso a), reafirma esta idea de la siguiente manera:

"Artículo 2.—Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

- a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica..."

Sin duda este segundo artículo, junto con la interpretación a la que hacíamos referencia, nos lleva a la conclusión que el recurso de amparo tendría que funcionar, tanto en el ámbito privado como público, como una forma efectiva de hacer que el ciudadano tome una posición activa en el proceso actual de informatización de nuestra sociedad, en la magnitud y extremos que ya hemos delineado.

Las disposiciones concretas sobre el amparo en la nueva ley de la Jurisdicción Constitucional, de igual manera, permiten sustentar la tesis de que el mencionado recurso es una herramienta que puede ser utilizada en casi todos los supuestos en que el hábeas data debería funcionar. Para el ámbito de los órganos del Estado, el artículo 29 es de aplicación,⁵³ y si la violación o perjuicio procede de sujetos de derecho privado, el artículo 57 permitiría accionar contra ellos.⁵⁴

53. "Artículo 29.—El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.

Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneas interpretadas o indebidamente aplicadas."

54. Artículo 57.—El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta ley.

La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado.

No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

El derecho de rectificación y respuesta, artículo 66 de la Ley, permitiría hacer efectivas las pretensiones de modificar datos personales en registros informáticos en el sentido de que este derecho pretende tutelar a aquellos ciudadanos afectados por "...informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, ..." Así las cosas, y como la misma redacción del artículo lo hace ver, se copia el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Creemos que por esta vía, una de las manifestaciones del hábeas data podría funcionar dentro del instrumental del recurso de amparo.

El Código Civil y la libertad informática.

Nuestro Código Civil, ya centenario y heredero de la tradición jurídica napoleónica, se encuentra fuera de época en muchos aspectos de la vida de relación que plantea la moderna sociedad tecnológica.

El articulado de esta antigua codificación es representativo del antiguo concepto de intimidad fundado en el concepto liberal de propiedad.

Se le da especial importancia a la protección de las propiedades vecinas, colindantes y medianeras, de manera que las ventanas, muros, claraboyas, vistas no afecten la propiedad de otros (artículos 393, 406 y 407 del C.C.).⁵⁵ Así también proteger la propiedad de intromisiones de terceros y dar la posibilidad al propietario de cercar su terreno de la manera que le convenga (artículo 295 y 320 del C.C.).

El cuadro de derechos de la personalidad del individuo, tuvo un nuevo resurgir en la jurisprudencia y en la legislación patria con la reforma de 1973 (Ley Nº 5476 de 21 de diciembre que promulgó el Código de Familia). No obstante, la tradición jurídica más avanzada no fue consignada en esta reforma y es así como el derecho a la esfera de intimidad no fue introducido como derecho de la personalidad dentro del Código Civil.

Existen algunos artículos en el Código que contienen supuestos de hecho que pueden ser relacionados con el derecho a la vida íntima. El artículo 28 del C.C. establece la hipótesis en que a un enfermo terminal, que sea sostenido con vida por medios artificiales y con dolor para su persona, puede ser desconectado de los aparatos que le dan vida si ese es su deseo.

Finalmente, y aunque no es tema esencial de este trabajo, vale la pena revisar las posibilidades de exigir indemnización por daño moral en los supuestos de violación del derecho a la intimidad por medios informáticos y por cualquier otro medio,

Ya hemos visto como existe una norma con valor superior a las leyes (Pacto de San José) que prevé la existencia de extremos del derecho a la información y de la libertad informática que se incluyen dentro del Ordenamiento jurídico costarricense. El artículo 41 de la Constitución ordena justicia pronta y cumplida cuando se causen injurias y daños a los derechos de la persona, a los "intereses morales" o a la propiedad. En caso de que se produzcan podríamos exigir indemnización por daño moral en virtud del otro artículo 41, esta vez el del Código Civil.

El artículo 41 del C.C. establece el derecho a obtener resarcimiento por daño moral ocasionado cuando un derecho a la personalidad es violentado. Este artículo en conjunción con el artículo 1045 del C.C. (todo aquél que cause un daño a otro por culpa, negligencia, impericia, estará obligado a repararlo junto con los perjuicios ocasionados), permite establecer la existencia de norma aplicable en el caso de daño moral ocasionado a una persona cuya intimidad haya sido afectada por el uso de bancos de datos o de cualquier otra manera atentatoria.

Asimismo, debería dársele debido cumplimiento al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aun cuando sabemos que hay normas suficientes para la interpretación cuando se cause daño moral a una persona en estos casos, ya que dicho artículo establece que los jueces no pueden negarse a fallar alegando la no existencia de normas aplicables al caso concreto. En el supuesto de violación a la privacidad en la hipótesis concreta de una intromisión por medios informáticos, que ocasione daño moral, puede exigirse su pago alegando la existencia de ambos artículos 41 (el legislativo y el constitucional) y porque los derechos violados están consignados en normas con valor supralegal (artículo 7 de la Constitución Política).

En síntesis, no creemos que haya ningún obstáculo para encontrar reparación al daño material y moral ocasionado a la esfera de intimidad en las hipótesis que hemos venido planteando en este trabajo. Dicha reparación podría plantear en la sede constitucional o en la jurisdicción de los jueces pena-

55. Código Civil, de 26 de abril de 1886, Impresos Mil Copias S.A., primera edición, 1978.

les y civiles. La fundamentación del derecho a la reparación sería la misma en todos los casos, si queremos ser coherentes con la tesis que venimos sosteniendo.

La tutela penal de la libertad informática.

Es de especial importancia para nosotros revisar las posibilidades que ofrece el Derecho Penal para la protección de la libertad informática.

Si bien ha sido preocupación de este estudio el examen de la esfera de intimidad del ciudadano como un fenómeno unitario, hemos intentado solamente el examen del Ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la protección de la libertad informática, quedando de lado las otras manifestaciones de la intimidad que tendrían que ser objeto de otro análisis, por supuesto, mucho más exhaustivo que el presente.

Teniendo como preocupación esencial el fenómeno jurídico constituido por la libertad informática hemos de plantear la función que puede cumplir el Derecho Penal en cuanto discurso jurídico de protección.

La legislación penal vigente en Costa Rica es sumamente ambigua e insuficiente para proteger la libertad informática. No obstante, la misma afirmación sería cierta para algunos otros bienes jurídicos, las razones para esto no pueden encontrarse simplemente en el dato legislativo sino también en el contexto en que funciona la legislación penal y la "verdadera" labor que cumple con lo interno de la sociedad.

Hemos visto como los Estados europeos han iniciado esfuerzos encaminados a tutelar la esfera de intimidad de los peligros que se ciernen desde la sociedad tecnológica, especialmente por el uso excesivo y arbitrario de la herramienta informática. Estos países han entendido que la protección de la esfera de intimidad es necesaria en cuanto la misma es requisito esencial para el ejercicio de otras libertades y derechos de orden individual.

El medio ambiente, así como la esfera de intimidad, forman parte de esos entes o intereses sociales que podemos denominar con los italianos "interessi diffusi" (literalmente intereses dispersos), es decir, intereses colectivos de carácter perentorio para la organización social.

La incriminación de los usos ilícitos de los ficheros electrónicos debe responder a ciertos límites y

requisitos mínimos establecidos por la política criminal, aun cuando esos límites se cumplan hemos de reflexionar sobre las ventajas que puede ofrecer el Derecho Penal como protección a los bienes jurídicos.

En el medio español, al menos, y con los proyectos legislativos ensayados en Portugal, podemos darnos cuenta que la reforma más importante es la que va dirigida a construir legislaciones preventivas que permitan, mediante sanciones administrativas y civiles, adelantarse a las afectaciones directas al bien jurídico de la "privacy".

Estas "legislaciones marco" se hacen eco de una situación dada en la sociedad moderna donde los mecanismos de manejo de los datos personales (y de cualquier otro tipo) son cada vez más sofisticados. El reto al que se enfrentan adquiere dimensiones correctas cuando lo acercamos a aquel axioma que planteábamos al momento de señalar la relación estrechísima entre el poder y el manejo de la información.

Así, con *Madrid Conesa*, creemos que los Estados tienen ante sí dos opciones muy claras: "...o bien regular jurídicamente antes de que los peligros que de tal fenómeno se derivan se materialicen, con el consiguiente riesgo de que dicha regulación padezca de insuficiencia, precipitación o excesiva juridificación de la materia; o bien esperar a que se produzca un desarrollo del fenómeno en el tiempo, para, de esta forma calibrar y aquilatar mucho mejor la respuesta jurídica y evitar, por tanto, cualquier innecesaria y precipitada intervención legislativa que pudiera entorpecer el desarrollo social."⁵⁶

Si el problema que analizamos es la protección de la intimidad ante los peligros de la creciente "informatización" de la sociedad moderna, no cabe duda que debemos afrontar la primera alternativa. Para resguardarnos de las siempre constantes equivocaciones y excesos debemos aprender de la experiencia de otros países (Portugal, España, Suecia, Alemania) que han venido ensayando diversas propuestas para resolver un problema común.

Tanto el sector público como el privado tienen el deber social de incrementar los niveles de desarrollo y de progreso de los países. No obstante, ambos sectores deben entender, y de hecho lo hacen, que el progreso no puede justificarse por sí mismo ni justificarlo todo. En la balanza exigida por el Estado de Derecho siempre ha de estar presente el respeto

56. MADRID CONESA, *op. cit.*, p. 79.

de la dignidad humana y de los derechos que de ella se derivan. Debemos reivindicar para el ciudadano de nuestra época el papel activo y participativo que requiere el proyecto democrático que se ha planteado, al menos en Costa Rica, a partir de la Carta de 1949.

El objetivo de "racionalizar" los procesos a nivel administrativo y de "agilizar" las gestiones a nivel privado, que parecen ser, ambos, las grandes metas a alcanzar por medio de la informática y los ordenadores no debemos asumirlos como paradigmas incuestionables olvidando la necesaria correlación con los objetivos sociales de libertad. En este sentido, ya se ha postulado que "...esa aparente falta de racionalidad en el modus operandi de la administración pública implica una considerable garantía para los administrados."⁵⁷

No en vano la infinita cantidad de órganos con las más diversas competencias suelen enjuiciar al administrativo y ejercer el principio de la autotutela desde las perspectivas más variables que provienen, básicamente, de esa garantía derivada de ese peculiar "modus operandi" de la administración. El ciudadano permanece "afectado" por la correspondiente competencia del órgano, pero no por la unión de todos los perfiles que constituyen su "personalidad".⁵⁸ Así las cosas, por ejemplo, para obtener un permiso de construcción en alguna institución bancaria estatal, al órgano no le hace falta tener los datos referentes a salud (historia clínica), apetencias sexuales, complejos y depresiones del ciudadano; solo es necesario cumplir el millón de pequeños y angustiantes trámites que se circunscriben a identificar la función concreta del órgano administrativo de turno.

El Ordenamiento jurídico, como un todo, y el Derecho Penal, particularmente, desde esta perspectiva deben afrontar el reto informático con las mejores armas con las que cuentan, pero ante todo, teniendo en cuenta las garantías democráticas constituidas por el principio de legalidad criminal y el

principio de la mínima intervención del Derecho Penal (párrafo segundo del artículo 28 constitucional).

Es en este sentido que vale la pena hacer algunas críticas al discurso del Derecho Penal para encontrar las razones fundamentales de su fracaso actual y tratar de brindar algunas respuestas que den alguna esperanza para el futuro de la reforma penal.

Breve crítica al discurso del Derecho Penal.

Cuando se estudia el fenómeno criminal y se pretende, a la vez, extraer conclusiones del mismo, es muy difícil no hacer alusión a la verdadera función del Derecho Penal.

Es evidente que dicha disquisición se hace aún más necesaria si se corrobora en los sistemas penitenciarios modernos la tremenda incongruencia entre discurso penal y realidad social.⁵⁹ Otros hechos también corroboran la irrealidad del discurso penal oficial, como lo serían la existencia de una enorme cifra oscura de la criminalidad y la selectivización en las prácticas de persecución de los delitos. Estos aspectos conducen a replantear el discurso del control penal hacia sus verdaderas consecuencias prácticas.

En los últimos años se ha venido desarrollando un consistente movimiento de crítica al Derecho Penal, que no ha nacido propiamente de las corrientes dogmáticas, sino más bien de la criminología, una "ciencia auxiliar" que ha empezado a cobrar una cuota de responsabilidad con los fenómenos del delito y el delincuente.

Esta "responsabilidad científica" se ha pretendido asumir como una crítica al Derecho Penal, en tanto sistema de control. En este sentido, ya lo hemos dicho en otro lugar, se señala que la criminología, al menos en el medio latinoamericano, siempre ha sido definida a partir del control social y ese es su objeto de estudio más importante. Así, como una reacción consistente a los enfoques etiológicos de la delincuencia,⁶⁰ de índole positivista, hemos observado el surgimiento de la nueva criminología, también

57. MADRID CONESA, *op. cit.*, p. 85.

58. MADRID CONESA, *op. cit.*, pp. 85-86.

59. En una revisión al discurso tradicional sobre la prisión y el sistema penal es conveniente estudiar el trabajo de HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, primera edición, 1984, pp. 43-140.

60. Se puede entender por "enfoque etiológico de la delincuencia", el planteamiento "...que indaga por las causas originarias del acto delictivo. Etiología, en efecto, refiere al origen y el proceso mental que subyace a dicho enfoque es el del regreso hasta las causas primeras que determinan que un sujeto o grupo de sujetos incurra en una violación que se encuentra definida en una norma legal como delito... El enfoque etiológico de la delincuencia asume implícitamente que el delito es un fenómeno cualitativamente diferenciado del comportamiento no delictivo y que, consiguientemente, debe haber factores específicos que inciden en su manifestación, mediando un progreso decisional del individuo hacia la opción delictiva, sean estos factores de índole biológica o cultural." GABALDÓN, Luis Gerardo, *Control social y criminología*, Caracas, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 18.

conocida como criminología crítica, que ha pretendido realizar esta averiguación del objeto de estudio utilizando otros enfoques tanto de método como de descripción.⁶¹

Si la criminología de caracteres meramente etiológicos pretendía predecir la ocurrencia del delito y suprimir las conductas "indeseables", la nueva criminología prefiere entender los mecanismos macroestructurales de la sociedad que producen condiciones socioeconómicas proclives al desarrollo de formas delictivas y a su definición por los medios legislativos.

En este orden de ideas el estudio del control social tanto formal como informal es objeto de la criminología crítica y es de ahí que deben partir las investigaciones que pretendan describir el fenómeno criminal. Se estudian entonces los procesos de creación de las normas legales criminalizantes, la discriminación de bienes jurídicos en relación con otros de carácter colectivo, así como los procesos selectivos en que se realiza el control.

Zaffaroni plantea que en la "red" lanzada por el sistema penal, frecuentemente quedan atrapados una serie de sujetos con características muy peculiares: "...los más vulnerables socialmente y ... también a los más vulnerables psíquicamente, porque ha habido un proceso previo de condicionamiento, de generación de esa vulnerabilidad psíquica, que los pone en situación de 'buenos candidatos' para la criminalización."⁶²

Esta afirmación de este autor nos pone al resguardo de Lombroso y los frenólogos quienes volvie-

ron sus ojos a la cárcel en cierto momento de brillantez de sus desarrollos "científicos" y se dieron cuenta del tipo de sujetos que llegaban a la prisión. Descubren que son los hombres más carenciados, los que son llevados a un estrecho margen social, víctimas de la estigmatización y de cierto señalamiento que los convierte en fieles "adaptados" al rol que el sistema penal les ha señalado. "Esta comprobación en muchos criminalizados latinoamericanos de las clases subalternas o sumergidas económicamente, lejos de demostrar que esas características son 'causas del delito', están demostrando que son 'causa' de la criminalización en caso individual y que el propio sistema penal se encarga de acentuarlas, cuando no de crearlas."⁶³

La reflexión sobre estas ideas se hace indispensable para observar no sólo el problema de la intimidad en sede penal sino el del entero sistema penal como última herramienta de protección de los bienes jurídicos.

Estamos conscientes que no es este el momento para replantear el discurso penal, o al menos para proponer una reconducción del mismo. No obstante, al menos, podemos preguntarnos qué papel puede jugar el Sistema Penal en la protección de la intimidad de los ciudadanos. Esto al menos para asumir alguna responsabilidad con el planteamiento que se pueda hacer del Derecho Penal como medio o garantía efectiva de protección.

Se trataría, en todo caso, de subrayar el cuestionamiento de por qué se están dejando de proteger bienes jurídicos mucho más prevalecientes, como

61. En opinión de GABALDÓN, en el surgimiento de la criminología crítica tuvo mucho que ver la perspectiva del etiquetamiento (labelling approach), que en su forma más precisa proviene a su vez del interaccionismo simbólico desarrollado por MEAD. El etiquetamiento dio lugar a investigaciones de los procesos selectivos de control social formal, en particular de la policía y los tribunales. "Si se puede asumir, y eventualmente comprobar, que no es la comisión objetiva de un acto delictivo lo que hace a un delincuente sino su señalamiento como tal por parte de las instancias sociales encargadas de manejar el problema criminal, y que policía y tribunales 'seleccionan' los casos a procesar según cantidad variable de criterios, como facilidades de disponer de pruebas preliminares del hecho, posición social y actitud del infractor y probabilidades percibidas de lograr un caso resuelto, los hechos que convierten a alguien, socialmente hablando, en un delincuente, se argumenta, poco tienen que ver con su personalidad más o menos perturbada, con sus privaciones infantiles, con la desorganización social del vecindario de donde proviene o con el conflicto de valores culturales, como muchas teorías etiológicas han sostenido." GABALDÓN, *op. cit.*, pp. 21-22.

62. ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, *op. cit.*, p. 30.

63. ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, *op. cit.*, *ibíd.*, p. 35. En otro contexto, un abogado peruano, LUIS PASARA escribía que muy probablemente el modelo de "sospechoso" que maneja el policía peruano coincide extraordinariamente con el proletario peruano de bajos ingresos. Este autor refiere que los mecanismos para acceder al sistema son sumamente sencillos. Por un lado basta con caer en una "redada policial", ser uno de los muchos peruanos que al día de hoy no tienen trabajo y pueden calzar, entonces, de manera precisa en la clasificación de vago. Leyes peruanas, cuyas intenciones sobre el sujeto carenciado en relación con su "disciplinamiento" al trabajo y al acomodo a la producción de riqueza, se remontan a los terribles días de la revolución industrial, ordenan "rehabilitar" al "vago" por medio de la pena privativa de libertad. La inconsistencia de todo el discurso sigue su camino insoslayable hacia el ridículo cuando este "no delincuente" (ya que es contraventor), inicia una carrera delictiva o sigue un destino de detenciones similares por los "antecedentes" de aquella primera detención. PASARA, Luis, Perú: Administración de Justicia?, *La administración de justicia en América Latina*, Lima, Perú, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984, p. 207.