

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
Programa de Maestría en Derechos Humanos

**AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y DERECHO
PROBATORIO EN MATERIA PENAL**

Trabajo Final de Graduación sometido a la consideración
Del Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Escuela de Ciencias
Sociales y Humanidades para optar
a grado de:

Magíster

Por

Adriana Alejandra Gómez Calderón

San José, Costa Rica
2013

**ACTA DE DECLARATORIA
N°03-2013**

La Coordinación de la Maestría en Derechos Humanos declara al (la) estudiante:

ADRIANA ALEJANDRA GÓMEZ CALDERÓN
Cédula número: 1-1140-170

MÁSTER EN DERECHOS HUMANOS

Quien se acogió al Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, bajo la modalidad de:

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
APROBADO CON DISTINCIÓN**

Además, hace constar que su expediente contiene los documentos académicos y declara que el (la) postulante cumplió con todos los demás requisitos del plan de estudios correspondientes.

Firmada en Mercedes de Montes de Oca,
a los 19 días del mes de agosto del año dos mil trece.



DR. DANIEL CAMACHO MONGE
PROFESOR-INVESTIGADOR
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS



DR. FRANCISCO BARAHONA RIERA
COORDINADOR
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS



DR. VÍCTOR HUGÓ FALLAS ARAYA
DIRECTOR
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Tabla de contenidos

Glosario de términos	iv
Resumen	v
Summary	vi
Introducción	7
Estado de la Cuestión	9
Capítulo I. Generalidades del derecho a la autodeterminación informativa	12
<i>La autodeterminación informativa como bien jurídico tutelado</i>	16
<i>La autodeterminación informativa como límite para el poder estatal</i>	17
<i>La autodeterminación informativa como necesidad de regulación</i>	19
Capítulo II. La Sociedad de la información y la investigación criminal	21
Capítulo III. La funcionalidad de la administración de justicia a la luz del derecho a la autodeterminación informativa vs. investigaciones criminales	29
Capítulo IV. Análisis de la prueba en el proceso penal a la luz de la obtención y procesamiento de datos	37
<i>Consideraciones respecto a la prueba</i>	38
<i>Obtención ilegal</i>	39
<i>Incorporación irregular</i>	42
<i>Del registro, secuestro y examen de documentos privados y de las intervenciones telefónicas</i>	44
<i>Las bases de datos de ADN</i>	49
Capítulo V. Análisis de la Ley N° 8968 – Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales en relación al proceso penal	52
Conclusiones	61
Bibliografía	63

Glosario de términos

Autodeterminación Informativa-Bien Jurídico-Derecho Humano-Derecho Penal-Hábeas Data-Derecho a la Intimidad-Poder Estatal-Prueba-Sociedad de la Información-Tecnología.

Resumen

El acelerado avance de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, alcanza un papel fundamental en las actividades del ser humano, produciendo una cantidad extraordinaria de beneficios pero a la vez enormes riesgos; razón por la cual, se ha ampliado la protección del Estado a límites que sobrepasan el mero ámbito de intimidad. A fin de garantizar plenamente al individuo la posibilidad de acceder al conocimiento de sus datos personales y controlar quién, cuándo y bajo qué circunstancias se toma contacto con ellos, surge el llamado derecho a la autodeterminación informativa, considerado un bien jurídico autónomo e independiente, trascendental para garantizar y respetar los derechos fundamentales de quienes se encuentran sometidos a un proceso penal; en el tanto los cambios producidos en este suponen nuevos medios de investigación y mayor cantidad de herramientas en manos de quienes se encargan de la investigación criminal. En nuestro país, este derecho ha encontrado algún tipo de tutela mediante la promulgación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

Summary

The accelerated development of information technologies has achieved a fundamental role in the daily activities of human beings, reaching an extraordinary amount of benefits, but, at the same time, it has found important risks as well; which is why the State has widened the protection of personal privacy beyond the strict protection of intimacy.

To fully guarantee individuals access to knowledge of their personal data, and control who, when and under what circumstances personal information can be reached, emerges the right to informative autodetermination, considered as an autonomous, independent right, essential to guarantee and protect fundamental rights through a criminal process. Where different and new investigation methods can affect this specific right. In Costa Rica, this right has been regulated through the law "Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales".

Introducción

La sociedad de la información, un concepto acuñado desde hace pocos años, caracteriza a la sociedad en la que actualmente el ser humano se desenvuelve; producto de los avances tecnológicos e informáticos, las sociedades se distinguen por el volumen de los datos e informaciones personales contenidas en distintas bases de datos y registros electrónicos que circulan no sólo en forma constante, sino también masiva.

La forma en la que se recopilan esos datos, la forma en la que se puede acceder a ellos y la forma en la que se pueden tratar y utilizar, han sido un tema objeto de serias discusiones, ya que el uso de herramientas tecnológicas con tendencia a la recopilación de los datos, si bien trae enormes beneficios para el desarrollo de la sociedad y del ser humano como tal, también trae previstas amplias posibilidades de intromisión y transgresión a derechos fundamentales.

Los cambios que se originan producto del acelerado y vertiginoso avance tecnológico, sin duda afectan decisivamente todos los planos de las relaciones sociales. No se encuentra exento el plano jurídico-penal, lo que provoca cierta inseguridad en el manejo de investigaciones criminales, tanto para quienes están siendo investigados como para quienes sin mediar en su contra investigación alguna, se ven involucrados dentro de la investigación, puesto que se invade su ámbito de intimidad y privacidad.

La autodeterminación informativa, un derecho fundamental, sumamente valioso, corre grave peligro, consecuencia de las amplias posibilidades que brindan las herramientas y técnicas aplicadas a la información; la era tecnológica ha permitido la desaparición de las barreras espaciales y temporales que años atrás dificultaban el conocimiento de la vida privada. Esto provoca serios riesgos en la administración de justicia penal y, en particular conforme se tratará en esta investigación, en el derecho probatorio.

Así se pretende mostrar una visión del derecho a la autodeterminación informativa y las investigaciones criminales que permita determinar si son respetuosas de tan importante derecho.

Para ello se ha planteado como objetivo general, determinar si en nuestro país la normativa existente protege cabalmente el derecho a la autodeterminación informativa dentro del proceso penal.

Como objetivos específicos, se han planteado los siguientes:

1. Establecer la conceptualización del derecho a la autodeterminación informativa, así como la incidencia de este en el ámbito penal.
2. Realizar un breve análisis de la sociedad de la información y su incidencia en la Investigación Criminal.
3. Desarrollar la funcionalidad de la administración de justicia a la luz del derecho a la autodeterminación informativa vs. investigaciones criminales.
4. Realizar un breve análisis de la prueba en el proceso penal, a la luz de la obtención y procesamiento de datos.
5. Realizar un análisis de la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus Datos Personales, y su reglamento.

Para la realización de cada uno de los objetivos planteados, se efectuará una extensa revisión bibliográfica sobre las tecnologías de la información y el proceso penal. Asimismo, se realizará un escrutinio de la jurisprudencia costarricense atinente al tema, así como de la normativa existente, sumado al estudio de proyectos de ley que tienen incidencia en el tratamiento de datos dentro del proceso penal, producto de investigaciones criminales.

Bajo esta dirección, la hipótesis de la investigación consiste en determinar si efectivamente existe en nuestro país una normativa procedimental especial que permita regular el tratamiento y valoración de datos dentro de una investigación criminal.

Estado de la Cuestión

El derecho a la autodeterminación informativa incide en cada uno de los ámbitos en los que se desarrolla el ser humano, con una manifestación particular en el plano jurídico, especialmente en el ámbito penal, en tanto la implementación de nuevas tecnologías permiten novedosos métodos investigativos, además de gran amplitud en los medios probatorios que se pueden llegar a utilizar como parte de una investigación criminal. Esto es posible mediante la recopilación y almacenamiento de información de carácter absolutamente personal de quienes se han visto sometidos a un proceso penal e inclusive de quienes no tienen vinculación alguna.

Esta incidencia en el ámbito penal reviste un carácter fundamental, ya que en el decurso de la historia se han venido creando bases de datos, en las cuales los datos personales de los ciudadanos son procesados y almacenados; el proceso penal “se ha convertido en un proceso de tratamiento y valoración de informaciones de carácter personal” (Chirino, 2008, “El derecho a la autodeterminación informativa en el proceso penal” parra. 6) en donde el éxito de las investigaciones depende de “la calidad de las intervenciones y de la capacidad de los órganos del control penal para valorar los datos obtenidos”. (Chirino, 2008, “El derecho a la autodeterminación informativa en el proceso penal” parra. 6).

Así, una de las principales fuentes en las que se ha sustentado esta investigación ha sido el material bibliográfico realizado por el prestigioso catedrático de la Universidad de Costa Rica, Dr. Alfredo Chirino Sánchez, quien ha realizado un abordaje sumamente amplio del derecho a la autodeterminación informativa y su validez en el proceso penal, con una consideración especial en los modernos procesos de investigación por medio de las tecnologías de la información.

Este autor ha llevado a cabo diversas publicaciones sobre temas relacionados con el derecho a la autodeterminación informativa, y es incluso referido y citado en muchas otras fuentes.

Dentro del vasto material bibliográfico del citado autor, se hizo referencia al texto “El Derecho a la Información y la Administración de Justicia en América Latina”, publicado en el año 1988 en las Actas del II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Ciudad de Guatemala, así como al texto publicado en el año 1990 en la Revista Judicial número 53 de Costa Rica, denominado “Informática y Derecho a la Intimidad. Perspectivas de Política Criminal”.

Con una consideración especial, se ha abordado el texto *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica* publicado en San José, Costa Rica, por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, en octubre de 1997; asimismo y dado el impacto del uso de las nuevas tecnologías en el proceso penal, se ha acudido a la Revista de Ciencias Penales de nuestro país, número 14, publicada en el año 1997, en la cual se contempla el artículo desarrollado por el Dr. Chirino Sánchez, denominado “Las Tecnologías de la Información y Proceso Penal. Análisis de una Crisis Anunciada”.

Asimismo, se ha dado un énfasis especial a la traducción en español de la obra denominada *Datenschutz und Datenverarbeitung Heute* de Winfried Hassemer, traducida bajo el nombre *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento electrónico de datos* y publicada por los dos prestigiosos autores, Hassemer y Chirino, en Buenos Aires, Argentina en el año 1997. En dicha obra se realiza un miramiento importante al desafío que presentan las nuevas tecnologías en la obtención, recopilación, almacenamiento y tratamiento de los datos obtenidos en las distintas bases de datos.

Adicionalmente se ha tomado en cuenta un artículo publicado por el Dr. Chirino en el año 1997 en la Revista Nueva Doctrina Penal, número 3, de Buenos Aires, Argentina, bajo el título “La protección de la autodeterminación informativa como un nuevo bien jurídico penalmente tutelado”; este artículo aborda el tema del bien jurídico como objeto que el ser humano necesita para su libre desarrollo.

Considerando que esta investigación cuenta con un abordaje amplio sobre la normativa existente en nuestro país respecto al derecho a la autodeterminación informativa, se dio un énfasis importante al texto publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas en el año 1999 por el mismo autor, bajo el nombre “Protección de Datos y Moderno Proceso Penal. Aspectos constitucionales y legales”.

Para concluir con la bibliografía escrita por este gran autor, se tomó en cuenta el libro *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación y los problemas probatorios en el moderno proceso penal*, libro homenaje al profesor Henry Issa El Khoury Jacob, publicado en el año 2007, entre algunas otras de sus obras.

Otros de los autores en los que he basado esta investigación son Mario G. Lozano y Antonio Enrique Pérez Luño. Este último, destacado jurista y filósofo del derecho español, ha sido galardonado con el Premio «Derechos Humanos» otorgado por el Colegio de Abogados de Sevilla y por el Premio Fama a la trayectoria investigadora otorgado por la Universidad de Sevilla. Ambos rindieron homenaje a la obra denominada *La libertad Informática y leyes de protección de datos personales*, publicada en el año 1989 en Madrid, España; esta obra contiene un importante análisis respecto al uso de herramientas tecnológicas y el resguardo y protección a derechos considerados de carácter fundamental.

Se ha recopilado además la información contenida en el libro *La Prueba en el Proceso Penal*, publicación efectuada en Buenos Aires, Argentina, en el año 1988, por el doctor en derecho y autor de diversos libros, Cafferata Nores, ya que en el mismo se realiza un abordaje sumamente amplio de la prueba en general y en particular de elementos centrales en esta investigación como, por ejemplo, el tratamiento de prueba ilícita.

En asocio a lo anterior, se han consultado diversas resoluciones de la Sala Constitucional, así como algunos proyectos de ley, hoy en el orden del día de la Asamblea Legislativa, a fin de determinar si en nuestro país el derecho a la autodeterminación informativa se encuentra protegido eficazmente de cara a las investigaciones criminales.

Adicionalmente se han estudiado resoluciones emitidas por nuestro Tribunal Constitucional, mediante las cuales se refleja la tarea de tutela que sobre el derecho a la autodeterminación informativa le fue inicialmente encomendada.

Capítulo I. Generalidades del derecho a la autodeterminación informativa

El derecho a la autodeterminación informativa es un derecho humano de naturaleza solidaria; lo posee toda persona como producto de la protección del derecho a la privacidad e intimidad; asimismo, se trata, no sólo de un derecho al conocimiento, sino también del derecho a la transparencia en el procesamiento de datos. Este derecho, si bien se ha desprendido en nuestro país del texto del artículo 24 constitucional y se ha derivado de la protección del derecho a la privacidad e intimidad, a nivel doctrinal se ha señalado la necesidad de catalogarlo como un derecho autónomo e independiente; al respecto se ha indicado: "...hemos preferido caracterizar (lo) como un derecho personalísimo autónomo, el derecho a la autodeterminación informativa." (Padilla, 2001, p. 28)

Bajo la misma tesitura, doctrinariamente se ha establecido:

Para garantizar la protección de la libertad informática conviene, por tanto, concebirla como un derecho fundamental autónomo, dotado de medios específicos de tutela. Por el contrario, disuelta en el ámbito de otros valores o derechos, la autodeterminación informativa corre el riesgo de relativizarse y ver comprometida su efectiva realización. (Losano, Pérez & Mateus, 1989, p. 161)

Siempre dentro de la conceptualización del derecho a la autodeterminación informativa, debe indicarse que, como derecho independiente, no se encuentra regulado en la Constitución Política costarricense, sin embargo, conforme se indicó líneas atrás, ha encontrado protección, no sólo a través de una interpretación conjunta con otros derechos consagrados constitucionalmente, como el derecho a la intimidad, sino también a través del desarrollo jurisprudencial que ha efectuado la Sala Constitucional, así como a nivel legal. Conforme a lo expuesto, es un derecho que, si bien se encuentra previsto legalmente, también se puede afirmar que se encuentra regulado a la sombra del derecho constitucional de intimidad o privacidad, más vinculado con el concepto de libertad y de autodeterminación en una sociedad democrática.

El profesor y catedrático Alfredo Chirino Sánchez, ha definido el derecho a la autodeterminación informativa como...el derecho del ciudadano a controlar quien, cuando y bajo que circunstancia toma contacto con sus datos personales. (1997, p. 51)

Una aproximación a este concepto nos permite indicar que la autodeterminación informativa es el derecho que poseen todas las personas de ejercer un control efectivo y estricto sobre los datos e informaciones personales que se encuentran resguardados en las distintas bases de datos, protección que no debe estar sólo dirigida a tutelar la intimidad del individuo, sino que debe ir más allá, mediante el control que del uso de los datos se realice; solo así, ha establecido incluso la Sala Constitucional, se puede hablar de un verdadero derecho a la autodeterminación informativa “como principio constitucional desprendible a partir del texto del artículo 24 de la Constitución Política” (Sentencia 4847-1999).

Asimismo, en el sentido apuntado líneas atrás, Chirino Sánchez ha expresado:

Este derecho fundamental no es ningún nuevo derecho, sino que es la expresión de antiguos derechos como el derecho a la privacidad y al control del Estado, y a controlar que este no limite los derechos de los ciudadanos de una manera insoportable, derechos que en alguna medida se han venido contaminando y reduciendo frente al avance constante y manifiesto de las tecnologías de la información y de la comunicación. Se trata de un derecho a saber y también un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual a su vez es una parte fundamental del concepto moderno de democracia. (1997, p. 44)

Sin duda, un derecho resguardado a la sombra del derecho a la intimidad y privacidad determina el dominio que de sus datos debe tener el ciudadano, el cual se refleja en el interés de controlar, la forma y los objetivos de dicho control, y las circunstancias bajo las que se tiene acceso a sus datos personales; no obstante, debe indicarse que este derecho no le concede al ciudadano un poder absoluto sobre sus datos, sino el derecho a estar informado del procesamiento que de ellos se realice y de los fines que se pretenden alcanzar, aunado al derecho de acceso, corrección o eliminación en el caso de que le ocasione un perjuicio.

A nivel jurisprudencial, la Sala Constitucional, mediante resolución número 4847-99, de las dieciséis horas con veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve, ha referido respecto al derecho a la autodeterminación informativa lo siguiente:

...V. Sobre el derecho a la autodeterminación informativa...la ampliación del ámbito protector del Derecho a la intimidad surge como una respuesta al ambiente

global de fluidez informativa que se vive. Ambiente que ha puesto en entredicho las fórmulas tradicionales de protección a los datos personales, para evolucionar en atención a la necesidad de utilizar nuevas herramientas que permitan garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos. **Es reconocido así 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;** así como la finalidad a que esa información se destine y a que sea empleada únicamente para dicho fin, el cual dependerá de la naturaleza del registro en cuestión. Da derecho también a que la información sea rectificada, actualizada, complementada o suprimida, cuando la misma sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto del que legítimamente puede cumplir... (*La negrita no corresponde al original*, Sentencia 4847-1999)

Véase que nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que la ampliación del ámbito protector del derecho a la intimidad, surge como respuesta al ambiente de fluidez informativa que se ha venido viviendo; sin embargo, más allá del simple ámbito de intimidad, reconoce la protección a la autodeterminación informativa de las personas, así se concede el derecho del individuo a estar informado, tanto del procesamiento de los datos como tales, como de los fines que se pretenden alcanzar con ese procesamiento, sumado al derecho de acceso, corrección o eliminación de datos, en caso en que se le cause un perjuicio ilegítimo, tal y como se expuso líneas atrás. Si bien existe una relación sumamente estrecha entre ambos derechos, la autodeterminación informativa significa más que la propia intimidad, "...es la tutela de áreas de libertad, de las áreas en las que un sujeto puede auto determinarse, en la gestación y desarrollo de su plan de vida." (Chirino, 1997, p. 29)

En jurisprudencia más reciente, respecto al derecho a la autodeterminación informativa, la Sala Constitucional ha establecido:

El derecho a la autodeterminación informativa, derivado del derecho a la intimidad protegido por el numeral 24 de la Carta Fundamental, ha sido

entendido por este Tribunal, como el derecho de toda persona a tener conocimiento de los datos que sobre ella consten en un registro o archivo de cualquier naturaleza, así como del uso que se dará a dicha información. Asimismo se ha sostenido que el mencionado derecho, faculta a la persona a actualizar, rectificar, o eliminar aquella información que no sea correcta o exacta, así a que esta no sea empleada para un fin diverso al que legítimamente debería cumplir. (Sentencia 11387-2011)

De esta manera, se puede afirmar que este derecho al que inicialmente la Sala Constitucional le ha brindado orientación, y al que, hasta hace muy poco tiempo, se le dio desarrollo legislativo, presenta una connotación particular en el ámbito jurídico penal, ya que se ha permitido la amplitud en el uso de herramientas que permiten un progreso manifiesto en la investigación criminal pero que, al mismo tiempo representan un riesgo para el ciudadano.

En este sentido, y bajo el ámbito jurídico, debe indicarse que el tratamiento automatizado de los datos ha sido implementado con el afán, no sólo de agilizar la administración de justicia, sino también de hacer más eficiente la lucha contra la criminalidad, pretensión que provoca importantes inconvenientes, en tanto los datos e informaciones obtenidas sean utilizados para fines distintos a los de la investigación criminal, o dentro de ella se pretenda el abuso y el control desmedido de estos.

Bajo esta tesitura, no se puede dejar de percibir que la innovación tecnológica, aun dentro del proceso penal y quizá con mucha más razón, debe proteger la vida privada del ciudadano, ya que tal y como lo postula Schmitt Glaeser, 1989, esta es “realmente una protección de la información” (Citado por Alfredo Chirino, 1997, p. 14).

De esta forma, puesto que los riesgos de las tecnologías dentro del proceso penal son absolutamente factibles, resulta necesario abordar el derecho a la autodeterminación informativa desde tres enfoques básicos: el primero, como bien jurídico; el segundo, como un límite al poder del Estado; y el tercero, atinente a la necesidad de su regulación.

La autodeterminación informativa como bien jurídico tutelado

El abordaje que se le ha dado al concepto de bien jurídico, tanto a nivel nacional como internacional, es sumamente amplio. No se pretende realizar aquí un análisis minucioso de él, pero sí una breve pincelada al contenido que engloba el concepto.

En el ámbito nacional, el autor Francisco Castillo ha referido, respecto al concepto de bien jurídico, que "...son bienes jurídicos aquellos objetos que necesita el ser humano para su libre desarrollo o los presupuestos para el desarrollo de una persona y sus condiciones..." (2008, p. 45)

A nivel internacional, Eugenio Zaffaroni ha definido el bien jurídico como "...la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten..." (1986, p. 389)

Asimismo, destacados juristas como Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, lo han definido de forma un poco más genérica, como "...el interés humano necesitado de protección jurídico penal..." (1989, p. 112)

De las conceptualizaciones plasmadas, se puede extraer que el bien jurídico constituye el interés vital del individuo para lograr su desarrollo dentro de una sociedad determinada, y su protección adquiere relevancia y reconocimiento jurídico. Este concepto, como tal, engloba dos aspectos esenciales que, de paso, tienen gran importancia para el derecho a la autodeterminación informativa: primero, en tanto constituye el interés vital del ser humano para lograr su desarrollo, el cual se debe ejercer con libertad, exento del control estatal; y el segundo, en tanto ese bien le es reconocido por el Ordenamiento Jurídico, a efectos de poder reivindicarlo.

Respecto al derecho a la autodeterminación informativa como bien jurídico, el doctor Alfredo Chirino, considera lo siguiente:

La autodeterminación informativa como bien jurídico exige, entonces, y ante el actual desarrollo tecnológico, un replanteamiento, que permita reconsiderar las evidentes promesas de progreso, y avance material que este camino muestra, con los intereses de los ciudadanos de que los ámbitos en que solía concretar sus decisiones, sus sueños y aspiraciones, en una palabra: su autodeterminación sigan libres del control estatal o de los particulares. (1999, p. 17)

El replanteamiento de este derecho determina que debe ser reconocido como un bien jurídico independiente, cuya protección no sólo debe prevalecer a nivel legal, sino también constitucional, ya que, dadas las implicaciones que de este derecho se derivan, así como del avance tecnológico en el uso de la información, no parece adecuado ligar su protección al derecho a la intimidad y privacidad, puesto que no se garantizaría plenamente al individuo la posibilidad de acceder al conocimiento de sus datos personales y controlar quién, cuándo y bajo qué circunstancias se toma contacto con ellos.

Bajo esta tesitura, debe indicarse que la protección de la autodeterminación informativa como bien jurídico autónomo e independiente, resulta trascendental a fin de garantizar y respetar los derechos fundamentales de quienes se encuentran sometidos a un proceso penal, e incluso a fin de que esos derechos, y las mismas garantías propias del proceso penal, no sean arbitrariamente reducidas por el Estado.

En nuestro país, si bien la tarea de tutela correspondió inicialmente a la Sala Constitucional, los remedios judiciales ordinarios existentes antes de la reciente regulación legislativa, resultaron de alguna forma insuficientes para proteger el derecho a la autodeterminación informativa de las personas y, por dicha razón, hubo que impulsar el desarrollo de este derecho a nivel legislativo, desembocando en el decreto de la Ley N°8968 denominada “Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, mediante la cual se le reconoce como un bien jurídico autónomo, digno de tutelar.

La autodeterminación informativa como límite para el poder estatal

El Estado como forma de organización social, económica y política, desempeña funciones y ejercita poderes limitados o restringidos por la ley. El poder limitado de los Estados en el ejercicio de sus funciones se encuentra condicionado al deber de respeto a los derechos fundamentales de toda persona, derechos que únicamente pueden limitarse o restringirse en aquellos casos permitidos por ley y únicamente cuando sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional, para alcanzar o tutelar bienes jurídicos trascendentes para la convivencia social.

Dentro de un régimen democrático de derecho como el nuestro, se imponen a las autoridades públicas límites ineludibles en el ejercicio de sus potestades y deberes, los cuales se encuentran definidos tanto en la Constitución Política, como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido suscritos por el estado costarricense. Estas limitaciones del Estado, en el ejercicio de sus funciones, cobran especial relevancia en el ámbito jurídico-penal, en tanto las autoridades públicas únicamente pueden realizar aquellos actos que legalmente les estén autorizados, a fin de salvaguardar y respetar cada uno de los derechos que le han sido reconocidos al ser humano y los que por su sola condición de persona le pertenecen.

Esta incidencia en el ámbito penal y en relación al derecho a la autodeterminación informativa, reviste un carácter fundamental, ya que en el decurso de la historia, se han venido creando bases de datos, en las cuales los datos personales de los ciudadanos son procesados y almacenados; el proceso penal “se ha convertido en un proceso de tratamiento y valoración de informaciones de carácter personal” (Chirino, 2008, “El derecho a la autodeterminación informativa en el proceso penal” parra. 6), en donde el éxito de las investigaciones depende de “la calidad de las intervenciones y de la capacidad de los órganos del control penal para valorar los datos obtenidos” (Chirino, 2008, “El derecho a la autodeterminación informativa en el proceso penal” parra. 6)

En vista de la vinculación directa con lo penal, resulta trascendental imponer límites al procesamiento de datos personales en manos de autoridades judiciales, como por ejemplo, la policía judicial o el Ministerio Público, sin que ello implique limitación alguna a su labor investigativa; esta labor investigativa se debe confinar, ya que la verdad material dentro de un proceso penal no puede ser hallada a cualquier precio, sino que la misma debe respetar las exigencias, presupuestos y limitaciones que establece la ley.

Como bien lo señala el doctor Alfredo Chirino Sánchez en su obra *Seguridad Ciudadana y Prevención del Delito* (2008), debe existir un equilibrio o balance de intereses, propiamente entre el interés individual y el interés estatal, a efectos de sopesar si los intereses individuales que se deben de restringir representan una proporcionalidad adecuada con el interés estatal que se trata de salvaguardar.

Bajo dicha tesis indica el autor:

El equilibrio de derechos entre los intereses de la colectividad y los del ciudadano, no es cosa fácil de alcanzar aún cuando hay un acuerdo de que el derecho a la autodeterminación informativa debe ceder, cuando haya un sobrepeso en interés de la seguridad. No obstante las limitaciones que este derecho sufra han de contar, con un suficiente basamento legal y en la ley que así lo acuerde se establezcan las ponderaciones derivadas del principio de proporcionalidad que resulten necesarias. (Chirino, 2008, p. 13)

Estos límites tienen un objetivo fundamental: proteger al individuo de excesos por parte de las autoridades judiciales que constriñan el principio de proporcionalidad y el derecho a la autodeterminación informativa, aclarando que este derecho no pretende concederle al ciudadano un absoluto poder y dominio sobre sus datos.

La autodeterminación informativa como necesidad de regulación

Cuando se alude al término regulación, se hace hincapié al establecimiento de una norma, de una regla dentro de un determinado ámbito, con el objeto de llevar un control y garantizar el ejercicio de los derechos de la comunidad.

Esta regulación en el derecho a la autodeterminación informativa, se traduce en el requerimiento de una normativa procedimental especial, a efectos de ejercer un estricto control sobre las informaciones personales que se encuentran en los registros de datos, tanto a nivel público como privado. Se requiere una regulación que le permita al ciudadano ejercer su derecho de estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que se pretenden alcanzar con los mismos, sumado al derecho de acceso, corrección o eliminación, pero sobre todo, al establecimiento de un proceso adecuado que permita marcar las pautas en el tratamiento de datos personales.

Al respecto, doctrinariamente se ha indicado:

Resulta ineludible la importancia de conceder una tutela al derecho del ciudadano a tener conocimiento de quién, cómo, con qué objetivos y en qué circunstancias

tiene contacto con sus datos personales, sobre todo si se toma en cuenta, ...las condiciones del ambiente a la información en nuestro país, que con la tecnología instalada, y las aplicaciones que ya hoy día tienen un amplio mercado y una gran número de usuarios, hacen posible que la personalidad de los ciudadanos se haga transparente no sólo a los particulares (que realizan también un procesamiento de datos personales) sino también al Estado, quien tiene un obvio interés en estos datos, no sólo porque facilitan diversas gestiones consignadas en sus fines constitucionales y de organización, sino porque permiten un más eficiente control social de los ciudadanos (Chirino, 1997, p. 27)

En nuestro país, se ha tutelado el derecho a la autodeterminación informativa mediante la denominada Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, que de alguna manera le permite a la persona física una protección sobre sus datos y el control de su aplicación. A través de este marco jurídico, se ha declarado el carácter fundamental del derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo, se considera que aún falta mucho camino por recorrer, por lo que resulta ineludible contar con una legislación que no sólo declare la existencia del derecho a la autodeterminación informativa, sino que brinde un reconocimiento expreso de tutela al ciudadano en el ámbito penal.

Capítulo II. La Sociedad de la información y la investigación criminal

La expansión de la innovación tecnológica afirmada en la informática, así como en las redes de comunicación, ha generado un nuevo paradigma, la llamada sociedad de la información, en la cual las tecnologías que facilitan la creación, distribución y manipulación de la información, alcanzan un papel fundamental en las actividades sociales, culturales y económicas del ser humano. En los últimos años, el cambio se ha producido en el uso de herramientas y medios para conocer la información, ya que en el decurso de la historia siempre ha existido la necesidad de conocer e informarse de los aspectos socio-económicos, políticos y culturales de un país.

Estos cambios, provocados por los modernos desarrollos tecnológicos, han alcanzado también al proceso penal mediante el uso de mecanismos cada vez más eficientes que combatan la criminalidad y hagan posible la averiguación de la verdad de los hechos, pero lamentablemente acudiendo, conforme lo ha señalado el autor Chirino Sánchez, "...a una autorización genérica y amplia de todos los medios que prometen algún éxito en esta lucha..." (1999, p. 22)

Así se ha considerado que la tecnología y la información han propiciado la transformación de la sociedad global y han concedido la generación de un modelo jurídico distinto, proporcionando al sistema penal nuevos mecanismos de control. Esta transformación se produce no sólo a nivel cualitativo, sino también cuantitativo. En el primero, en tanto supone un modelo de intervención punitivo sumamente sutil que acentúa efectos peligrosos respecto de bienes jurídicos, como por ejemplo, la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa; en el segundo, en tanto supone el uso de una gran cantidad de herramientas en la ejecución de sus actividades por parte de las autoridades investigativas, sin tomar en cuenta, tal y como lo ha expuesto el autor citado anteriormente, "... las graves reducciones de derechos fundamentales que son necesarios para autorizar legalmente estos mecanismos tecnológicos en una rama del derecho que siempre había sido caracterizada como "el derecho constitucional aplicado." (Chirino, 1999, p. 22)

De este modo, se determinó que el uso de estas herramientas ha ocupado un protagonismo sumamente importante dentro del proceso penal, ya que abarca filmaciones, utilización de cámaras ocultas, escucha de comunicaciones telefónicas, así como el uso de agentes provocadores; en fin, medios técnicos que permiten la obtención de registros auditivos o audiovisuales del hecho

delictivo que se pretende investigar, que, si bien mejoran y agilizan la labor investigativa, al mismo tiempo provocan un riesgo para el ciudadano, ya que el límite entre el uso adecuado de este tipo de herramientas y el abuso que de ellas se puede realizar, es sumamente fácil de traspasar; por ejemplo, las autoridades encargadas de la investigación penal, en el ejercicio de sus funciones pueden realizar un procesamiento de datos que violente las garantías del debido proceso, provocando enormes lesiones a la intimidad y libertad del ciudadano, quien inclusive muchas veces no tiene siquiera noticia de la recopilación de sus datos personales que se está realizando.

En este sentido expresa el autor supra citado, lo siguiente:

Actualmente pueden considerarse muy amplias las posibilidades con las que cuenta la policía para la investigación criminal. Dentro de las redes de investigación no sólo se consideran los datos personales de los sospechosos y de las personas objeto de un proceso sino también de todas aquellas personas inocentes, que no han tenido ninguna vinculación con la producción de un hecho criminoso (por ejemplo, testigos, víctimas, amigos del sospechoso que han tenido con él un contacto ajeno a la actividad criminal o simples terceros que se relacionan con aquél de manera fortuita o momentánea), pero que son consideradas a “beneficio de inventario”, ya que estas informaciones referidas a ellas podrían ser después útiles. Estas otras personas no tienen ninguna posibilidad de controlar qué datos de sus personas están siendo manejados en bancos de datos policíacos. Esto implica en esencia, una derogación del principio de presunción de inocencia a partir de la utilización abusiva de datos personales. (Chirino, 1999, pp. 23-24)

Bajo esta postura, el irrespeto a las garantías, exigencias, presupuestos y limitaciones reconocidas en el Ordenamiento Jurídico, mediante el uso de herramientas tecnológicas y el procesamiento de datos por parte de las autoridades investigativas, genera un problema grave, cuyas consecuencias no sólo afectan la investigación penal como tal, sino también el orden constitucional. Este efecto, enuncia el profesor y catedrático Alfredo Chirino, se da en atención a que:

...los ataques de orden informativo son también ataques para los derechos fundamentales, muy especialmente para el derecho a la autodeterminación

informativa, toda vez que los datos son utilizados en las investigaciones que pueden provenir, tanto de una unificación de datos de diverso origen (que fueron recopilados con fines distintos a los de una investigación criminal) como también de la utilización de datos que ya habían sido recopilados por las autoridades pero sin seguir los límites o determinaciones propias del derecho a la protección de datos. (1997, p. 49)

De esta forma, el procesamiento de datos que se realice en sede policial dentro de la administración de justicia penal, debe realizarse con fines absolutamente determinados y precisos, de lo contrario, dicho procesamiento debe ser prohibido sin posibilidad alguna de valorarse para fundar decisiones judiciales, aun y cuando se haya alcanzado el fin; asimismo, la sola manifestación de que los datos que van a ser procesados son apropiados y correctos para los fines que la investigación criminal pretende alcanzar no es suficiente, sino que, por el contrario, resulta imperante determinar si esos datos son o no necesarios para lograr la investigación que se requiere.

Ahora bien, en atención al perjuicio que pueden sufrir los derechos fundamentales del individuo, surgió la necesidad de controlar el uso de datos que realizaran terceras personas, entidades públicas o privadas; este control es de tal importancia, que se ha convertido incluso en una exigencia fundamental que, al menos en nuestro país, ha encontrado algún tipo de tutela mediante la promulgación de la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, conforme se verá más adelante.

Al respecto debe observarse que la Sala Constitucional en nuestro país fue prácticamente la pionera en el desarrollo de este derecho; vía jurisprudencial se ha brindado un enfoque respecto a la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, más con una orientación hacia el derecho a la intimidad consagrado constitucionalmente, asimismo con una manifestación importante en la autodeterminación financiera del ciudadano. Por esto, a fin de tutelar quizá de forma más satisfactoria tan preciado derecho, y con una proyección de tutela hacia los diversos ámbitos en los cuales se desarrolla la personalidad del ser humano, se hizo perentoria la determinación de regulación en el uso de las nuevas tecnologías en el proceso penal y el establecimiento de normas jurídicas específicas. Precisamente en el año 1996 fue presentado un proyecto de ley por el ex diputado Constantino Urcuyo bajo el número de expediente 12.827,

nombrado “Adición de un nuevo capítulo IV denominado: “Del Recurso de Hábeas Data”, al Título III de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, número 7135 del 9 de octubre de 1989”. Así, se pretendió reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional e introducir el recurso de hábeas data como una herramienta tendiente al acceso del registro de datos, con el fin de conocer la información existente y solicitar la corrección o eliminación de información que cause perjuicio, y como una forma de amparo específico que tutelara directamente la libertad informática del ciudadano. Esto denotó a su vez el interés del legislador en el tema de las nuevas tecnologías, y la instauración de mecanismos de tutela hacia la protección de los datos.

Respecto al hábeas data, Chirino Sánchez expresa:

Este concepto pretende hacer referencia a la posibilidad jurídica de proteger el derecho de los ciudadanos a acceder a las informaciones personales que se encuentren disponibles en registros magnéticos y manuales con el fin de ser revisados, y si representan para la persona un perjuicio, también el de ser corregidos o eliminados. (1997, p. 20)

Propiamente dentro del contenido del proyecto, se realizaba una separación o distinción entre el “hábeas data propio” e “impropio”. El primero es el que protege los datos personales en sí mismos y el segundo, el utilizado para garantizar el acceso a la información. Según se extrae de la exposición de motivos del proyecto, el primero contemplaría los derechos de acceso, modificación, adecuación al fin, confidencialidad, eliminación e inclusión de datos de la persona, pero con una omisión importante respecto a cuáles etapas del procesamiento o tratamiento de información serían tuteladas. Asimismo conforme lo señala Alfredo Chirino, pareciera que:

...se atiende al interés en cuanto al dato final, tal y como se encuentra consignado en el banco de datos, no así, por ejemplo, a las fases de recogida y grabación de los datos o, por ejemplo, la transmisión de datos más allá de las fronteras. (2005, p. 30).

Adicionalmente, algunos de los elementos que fueron contemplados en el proyecto revisten un carácter fundamental que merecen atención. Propiamente, el artículo 78 del proyecto se refirió a la “Eliminación y Supresión de la Información o del Dato Impugnado”. Específicamente el inciso d) aludió a los casos en que:

una información haya sido obtenida por delito, desviación de poder, por falta o negligencia del informante o del solicitante de la información, por violación del debido proceso o cuando, por conexión, deba eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.

Este inciso, tal y como lo expone el Dr. Alfredo Chirino, abrió una senda importante para que por medio del hábeas data pudiesen examinarse aquellas posibles lesiones a la autodeterminación informativa, por ejemplo, en el caso de que las autoridades investigativas en el ejercicio de sus funciones realizasen procesamientos de datos no autorizados y que violentaran el debido proceso.

Señala al respecto el autor supra-citado, la variedad de supuestos mediante los cuales las autoridades judiciales pueden incurrir en un procesamiento de datos que infrinja derechos fundamentales. Al respecto indica:

Los supuestos son muy variados. Se trata no sólo de la recopilación de datos obtenidos a través de la policía o del ministerio público, quienes tendría al efecto un verdadero banco de datos de pruebas y de datos personales para efectos de la investigación de delitos, como también obtendrían datos a partir de la unión y comparación de datos de diversas fuentes: fuentes oficiales (registros y oficinas públicas) como también fuentes privadas: agencias de viajes, tarjetas de crédito, llamadas por medio del teléfono celular, observaciones y recopilación de los datos de allí producidos, entre otros. Todas estas recopilaciones y procesamientos de datos son hoy posibles, y para los cuales no existe un fundamento legal claro, como tampoco existen reglas que den sentido al ejercicio de un derecho a la protección de datos (Chirino, 1997, p. 49).

Por las razones apuntadas anteriormente, resultaba sumamente importante la inclusión del hábeas data dentro de una normativa, ya que constituye un arma o herramienta defensiva para que el ciudadano pueda lograr la tutela y protección de sus datos personales, de cara a las posibles lesiones que le pueda provocar la actividad estatal. Se considera, asimismo, de gran importancia la utilización de esta herramienta aun cuando se encuentre en pie una investigación criminal y en la ejecución de la misma se hayan admitido medios inadmisibles para la obtención de determinados fines, o con violación a las reglas que conforman la autodeterminación informativa, las cuales

también forman parte del debido proceso, más con un importante problema: al ser el hábeas data una herramienta reactiva y no preventiva, todo el proyecto se concentra en la inclusión de normativa que permita la reacción cuando el daño ya ha sido ocasionado. Bajo este panorama, resulta acertada la posición de Chirino Sánchez, quien respecto a este punto, ha sostenido:

La argumentación del Hábeas Data pone en juego, entonces, un doble concepto: o alcanzamos un mero acceso a los datos (habeas data) o realizamos el ideal de autodeterminación informativa del ciudadano, esto es, no sólo la facultad de obtener los datos e informaciones que circulan, sino también tomar contacto con ellos, saber que sucede con ellos, conocer los objetivos que respaldan el procesamiento, también su destino y además con la transparencia necesaria que produzca también una visibilidad de todas las etapas del tratamiento de la información. La autodeterminación informativa no es un derecho a tener los datos, no es un derecho patrimonial, ni se puede reducir a sus estrechos límites. (1999, p. 19)

En este sentido, debe observarse que la mera tutela del derecho al acceso de los datos crea una especie de dominio o propiedad del individuo hacia estos, cuando lo esencial es tutelar el derecho del ciudadano a saber qué datos de su persona están siendo tratados, con qué finalidad y bajo qué circunstancias.

Ahora bien, aun con las críticas señaladas debe indicarse que las aspiraciones de este proyecto fueron sumamente positivas, ya que a partir de un reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la autodeterminación informativa, se pretendió la implantación de un marco jurídico que lo desarrollara y que permitiese controlar el uso por parte de terceros de datos personales. Propiamente dentro del proceso penal, este recurso cobra suma importancia, ya que un procesamiento de datos que no respete los derechos reconocidos al implicado, debe ser considerado violatorio del debido proceso y, por ende, no utilizable para fundar una decisión judicial. Se trata de prueba que necesariamente debe ser excluida del proceso al contener un vicio de carácter absoluto, en tanto infringe derechos constitucionales.

Lo anterior cobra vigencia dentro del derecho probatorio, ya que aun cuando se trate de la obtención de datos a raíz de una investigación criminal, se deben ineludiblemente respetar reglas y

principios que forman parte del debido proceso, a fin de que la persona acusada no se convierta en un mero objeto del proceso, sin que ello signifique, conforme lo ha expuesto el autor supra-citado:

...que haya una carta blanca para que los delincuentes se rearmen con la herramienta informática o que estos queden fuera de la acción del Estado producto de haberle atado las manos a las autoridades encargadas de investigar delitos, sino que significa que también en materia de derecho probatorio, y sobre, todo, cuando se trata de un procesamiento de datos con ese fin, se deben cumplir una serie de reglas y principios que forman parte integral del derecho procesal como derecho constitucional aplicado. (Chirino, 1997, p. 47)

Adicionalmente, el proyecto contemplaba la eliminación del dato cuando la información proviniera de una fuente declarada ilegal, o bien cuando la fuente fuera legal, pero hubiera actuado, por ejemplo, en violación al debido proceso, constituyendo prueba ilícita que no podría incorporarse a este, o de ser incorporada debería declararse ilegal, conforme a las previsiones establecidas en la normativa procesal penal.

Si bien el hábeas data es una herramienta reactiva y no preventiva, al menos se fomentaba con el proyecto la posibilidad de obtener una herramienta procesal para salvaguardar la libertad de la persona dentro de la esfera informativa.

Debe indicarse que este proyecto constituía una propuesta integral que venía a llenar un vacío existente en nuestra legislación. El hábeas data funcionaba como una vía especializada para asegurar la eficaz protección de la identidad informática de la persona.

Como este proyecto de ley fue archivado y hasta ese momento la tutela había correspondido directamente a la Sala Constitucional, se requirió de un marco legal que asegurara y garantizara preventivamente el derecho a la autodeterminación informativa. Así surge recientemente la llamada Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, la cual será abordada en un capítulo posterior.

Como punto referencial, conviene indicar que la falta de una ley en esta materia ya era tema de análisis de nuestro Tribunal Constitucional, que incluso a poco menos de dos meses de promulgarse el citado marco legal, estableció:

La falta de una ley que defina un marco legislativo e institucional de protección de los datos, vulnera los derechos fundamentales del ciudadano en una sociedad profundamente interconectada y muy dependiente de la información que se distribuye y que eventualmente se comercializa. Se requiere un marco de protección preventivo que solo puede ser alcanzado vía legal y con la intervención de órganos flexibles, con capacidad para adelantarse a algunas lesiones que en potencia podrían poner en riesgo el desarrollo de los derechos ciudadanos en la sociedad tecnológica. 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. (Sentencia 7937-2011)

Es así como en nuestro país se ha venido prestando atención al estado actual del ambiente informativo y tecnológico, que si bien permite el desarrollo del ser humano, al mismo tiempo provoca riesgos de ataque a los derechos humanos, y por tal razón se ha incorporado el derecho a la autodeterminación informativa en la legislación costarricense; sin embargo, se estima que aún faltan muchísimos supuestos que regular -sobre todo en lo que concierne a la rama del derecho penal-.

Capítulo III. La funcionalidad de la administración de justicia a la luz del derecho a la autodeterminación informativa vs. investigaciones criminales

Cada cuatro años previo a las elecciones presidenciales, se desatan en nuestro país las campañas electorales de quienes tienen como propósito la captación de votos. Mediante estas campañas los candidatos de partidos políticos dan a conocer sus programas de gobierno en el ámbito económico, social, cultural, político, en fin, su ideología de gobierno.

A través de una combinación estratégica de elementos, se logra persuadir al ciudadano para que decida a favor de un candidato; el mensaje se convierte quizá, en el medio más efectivo de la campaña por el que se lanzan temas de interés para el conglomerado social.

Estratégicamente, uno de los temas primordiales para el planeamiento y ejecución de toda propaganda política, es el de la inseguridad ciudadana; a través de las llamadas “políticas de gobierno” de los aspirantes a la candidatura, se trata de dar respuesta y solución a un problema tan inquietante y apremiante como lo es el fenómeno delictivo y la inseguridad que conlleva. El concepto de seguridad se convierte en un tema popular, cuyo ideal es alcanzar la paz a cualquier costo, incluso de garantías fundamentales.

Bajo este contexto, el derecho procesal penal moderno se encuentra fuertemente vinculado con los problemas que tanto aquejan a la ciudadanía, como el combate contra la criminalidad y, por ende, la política de la seguridad. Esta vinculación tiene el objeto único de alcanzar la eficiencia y funcionalidad de la administración de justicia penal. El derecho penal y el procesal penal, tal y como lo afirma Chirino Sánchez “...se convierten en esta discusión en un ámbito de experimentación que sigue las reglas de la prueba/error, en la cual se investiga cómo es posible alcanzar la verdad a cualquier precio.” (1999, Pp. 20-21)

Precisamente, producto de una lucha contra la criminalidad enarbolada con una política de mano dura y un proceso penal eficiente, surge la llamada “funcionalidad de la administración de justicia penal”, término acuñado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, y que hoy día ha llevado a un replanteamiento de los derechos y garantías fundamentales del acusado dentro de un proceso penal, en aras de justificar un “fin superior” estatal y de instaurar modelos de control sesgados por la eficiencia de un proceso penal.

Al respecto se indica en el artículo “Las tecnologías de la información y el proceso penal” lo siguiente:

“La funcionalidad de la administración de la justicia penal” pertenece a este grupo, cada vez más amplio, de bienes sin contenido, que pueden ser llenados por la vía de interpretación, y que tienen un papel importante a la hora de determinar el equilibrio entre los intereses del Estado (en este caso de la investigación de los delitos) y los derechos fundamentales del ciudadano. En la forma en la que ha sido utilizado este bien jurídico por el Tribunal Constitucional alemán, abre la posibilidad a que en los casos en que exista una posibilidad de limitar las facultades de la investigación del Estado en razón de un derecho del acusado, este último se hace ceder a aquellas con el fin de que el interés público de realización de la justicia no se restrinja. Es cierto que hay un interés social importante en que se investigue los delitos, y esto es en cierto sentido algo que se entiende por sí mismo, pero también es cierto que no existe en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución Política de Costa Rica ninguna norma que establezca a la funcionalidad de la administración de la justicia penal como un bien jurídico con entidad propia, y aun cuando se pretenda derivar de la misma del principio del Estado de Derecho, esta misma metodología interpretativa no permite que alguno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que derivan directamente de la dignidad del hombre, puedan verse limitados para garantizar este interés social en la investigación satisfactoria de un delito. (Chirino, 1997, pp. 42-43)

Este término, si bien fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, se considera no escapa de la realidad latinoamericana y mucho menos de nuestro país. Fiel reflejo de ello es el Proyecto de Ley número 18.317, actualmente en el lugar doce del Orden del Día de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, presentado por el diputado del Movimiento Libertario Carlos Humberto Góngora, mediante el cual se pretende realizar una reforma integral de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos privados e Intervención de Las Comunicaciones Telefónicas, ampliando las capacidades de la policía judicial en el ejercicio de sus funciones.

Este proyecto, sumamente temerario y peligroso, pretende cambios en el ordenamiento jurídico que violentan el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Así se encamina hacia la modificación de los temas relativos al registro, secuestro y examen de documentos privados, así como lo relativo a las intervenciones telefónicas de los ciudadanos.

Dentro del contenido del articulado que se pretende reformar, se destacan elementos de gran interés para el proceso penal; a través del proyecto se pretenden ampliar las facultades de la policía judicial en su labor investigativa, flexibilizando las intervenciones telefónicas que hoy en día son exclusivas de un juez a otros funcionarios, bajo la idea de que los jueces no pueden pasar horas o días escuchando una intervención telefónica, pues ello podría generar un descuido en sus labores. Tan temerario es el proyecto que se olvida que en un Estado de Derecho como el nuestro, es el juez quien se convierte en un garante de los derechos del sometido al proceso penal. Es inaceptable pretender suprimir una garantía fundamental bajo un supuesto también inaceptable; simplemente no pueden quedar sin control jurisdiccional aquellas diligencias que por su naturaleza excepcional tienden a restringir derechos fundamentales del investigado.

Asimismo, bajo la corriente del populismo punitivo, se pretende ampliar el registro, secuestro y examen de documentos privados, así como las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, a más categorías de delitos. Se autorizarían cuando la investigación lo requiera, sin tomar en cuenta si existen o no indicios suficientes de que se haya llevado a cabo una actividad delictiva que permita consentir ese medio de prueba. Este contenido especialmente, atenta contra los derechos consagrados en la Constitución Política, ya que, lejos de lo que se trata de instaurar, los juzgadores deben de ser particularmente exigentes respecto de la existencia de indicios que legitimen las actuaciones policiales. De lo contrario, cualquier ciudadano puede ser sometido incluso a una intervención de su vida privada, aunque no sea parte de un proceso penal. Adicionalmente, se pretende eliminar la actuación de la defensa en la selección de las comunicaciones útiles y relacionadas con la investigación.

El escenario que tenemos a la vista respecto a las reformas que se pretenden introducir, sin duda alguna pretende limitar los derechos y garantías constitucionales de las personas objeto de una investigación, e incluso de quienes ni siquiera tienen relación alguna con esta. Este proyecto pretende institucionalizar el delito por lo que se es y no por lo que se hizo, aplicando un claro,

antidemocrático y repudiable derecho penal de autor. Al facultar a la policía judicial para realizar este tipo de investigaciones sin un adecuado control jurisdiccional, los faculta también para manejar a discreción bases de datos de cuanta persona se vea involucrada en una intervención telefónica, por ejemplo; sin duda el proyecto tiende de forma sumamente peligrosa a restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos en general, pretendiendo controlar prácticamente todos los ámbitos de la vida privada.

No se puede olvidar que en la base misma de la democracia, se encuentran los derechos de personas sometidas a un proceso penal en condición de imputados, derechos que deben fortalecerse a sí mismos a través de un adecuado ejercicio y a través de una justicia pronta, cumplida y respetuosa del principio intrínseco de todo ser humano, su dignidad; defender a una persona sometida a un proceso penal y defender sus garantías es vivir la democracia. Resulta absolutamente impensable la existencia de un sistema democrático sin esas garantías de carácter procesal. Tanto es así, que podemos afirmar que todo aquello que atente contra estas lo hace también contra la democracia, anulando el arduo camino que en el decurso de la historia se ha recorrido para obtener el reconocimiento de los derechos humanos, penosamente acercándola a un régimen despótico, caracterizado por la represión y la arbitrariedad.

En nuestros días, quienes abogan por la llamada “seguridad ciudadana”, pretenden relativizar y hasta suprimir estas garantías procesales, tendiendo prácticamente a una represión casi absoluta de los derechos humanos, bajo la instauración de políticas de mano dura y cero tolerancia: Los propulsores del populismo punitivo buscan canjear nuestra libertad por seguridad, relativizando las garantías constitucionales de todos los ciudadanos por igual, pero con una connotación particular para quienes han tenido que enfrentar un proceso penal en calidad de imputados.

Ahora bien, de cara a lo expuesto, se considera que la implementación de estas nuevas tecnologías trae aparejada la necesidad de aumentar las posibilidades de éxito en la investigación de los delitos, éxito que se pretende obtener a costa de la invasión a derechos fundamentales del ser humano. Penosamente, la protección de datos de la persona se observa, bajo el eficientismo penal y las llamadas corrientes del populismo punitivo, como un obstáculo más para lograr alcanzar la tan anhelada política de seguridad. No es un secreto que los defensores del populismo punitivo tachan al derecho penal como un derecho permisivo y alcahuete, determinando que únicamente bajo el

acopio desmedido de cantidad de información que de las personas se pueda recopilar, es posible garantizar la lucha contra la criminalidad.

Al respecto, el Dr. Alfredo Chirino ha desarrollado en su artículo “Protección de datos y moderno proceso penal-aspectos constitucionales y legales”, las ideas de eficiencia en la justicia penal, el derecho fundamental a la seguridad, y la sustitución del concepto de derecho procesal penal por el concepto de lucha contra la criminalidad, bajo el enfoque de la realidad alemana. Sin embargo, se estima que las apreciaciones que en dicho artículo se realizan, no se encuentran muy lejos de la realidad latinoamericana, conforme se indicó líneas atrás. Al respecto el autor citado, ha sostenido:

Estos cambios en el proceso penal están marcados también por los objetivos y fines de la política de seguridad, fuertemente dirigida a la prevención, que ha provocado un tránsito hacia el abandono de garantías y principios del estado de derecho que hasta la fecha habían orientado el desarrollo del proceso penal. El nuevo estilo del proceso penal será medido por la amplitud y gravedad de las justificaciones para permitir ataques en posiciones individuales, así como por sus efectos en la libertad de los ciudadanos y por sus efectos de orden simbólico.

Estos aspectos son características de la política populista que se ha convertido en la política de seguridad actualmente dominante. (Chirino, 1999, p. 13)

Se trata de una corriente populista compuesta de diversas medidas erróneamente adoptadas para luchar contra la delincuencia y, dicho sea de paso, con un gran apoyo popular, pero que en la práctica no suelen producir los efectos deseados en la lucha por disminuir la criminalidad. Estas corrientes en nuestro país devienen del orden punitivo denominado “tolerancia cero”, e implementado en el estado de Nueva York mediante la instauración de medidas sumamente represivas, embanderadas por la política de limpieza de clases. A través de la política de mano dura de Rudolph Giuliani, alcalde de New York, y William Bratton, ex jefe de la policía de Nueva York, se elevó masivamente el número de efectivos policiales, pero con ello las detenciones arbitrarias y el abuso policial; se desató “una guerra contra los sin techo, la mendicidad, infracciones menores, la ebriedad, el ruido y los actos desviados de las buenas costumbres” (Kliksberg citado por Llobet, 2010, p. 15), política que sin lugar a dudas estableció criterios sumamente discriminatorios para quienes eran objeto de detención. Sobre este punto en particular

debe destacarse que, si bien se ha apuntado hacia una lucha contra la criminalidad organizada, los objetivos de la llamada “política de seguridad” no realizan diferenciaciones respecto a la criminalidad común, razón por la cual se puede afirmar que los medios de persecución utilizados sirven tanto para una, como para la otra.

Sobre el mismo tema, el Dr. Alfredo Chirino Sánchez señala acertadamente lo siguiente:

La sociedad asustada con los datos sobre criminalidad y violencia que le son todos los días transmitidos por los medios de comunicación colectiva exige poco a poco, como remedio esperanzador, que el “Estado de Seguridad o Vigilancia”, que produzca este ansiado bien aun cuando se pierda libertad en el proceso. Confiado de esta nueva labor, no logramos otra cosa más sino que el hambriento Estado ahora se lance en pos de todos estos datos personales para realizar sus tareas de control y vigilancia. (1997, p. 13)

Se advierte que este discurso populista, arraigado en una política de seguridad ciudadana, está dirigido hacia la totalidad de la población y es un alto porcentaje a quien no sólo se le trasmite el mensaje, sino que lo recibe, lo introyecta y lo legitima, produciéndose el efecto querido de “una convicción generalizada”, sin detenerse ni un minuto a pensar que no nos encontramos exentos de ser detenidos arbitrariamente y ver menoscabados nuestros derechos, aun cuando no seamos propiamente objeto de una investigación criminal. Así, el ciudadano no considerado siquiera sospechoso, es también observado e investigado y, quizá sin darse cuenta, canjea su libertad por seguridad. Como bien lo apunta el Dr. Javier Llobet, catedrático de la Universidad de Costa Rica:

El carácter arbitrario no libra a nadie de ser detenido y el apoyo a la política de cero tolerancia supone la aceptación de este riesgo. Es una expresión de la voluntad de estar dispuesto a sacrificar la libertad por la obtención de la seguridad, sin percatarse que sin libertad tampoco habrá seguridad. (2010, p. 15)

Erróneamente se legitima el discurso, ya que la problemática social de la criminalidad es del otro, del “extraviado”, no del ciudadano medio común, quien parece observar los toros desde la barrera sin darse cuenta que aun como ciudadano común no involucrado en ninguna investigación criminal, no se encuentra exento del control estatal. Quizá es un problema incluso mediático, en el que se muestra una realidad plagada de delincuencia, con un sesgo importante sobre una

realidad que me perjudica como ciudadano medio común, pero nunca como delincuente. “El uso de la inseguridad consagra la convicción de que el único factor que impide vivir normalmente son los delincuentes” (Elbert, 2011, p. 11).

Bajo la misma tesitura, Chirino Sánchez expresa lo siguiente:

En esta carrera por la “eficiencia” no se duda en potenciar la necesidad de reducir garantías clásicas a favor del imputado, cuando las mismas resultan sospechosas de reducir la “eficiencia” de la reacción estatal, o cuando un respeto de estas acarree una disminución de las posibilidades de éxito frente a la criminalidad. (1997, p. 43)

En salvaguarda a la funcionalidad de la administración de justicia, se transforman las limitaciones del derecho penal y se permiten formas de investigación que resultan muchas veces violatorias de garantías consagradas en la Constitución Política y demás cuerpos normativos.

Bajo ningún discurso es permisible olvidar que el estado costarricense optó por un régimen democrático de derecho y no por un régimen autoritario, que le impone a las autoridades públicas límites en el ejercicio de sus funciones, definidos justamente por el contenido esencial de los derechos, libertades y garantías fundamentales de las personas, previstos no solo constitucionalmente, sino en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, el papel amenazador del Estado no ha surtido ningún cambio, simplemente de forma quizá más sutil utiliza las herramientas que el vertiginoso avance tecnológico le ha proveído para procesar electrónicamente los datos de los ciudadanos, con una acentuación especial en quienes están siendo investigados dentro de un proceso penal.

Así establece el Dr. Chirino Sánchez:

Ahora el acusado no siente en su cuerpo las acciones injustas de los órganos de investigación, sino que las herramientas de control tecnológico lo siguen, lo observan, lo perfilan, sin que él se dé cuenta. En esta nueva etapa del desarrollo del proceso penal resulta necesario tener en cuenta que esta sutileza y falta de violencia del proceso penal no cambia sus riesgos y peligros, sino que se acentúan cuando se reducen las libertades de los ciudadanos con ciertos parámetros “cuasi-

constitucionales” fortalecidos que permiten que, en el caso de balancear derechos fundamentales y posibilidades de control, triunfen estos últimos. (1999, pp. 29-30)

Capítulo IV. Análisis de la prueba en el proceso penal a la luz de la obtención y procesamiento de datos

La protección de datos dentro del proceso penal es un tema que causa suma preocupación y desvelo, ya que en los últimos años, producto de la innovación tecnológica, han surgido cambios que conducen a disminuir la facultad de los ciudadanos de controlar qué datos pueden ser obtenidos y procesados por las autoridades encargadas de la persecución penal.

Tal y como lo expresa el doctor Alfredo Chirino:

La característica fundamental de estos cambios se notan en mayores posibilidades para grabar y procesar datos personales de personas inocentes, sobre las cuales no pesa ninguna sospecha de haber cometido delito, incluso más allá de las usuales capacidades de la policía para reaccionar frente a peligros. (1997, p. 47)

Efectivamente, se considera que la implementación de nuevas tecnologías en el ámbito del derecho procesal penal, aumenta las posibilidades de éxito en la investigación de los delitos; sin embargo, ello trae aparejados múltiples problemas legales, ya que con el objeto de buscar la verdad de los hechos, se utilizan herramientas de avanzada que ocasionan una crisis de garantías dentro del proceso penal. Estos métodos, como las intervenciones telefónicas, secuestro de documentos, captación de imágenes y videos, entre otros, han penetrado en la escena penal, cobrando un protagonismo inusual y resultando invasivos a la intimidad, privacidad y a la autodeterminación informativa y, peor aún, bajo el escudo de una lucha sin tregua contra la criminalidad.

Debido a que es en el proceso penal en donde se han evidenciado importantes transformaciones en la utilización de nuevas herramientas de control y vigilancia, a las que se enfrentan importantes garantías constitucionales, conviene, a continuación, apuntar una consideración respecto del derecho probatorio y sus implicaciones de cara al uso de nuevas tecnologías en la investigación de los delitos.

Consideraciones respecto a la prueba

El derecho a la prueba constituye una garantía fundamental del debido proceso, de ahí la importancia de determinar el valor probatorio de cada uno de los elementos de prueba aportados al proceso penal; resulta importante determinar si estos han sido obtenidos de manera lícita, constituyendo una prueba válida dentro del proceso penal, o si por el contrario constituyen prueba prohibida, producto de la invalidez de la fuente de prueba. Este análisis tiene importancia dentro de un Estado Democrático como el nuestro, en el que aquellas actuaciones de las autoridades judiciales que impliquen vulneración a los derechos y garantías individuales, resultan ilegales, ya que se parte de que el límite al efecto de la prueba lo constituye justamente el respeto a los derechos y garantías de la persona.

El autor Cafferata Nores, en su libro *La prueba en el Proceso Penal* (1988), realiza un abordaje sumamente amplio de la prueba y las implicaciones de la misma dentro del proceso penal, razón por la cual conviene introducir algunos de los contenidos desarrollados al respecto.

El autor indica, en relación a la conceptualización de la prueba, que esta

es la que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente”, noción que llevada al proceso penal, permite conceptualizarla como “todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. (Cafferata, 1988, pp. 3-4)

Así, se puede afirmar que la prueba en el proceso penal permite determinar la veracidad o no de los hechos objeto de una acusación. Así se puede afirmar que, la prueba es todo aquello que sirva para el descubrimiento de la verdad real de los hechos investigados dentro del proceso penal.

En atención a lo anterior, se debe aludir a dos conceptos adicionales: los medios de prueba y los elementos de prueba. Cafferata Nores ha definido los primeros como

el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso”, pero ¿qué se define por elemento de prueba?, según el autor este “es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la

imputación delictiva. Estos datos consisten en los rastros o huellas que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesión) o en la psiquis (percepción) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos (v.gr.: la pericia demostró que la mancha es de sangre). (1988, p. 13)

Definidos los anteriores conceptos, resulta de importancia determinar, no sólo la legalidad o ilegalidad de los elementos de prueba, sino también los actos realizados durante la etapa de investigación por parte del Ministerio Público o la policía judicial, quienes suelen obtener los elementos de prueba que serán utilizados dentro del proceso penal para sostener una hipótesis fáctica respecto a la comisión de un hecho delictivo.

Toma importancia la legalidad en la obtención de los elementos de prueba, ya que estos constituyen el presupuesto indispensable para la formación por parte del juez de una convicción válida respecto a la hipótesis acusatoria; así, una prueba válida es aquella que se predica del cumplimiento de los preceptos legales establecidos para obtenerla, es decir, que haya sido obtenida de forma lícita, sin contrariedad alguna a los derechos fundamentales. Al contrario sensu, una prueba ilegal es aquella que se ha obtenido en violación a los lineamientos y formas establecidos legalmente para su obtención.

Cafferata Nores (1988) ha establecido que la ilegalidad de la prueba obedece a dos motivos: el primero de ellos se refiere a su irregular obtención y el segundo, a su irregular incorporación al proceso. En atención a estos dos elementos ha indicado:

Obtención ilegal

A) Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. En este sentido, se ha resuelto, por ejemplo, que la prueba recogida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio "carece de aptitud probatoria", y que corresponde dejar sin efecto la resolución

dictada en contra del imputado si en ella "se meritúan pruebas recogidas de un allanamiento y secuestro insalvablemente nulo. (Cafferata, 1988, pp. 14-15)

Respecto a lo anterior, destaca un elemento de suma importancia, que es el olvido de que la justicia no puede bajo ninguna circunstancia aprovecharse de actos contrarios a la ley en la obtención de pruebas que pretendan ser incorporadas al proceso.

B) Del orden jurídico vigente surge la prohibición de utilizar ciertos *métodos* para la obtención de pruebas. Así, cabe considerar proscritas todas aquellas formas de coacción directa, física o psíquica, sobre las personas, que puedan ser utilizadas para forzarlas a proporcionar datos probatorios. Por ejemplo, no sería legítimo suministrar a un testigo las llamadas "drogas de la verdad" en contra de su voluntad, para obligarlo a decir lo que no quiere. Por ello, el dicho así obtenido sería ilegal y, por ende, ineficaz para formar el convencimiento del juez. (Cafferata, 1988, p. 16)

Este punto reviste importancia, en tanto parece ser superada hoy en día la utilización de métodos crueles, con el fin de obtener la verdad material a toda costa, pero reemplazada por el uso de herramientas tecnológicas sumamente sutiles y apacibles que no logran despertar en el ciudadano común preocupación alguna, pero cuya utilización incide directamente en los derechos fundamentales del ciudadano, no siempre de forma tan positiva, como comúnmente se muestra. En este sentido, expresa Chirino Sánchez:

Ahora el acusado no siente en su cuerpo las acciones injustas de los órganos de investigación, sino que las herramientas de control tecnológico lo siguen, lo observan, lo perfilan, sin que él se dé cuenta. En esta nueva etapa del desarrollo del proceso penal resulta necesario tener en cuenta que esta sutileza y falta de violencia del proceso penal no cambia sus riesgos y peligros, sino que se acentúan cuando se reducen las libertades de los ciudadanos con ciertos parámetros "cuasi-constitucionales" fortalecidos que permiten que, en el caso de balancear derechos fundamentales y posibilidades de control, triunfen estos últimos. (1999, pp. 29-30)

C) La protección de algunos intereses considerados más importantes que el descubrimiento de la verdad, que determina en ciertos casos la prevalencia de

aquéllos sobre esta, puede derivar en obstáculos probatorios. Tal sucede, por ejemplo, cuando en aras de la *cohesión familiar* se prohíbe a los ascendientes o descendientes del imputado declarar como testigos en su contra. Consecuentemente, los datos probatorios obtenidos en violación de esta prohibición serán ilegales y no podrán ser válidamente utilizados para formar la convicción judicial. (Cafferata, 1988, p. 17)

D) Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser constreñido a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquéllas le reconocen la condición de sujeto incoercible del proceso penal. En virtud de esto se prohíbe no sólo obligarlo a declarar sino que se proscribe igualmente imponerle su intervención en un careo o en una reconstrucción del hecho u obligarlo a realizar un cuerpo de escritura. La garantía alcanza, en suma, a su posible intervención como *órgano de prueba*. De ello se sigue que no se podrá utilizar válidamente como prueba lo *dicho o hecho* por aquél en cualquier acto probatorio practicado con violación de aquellas reglas. (Cafferata, 1988, p. 17)

Respecto a este postulado, ejemplifica el autor que la Cámara de Acusación declaró ilegal la extracción coactiva de sangre al imputado para practicar con ella una pericia, argumentando que

...se trataría de constreñirlo para que decida facilitar la realización de un medio de prueba que podría contener un factor probatorio en su contra, a la vez que se lo privaría de su «autonomía corporal» sin disposición legal que lo autorice. (Cafferata, 1988, p. 20)

E) También las fuentes extraprocesales de conocimiento o información (v.gr., denuncia anónima, "informes de inteligencia"), que pueden llegar a dar origen a una investigación policial o judicial, deben reunir las *mismas* exigencias de legitimidad requeridas para las pruebas que se pretenda utilizar en el proceso. Si bien en los casos de acción pública perseguible de oficio los órganos de persecución penal deben iniciarla tan pronto tengan noticia, por cualquier medio, de la posible existencia del delito, esto no quiere decir que la noticia (que el medio contiene) pueda ser ilegalmente obtenida o transmitida. Aprovechar la ilegalidad

para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibles como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión. Sea *ex ante* o *ex post* al inicio de la investigación, la ilegalidad sigue siendo tal. Y no se puede caer en la hipocresía de intentar validar la ilegalidad de la información permitiendo la realización de "medidas procesales encaminadas a confirmarla", que sí valdrán como prueba, con olvido o desinterés de su espurio origen. (Cafferata, 1988, p. 18)

Incorporación irregular

A) El ingreso del dato probatorio en el proceso deberá ser realizado respetando el *modo* de hacerlo previsto en la ley (o el análogamente más aplicable en caso de que el medio de prueba utilizado no estuviera expresamente regulado). (Cafferata, 1988, p. 18)

B) Además, cuando la ley impusiera *alguna formalidad especial* para su producción, relacionada con el derecho de defensa de las partes, la observancia de ella será también condición *sine qua non* para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporada. Por ejemplo, si se tratara de que la autorice, "la teoría general de la prueba en materia penal [...1 ha resuelto el problema", pues los actos que implican meramente la colaboración pasiva del imputado "son posibles de realizar aun en contra de su expresa voluntad". (Cafferata, 1988, p. 19)

C) Otras veces, en virtud de los caracteres propios de la etapa del proceso que se transita, se impone una *forma de recepción* determinada (v.gr., durante el juicio, los testimonios serán recibidos en forma *oral*; arts. 363 y 391), o se la condiciona a la observancia de ciertos requisitos (v.gr., a las actas judiciales sólo se las podrá incorporar al debate si fueron labradas conforme a las normas de la instrucción; art. 392). (Cafferata, 1988, p. 19)

D) La inobservancia de cualquiera de estas disposiciones impedirá utilizar el dato conviccional, recibido sin resguardarlas, en la fundamentación de toda resolución (v.gr., si el desarreglo determinó la nulidad del acto de recepción de la prueba), o sólo en la sentencia definitiva (v.gr., un reconocimiento practicado en la

instrucción sin observar formas *no* impuestas bajo pena de nulidad. (Cafferata, 1988, p. 19)

Bajo los preceptos anteriores descansa la ineficacia jurídica de la prueba que ha sido obtenida en forma ilegal o mediante la vulneración a las formas previstas legalmente para la obtención de la misma, en resguardo a las garantías y derechos constitucionales que cobijan al ciudadano en general y, con mayor extensión, a quien es sometido a un proceso penal.

Al respecto, debe indicarse que para medir la eficiencia en una investigación, no es suficiente valorar la estrategia de investigación y sus resultados tangibles, sino que también resulta necesario apreciar si el camino utilizado para la obtención de la prueba y de los resultados obtenidos es respetuoso de los derechos y garantías establecidas como parte del debido proceso. De ahí la importancia de cuestionar la forma en la que se recopilan los datos y las diversas etapas de tratamiento.

Sobre este tema en particular, el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, citando a Armijo Sancho, ha indicado:

Este aspecto constitucional, tanto desde el punto de vista de la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales, como del uso de un determinado medio de prueba dentro de la práctica cotidiana de los órganos del control penal, obliga a referir no a garantías formales (por ejemplo, la intimidad como un derecho formal garantizado) sino a efectivos medios de tutela de los derechos también frente al sistema penal. El nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica (artículo 182) nos enfrenta a esta paradoja en la declaratoria de garantías cuando dice, interpretado a contrario sensu: “A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante la tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona”. Este artículo como nos lo recuerda Armijo Sancho, daría opción para que también en la jurisdicción de adultos y juvenil se deje “...sin contenido

esencial las garantías que protegen la declaración del imputado, lo mismo que su derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. (1997, pp. 48-49)

Un aspecto esencial del tema de la prueba, es que el medio de prueba utilizado reviste un carácter no sólo formal, sino también sustancial. No basta la regularidad formal del acto, sino que, sustancialmente, la validez del acto debe resultar del respeto a los derechos fundamentales del sujeto, así como de las garantías esenciales del proceso. Solo mediante el cumplimiento de tales requerimientos se puede estimar la existencia de un proceso respetuoso, en el que la prueba pueda estimarse válida. Debe indicarse que, en materia de investigaciones criminales, existen en nuestro país estrategias de investigación que podrían comprometer los derechos fundamentales de los investigados. De ahí la importancia de contar con normativa específica que permita determinar la forma en la que la información se va a recabar y, posteriormente, las etapas del procedimiento a seguir como parte de la persecución del delito. Esta normativa además debe establecer como límite el principio de proporcionalidad, a fin de que aun cuando exista la necesidad o el interés social en la investigación de un delito, se logre demostrar que el procesamiento de datos es el único medio idóneo y racional para la consecución de los objetivos propuestos.

A modo de ejemplo, se mostrarán en el siguiente apartado algunas consideraciones respecto a las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, así como a las bases de datos de ADN; evidentemente esos ejemplos no agotan la multiplicidad de elementos de prueba utilizables en los procesos penales, producto de investigaciones criminales y de los medios de prueba empleados.

Del registro, secuestro y examen de documentos privados y de las intervenciones telefónicas

Con la entrada en vigencia de la reforma del artículo 24 de la Constitución Política, mediante la Ley N° 7607 del 29 de mayo de 1996, se estableció el derecho a la intimidad, libertad y secreto de las comunicaciones como garantías del individuo.

Señala el artículo citado lo siguiente:

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 otro 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. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. Constitución Política (1949, art 24)

Para demandar el cumplimiento constitucional mediante la Ley N° 7425 del 09 de agosto de 1994, se dio regulación a la intervención de las comunicaciones, secuestro y examen de documentos privados, ampliando en su artículo primero el concepto de documentos privados e incluyéndose dentro de ellos la correspondencia epistolar entre los ciudadanos, así como enunciando taxativamente los delitos bajo los cuales se autorizaba la intervención de las comunicaciones (secuestro extorsivo y delitos contemplados en la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas). Posteriormente se introdujo una reforma mediante la Ley N° 8200 del 10 de diciembre de 2001, en la que se amplió el campo de aplicación a otros delitos (corrupción agravada, proxenetismo, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas, menores para comercializar sus órganos, homicidio, genocidio, tráfico de personas, tráfico de personas para comercializar sus órganos, entre otros).

Así se preceptúa en el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, lo siguiente:

Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, telefax, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo. (1994, art 1)

Propiamente en el artículo 9 de la citada ley se preceptúa lo siguiente:

Dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado,

legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204, del 26 de diciembre del 2001.

En los mismos casos, dichos tribunales podrán autorizar la intervención de las comunicaciones entre los presentes, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26 de la presente Ley; cuando se produzcan dentro de domicilios y recintos privados, la intervención solo podrá autorizarse si existen indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva. (1994, art 9)

Las anteriores previsiones legales, de alguna manera regulan o establecen la injerencia de las autoridades judiciales en el registro, secuestro o examen de los documentos privados y de la intervención de las comunicaciones, a fin de evitar cualquier tipo de arbitrariedad o abuso,; sin embargo, presenta algunos problemas. Por ejemplo, Chirino Sánchez estima respecto a la correspondencia epistolar entre los ciudadanos que esta:

no lleva aparejada una correcta apreciación del principio de proporcionalidad, y una adecuada claridad de la manera en que podría ponerse límite a una ampliación de la cobertura del ataque al derecho fundamental, cuando, por ejemplo, la investigación tome contacto con la correspondencia epistolar entre personas no sospechosas, terceros de buena fe o incluso la víctima. Así concebida la facultad de intervenir estas comunicaciones amplía extraordinariamente las posibilidades que tienen las autoridades de la investigación criminal para realizar intervenciones en el área de la intimidad. (1997, p. 47)

Asimismo, respecto a los derechos del intervenido que se establecen en el numeral 4 de la citada ley, expresa:

...por otra parte, solo establece unos derechos al “intervenido” para que solicite la reconsideración de la medida (intervención que no indica que posibilidades existirían para solicitar la cancelación o corrección de determinados datos en mano de las autoridades, y si esta información podría ser procesada mediante medios informáticos), pero nada dice cuando terceros inocentes, que pueden ser afectados por la cobertura de la investigación, también pudieran tener un interés en limitar el

acceso a su intimidad. De igual manera, la intervención del derecho a la intimidad de estas personas no tendría ninguna legitimación en virtud del interés público preponderante, ya que ellos no han cometido ningún hecho delictivo, ni pesa sobre ellos una sospecha de haberlo cometido. (Chirino, 1997, p. 48)

También debe destacarse que, dado el contenido del segundo precepto legal citado, resulta lícita la intervención de las comunicaciones cuando en la práctica se hayan respetado las previsiones legales que regulan esos medios de prueba. En caso contrario resultarían ilegítimas, pero ¿cuáles son esas previsiones legales? ¿Se encuentran claramente establecidas en nuestra normativa? ¿Existe un procedimiento claro, definido, que permita regular la intervención telefónica?

La respuesta dentro del ámbito nacional es lamentablemente negativa; no se ha incluido en nuestro país normativa alguna que contemple las reglas claras que permitan equilibrar la utilización de esta técnica por parte de las autoridades judiciales en la investigación de los delitos y los derechos fundamentales de quien está siendo intervenido.

Obsérvese que en el artículo supra-citado, lo que se prevé son los delitos bajo los cuales es posible una intervención telefónica; en el contenido de la ley se establecen vagamente algunos lineamientos a seguir en el registro, secuestro o examen de cualquier documento privado, pero ¿cuándo se deben destruir las grabaciones de las conversaciones no útiles para el descubrimiento de la verdad? ¿Cuál es el plazo a partir del cual ciertos datos deben ser destruidos una vez terminado el proceso para el que fueron ordenados? ¿Qué sucede con aquellas personas que no tienen implicación alguna en el proceso -que no son siquiera consideradas sospechosas- y cuya información personal se obtiene a través de estas intervenciones? ¿Se establecen claramente los límites para la recolección de datos? No parecieran existir previsiones legales claras que determinen el procedimiento a seguir en la obtención de datos producto de la intervención de las comunicaciones telefónicas, y del registro, secuestro o el examen de cualquier documento privado, así como en el procesamiento de estos datos, situación que podría generar actuaciones ilimitadas por parte de las autoridades judiciales, provocando para el ciudadano importantes lesiones a sus derechos, y poniendo en entredicho el derecho a la autodeterminación informativa de los ciudadanos.

Las bases de datos de ADN

La identificación de rastros biológicos mediante la comparación del ADN se ha ido incorporando en forma paulatina a la investigación penal. Hoy día se considera una herramienta de gran utilidad para la justicia.

Las bases de datos de ADN constituyen pruebas normalmente admisibles dentro del proceso penal, en tanto el imputado no participe activamente en su obtención; sin embargo, como no existe un mayor cuestionamiento respecto a su utilización dentro del proceso, saltan a la vista situaciones que generan preocupación y que inciden directamente en el derecho a la autodeterminación informativa del sometido a la pericia.

Uno de los desvelos se asienta en que aún no ha sido establecido en nuestro país el uso que debe dársele a estas muestras, una vez que han sido utilizadas como prueba dentro del proceso penal; su destino se encuentra hoy día a la deriva.

Respecto a esta inquietud, Rosaura Chinchilla y Rosaura García han indicado:

La tecnología asociada al uso del ADN plantea nuevos retos, para los que esa posición de la Sala resulta insuficiente como sería ¿se vulnera ese precepto si las muestras son crioconservadas indefinidamente, manipuladas a través de la ingeniería genética, etc. Ignorando la persona que ocurrirá con ellas más allá de su muerte?, ¿hay un envilecimiento del ser humano si de las muestras se extrae ADN para remitirlo a bancos genéticos que vendan este material en el mundo?, ¿degrada a la persona el hecho de que puedan efectuarse reproducciones de sí mismos idénticas (clones) a partir de las tomas obtenidas para un determinado proceso penal?, ¿afecta este derecho fundamental el que se conozcan circunstancias genéticas personales como enfermedades o predisposiciones y le sean o no reveladas al interesado?, ¿se vulnera el precepto si cualquiera puede tener acceso al resultado de ese análisis incluyendo compañías de seguros, de empleos, etc.?

(2009, pp. 122-123)

Resulta claro que la información obtenida a través de estas pruebas y las bases de datos que se elaboran producto de ellas, es sumamente sensible, ya que constituye mecanismos de identificación con las implicaciones que ello puede generar en los diversos ámbitos en los que se desarrolla el ser humano. En la actualidad, si bien las bases de datos de perfiles de ADN son en gran parte promovidas por el Estado como parte de investigaciones criminales, también son sumamente codiciadas por otras instituciones a las que les interesa conocer el perfil de su cliente para la toma de alguna decisión. Tal es el caso de las agencias de seguros. Esta circunstancia implica la creación de un estatuto jurídico que permita su regulación, no solo como un mecanismo de protección para la persona sometida a pericias, sino también para establecer las pautas de quiénes pueden tratar la información contenida en esas bases de datos, con qué finalidad y bajo qué circunstancias.

En derecho comparado, vale citar la resolución emitida por el Tribunal Constitucional Español número 292-2000 del 30 de noviembre del año 2000, mediante la cual se indicó que son datos sujetos al derecho fundamental a la protección de datos, los siguientes:

...todos aquellos que identifique o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico, o de cualquiera otra índole, o que sirvan para cualquiera otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. Reusser, C. (2005). Perfiles de ADN y bases de datos: los desafíos de la autodeterminación informativa en Europa. *Revista chilena de derecho informático*, 6, 101-110. doi: 10.5354/0717-9162.2005.10728.

Por las razones anteriores, resulta determinante incluir un marco normativo que regule lo concerniente a las bases de datos de ADN, a efectos de delimitar los alcances del derecho a la autodeterminación informativa en esta materia. Es claro que la falta de legislación al respecto no permite conocer el tratamiento que se le debe dar a ese tipo de información, lo que hace aun más latente el atropello a los derechos fundamentales del ser humano. Pese al abordaje jurisprudencial que ha realizado la Sala Constitucional, resulta indispensable determinar con claridad las reglas y principios a cumplir, ya sea dentro del proceso penal propiamente o inclusive fuera de este, una vez finalizado.

Respecto a las bases de datos que contienen información de personas, la Sala Constitucional ha referido:

Como se dijo en la sentencia de esta Sala número 2002-00754 y en mucha de su jurisprudencia posterior (cfr. sentencias , 2002-08996, 2003-03489, 2003- 03749, etc.), la calidad es un principio esencial del tratamiento de datos personales, lo cual implica que el operador de la base tendrá que almacenar únicamente información veraz, exacta, precisa y actual; el uso que se dé a los datos debe ser consecuente con el fin legítimo con que fueron recolectados, a partir del consentimiento informado de los afectados. Por su parte, la actualidad de los datos no significa llanamente que deben referirse a eventos actuales. Es claro que información relativa a determinados estados situacionales únicamente es actual si se refiere a condiciones persistentes al momento de su uso. No es actual un dato como el estado civil si este no corresponde con su situación presente, aún cuando el dato histórico pueda revestir alguna importancia. En cambio, existen informaciones que a pesar de verdaderas, exactas y empleadas legítimamente, pueden de alguna forma resultar lesivas para el individuo. De estas, las que produzcan consecuencias directas de acciones u omisiones ilegítimas de la persona, deben estar sujetas a un límite temporal, al cabo del cual deberán ser eliminadas de los registros o imposibilitado su uso. De lo contrario, las faltas (civiles, penales, administrativas, etc.) de una persona podrían generar consecuencias de carácter perpetuo, lo que es contrario a la letra y el espíritu del artículo 40 de la Constitución Política. En materia de condenas e investigaciones penales, esta Sala ha reconocido en una sólida línea jurisprudencial, que las anotaciones hechas como parte de la investigación policial, así como las sentencias penales, pueden ser preservadas durante un plazo finito, basado en los diez años de la prescripción ordinaria civil. (Cfr. Sentencias números 01490-90, 0476-91, 02680-94, 05802-99, etc.) Es claro que si incluso las consecuencias de orden penal (con la gravedad de las conductas que las propician) está sujeta a un límite temporal, con más razón lo deben estar las consecuencias de un incumplimiento contractual de carácter meramente patrimonial.... (Sentencia 8894-2005)

Capítulo V. Análisis de la Ley N° 8968 – Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales en relación al proceso penal

La sociedad de la información, tal como se apuntó líneas atrás, encierra la capacidad del ser humano para obtener, compartir y procesar cualquier clase de información por distintos medios, en cualquier lugar y en la forma en la que se prefiera; esta capacidad revelada a través de la tecnología, si bien ha traído grandiosos beneficios, provoca a la vez importantes riesgos con efectos muchas veces devastadores para la persona.

El mal uso de los datos, su escasa calidad y la desactualización de los mismos, provocan riesgos que causan a la vez serios problemas a sus titulares, razón por la cual, desde setiembre del año 2011, entró en vigencia la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, bajo el número 8968. Mediante esta ley, se definen las condiciones jurídicas del procesamiento de datos de personas identificadas o identificables y se procura tutelar el derecho a la autodeterminación informativa de toda persona física, en relación con su vida y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de estos en relación con los datos correspondientes a su persona. Tal como lo señaló el abogado Carlos Tiffer, esta ley se creó “sobre todo para permitirles a todas las personas mantener un control estricto sobre sus datos personales almacenados y difundidos.” (2012)

Señala Alfredo Chirino que la ley de protección de datos del 2011

es la parte principal del ordenamiento jurídico que gobierna la protección de datos en Costa Rica. Aun cuando la ley misma menciona el derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa, fue puesta en vigor para situar el derecho costarricense a tono con las modernas tendencias de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en particular, el derecho a la privacidad con respecto al procesamiento de sus datos personales. (2012)

Así la citada ley, publicada en el Periódico Oficial la Gaceta el 05 de setiembre de 2011, tiene como objetivo garantizar a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente el derecho a la

autodeterminación informativa en relación con su vida privada. Así, se establece mediante el artículo 1º el fin de esta ley, señalando:

Esta ley es de orden público y *tiene como objetivo garantizar* a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia, 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 la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes. (La negrita no corresponde al original) (Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, 2011, art. 1)

Obsérvese que el objetivo de la ley no es limitar el tratamiento electrónico de los datos, sino, por el contrario, limitar el control en su utilización contra aquellos abusos que se puedan originar con los datos e informaciones de las personas físicas. Se pretende asimismo, afianzar los derechos del ciudadano y, en particular, su derecho a la autodeterminación informativa, en tanto se orienta hacia su reconocimiento, indispensable en un Estado de Derecho como el nuestro.

Así se procura mediante la promulgación de la ley, de cara al avance tecnológico y especialmente frente al uso de la informática, la protección de los datos de la persona física, sin que ello implique una limitación *per se* del tratamiento electrónico que se realice de estos. Se pretende poner a disposición del individuo, los medios jurídicos para controlar el uso de sus datos personales, fomentando el control contra los abusos que puede generar el uso de datos e informaciones; así, por ejemplo, la persona podrá solicitar al responsable de la base de datos, que los datos se rectifiquen, actualicen, eliminen o bien cumplan con la garantía de confidencialidad, deber o garantía que perdura aun después de finalizada la relación con la base de datos. Sin embargo, debe indicarse que la garantía de confidencialidad tampoco es irrestricta, ya que puede ser relevada por decisión judicial, pero únicamente en lo que resulte estrictamente necesario y siempre dentro de los alcances del proceso.

Esta ley se encuentra conformada de treinta y cuatro artículos, fragmentados en seis capítulos.

El primer capítulo se denomina “Disposiciones Generales”. Se refiere al fin y aplicación de la ley, y enlista una serie de conceptos contenidos dentro del articulado.

El segundo capítulo se denomina “Principios y Derechos Básicos para la protección de datos”. Regula los aspectos que se relacionan con el derecho de las personas respecto del manejo de sus datos, reconociendo el deber de obtención del consentimiento del afectado, la calidad, seguridad y cesión de los datos, las categorías de datos que requieren de una protección mayor (datos sensibles), así como las garantías de acceso, corrección, supresión y actualización de la información. Adicionalmente, regula las excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano, así como las categorías esenciales de datos; prevé además la posibilidad de que las entidades públicas y privadas diseñen sus propios protocolos de actuación en materia de protección de datos.

Es importante destacar que dentro de este capítulo, el legislador costarricense determinó a través del contenido del artículo 4, que la garantía de la autodeterminación informativa abarca “el conjunto de principios y garantías relativas al legítimo tratamiento de sus datos personales reconocidos en esta sección” (2011, art.4), reconociendo asimismo que este derecho tiene como fin “controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, derivado del derecho a la privacidad, evitando que se propicien acciones discriminatorias.” (2011, art.4)

En atención a ello expresa Chirino Sánchez:

...es claro que se trata de una garantía de carácter esencial para evitar lesiones a otros derechos fundamentales como el derecho al ejercicio de derechos cívicos, al honor, a la imagen, a construir un plan de vida, al respeto a su dignidad, a la libre escogencia de ideologías y credos, etcétera. (2012, p. 7)

Continúa indicando:

Este derecho ostenta diversas características que lo distinguen: es garantizador y facilitador; no busca obstaculizar o interrumpir el libre flujo de informaciones que hoy identifica a las sociedades democráticas, sino preservar la protección de la persona frente a intromisiones no conocidas o no queridas en su ámbito de privacidad; es una garantía que busca, en suma, a través de principios reguladores, supeditar el tratamiento de datos personales a estándares de calidad, de transparencia, de sometimiento al fin para el que fueron recabados y a fundar su uso y manejo en el consentimiento informado del afectado. Adicionalmente a ello,

se ha reconocido la necesidad de una tutela institucional que ayude a prevenir daños a la esfera de derechos de la persona mucho antes de que un tratamiento de datos específicos o una transferencia electrónica de datos transfronteras pueda generar un daño o afectación al derecho de la persona a la autodeterminación informativa. (Chirino, 2012, p. 7)

Se trata así de un derecho que de cara al constante flujo de informaciones que se mueve dentro de la sociedad tecnológica, permite la creación de bases de datos, pero garantizando la tutela o protección de los derechos fundamentales del ciudadano.

Asimismo, de acuerdo con las previsiones establecidas en la ley, cobra importancia el consentimiento informado incorporado por el legislador en el artículo 5, el cual se considera que opera como una condición de licitud de la utilización de datos personales por parte de terceros, entre ellos evidentemente el Estado, y que le permitiría a la persona autodeterminarse informativamente. Dentro del poder de disposición y de control la persona física también puede revocar la autorización prestada. Este consentimiento, como establece en la citada ley, conlleva la obligación de informar al afectado de la existencia de bancos de datos, así como de la forma en que la información contenida será administrada y manejada; asimismo a partir del párrafo 2 del artículo 5, se establece la forma en la que el consentimiento será otorgado. Es importante aclarar que en la ejecución de una investigación criminal, este consentimiento no siempre puede prosperar en atención a la salvaguarda de la pureza de la prueba y la averiguación material de la verdad. No obstante, esta no se puede obtener a cualquier precio, debe ser en apego estricto a las exigencias y presupuestos reconocidos en el Ordenamiento Jurídico, en donde debe privar un deber de confidencialidad, según se establece en el artículo 11 de la ley.

Sobre este punto en particular, expresa Alfredo Chirino:

La idea es que la persona sepa quién, por qué, para qué fines y quiénes son los destinatarios de la información, así como quienes van a consultar los datos. Debe informarse también sobre la forma del tratamiento que se dará a la información, la identidad del responsable de la recolección de datos y la posibilidad de ejercer derechos. (2012, p. 15)

Sumado a lo anterior, resulta importante la regulación establecida en el artículo 6 de la ley respecto a la calidad de los datos, en donde se establece que estos deben ser actuales, veraces, exactos y adecuados para el fin por el cual fueron recolectados. Justamente uno de los puntos centrales de la ley es que las personas tienen el derecho de solicitar la actualización de sus datos, a fin de que la información contenida en las bases de datos sea, no solo de calidad, sino también fidedigna. Estos derechos se establecen a partir del artículo 7, y se subdividen en el derecho de acceso a la información y el derecho de rectificación, con sus correspondientes contenidos.

Esta ley califica el derecho a la autodeterminación informativa como un derecho fundamental; sin embargo, como todo derecho, admite limitaciones. El artículo 8 establece las excepciones al derecho a la protección de datos del ciudadano referidas a la seguridad del Estado, la seguridad y el ejercicio de la autoridad pública, a la prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones, en fin, al interés público. También se refiere a las excepciones en relación con el funcionamiento de bases de datos que se utilizan con fines estadísticos, históricos o de investigación científica cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas, y a la adecuada prestación de servicios públicos y la eficaz actividad ordinaria de la administración por parte de las autoridades oficiales. A efectos de determinar la prevalencia de este interés respecto a la autodeterminación informativa, señala Carlos Tiffer que se debe recurrir a la teoría de los bienes jurídicos, de manera tal que, "...solo debería de prevalecer el interés público frente a la protección de los datos personales, para la protección de aquellos bienes jurídicos que resultan indispensables para la existencia misma del Estado democrático". (2012)

Adicionalmente señala que:

...para que esta restricción se convierta en legítima debe, en primer lugar, estar definida por ley. El respeto al principio de legalidad debe prevalecer en el Estado de derecho. Sobre todo debe respetar el principio de proporcionalidad; que justifique el fin que el legislador busca alcanzar, afectando en la forma menos gravosa el derecho protegido: nuestros datos personales. (Tiffer, 2012)

Es así como se desprende que el derecho a la autodeterminación informativa no impera en la ley de datos de forma ilimitada, sino que, por el contrario, el legislador ha establecido una serie de

supuestos bajo los cuales este derecho debe ceder. Entre estos, es de gran importancia el establecido en el inciso c) del artículo 8, amparado en la seguridad del Estado y la persecución de delitos. No obstante, debe indicarse que, conforme lo han reconocido importantes autores, las excepciones establecidas normativamente deben pasar por el filtro de una serie de principios como el de justicia, razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto sostiene Chirino Sánchez:

No sería posible pensar ninguna limitación de este derecho si no se ha realizado un análisis de su necesidad, adecuación e idoneidad para cumplir el fin público del que se trate. Aun después de este análisis, habría que preguntarse si la limitación es “soportable” individualmente para el sujeto que la sufre en razón de esos fines públicos que se plantea realizar. (2012, p. 9)

El tercer capítulo se denomina “Transferencia de Datos Personales”, y establece como regla general la imposibilidad de que los administradores de bases de datos públicos o privados, transfieran datos a terceras personas, salvo cuando el titular del derecho lo consienta de forma expresa.

El capítulo cuarto denominado “Agencia de Protección de Datos de los Habitantes”, crea un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, denominado Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB), el cual goza de independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus funciones. Establece además las atribuciones de este órgano, así como aspectos que le son propios.

La Agencia de Protección de Datos de los Habitantes se encarga de velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos, razón por la cual cualquier persona puede denunciar ante este órgano la violación a las reglas establecidas para la protección de sus datos y del derecho a la autodeterminación informativa.

Cobra importancia la creación de una institución encargada de velar por el tratamiento automatizado de los datos. Al menos se considera una medida significativa que apunta a la reclamación de datos frente al avance tecnológico, extensible al aparato judicial.

El capítulo quinto se denomina “Procedimientos” y desarrolla la intervención en archivos y bases de datos, así como un régimen sancionatorio aplicable a los administradores de ficheros. Este

sistema sancionatorio de carácter administrativo, vela por la protección y el resguardo de los datos personales.

Por último, el capítulo sexto, denominado “Cánones”, establece los cánones por regulación y administración de datos, así como por comercialización de consulta.

Esta ley representa un avance en el tratamiento de datos, en tanto procura la tutela del ciudadano frente a los peligros de un uso abusivo de sus datos personales. Establece un conjunto de normas mínimas que conciernen al tratamiento de los datos e informaciones recopiladas y almacenadas en las bases de datos; sin embargo, se estima que aún faltan muchos aspectos que tomar en cuenta para considerar que efectivamente se tutela el derecho a la autodeterminación informativa dentro del Sistema de Justicia Penal.

Entre otras consideraciones, debe indicarse que recientemente se emitió el Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, bajo el número de decreto ejecutivo 37554-JP y publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 05 de marzo de este año.

Conforme se ha indicado en medios de prensa y comunicación, con este nuevo reglamento, y propiamente con la conformación de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB), se abre la puerta para la aplicación del régimen de responsabilidad creado mediante la Ley No. 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, No. 8968, en setiembre de 2011.

Asimismo, debe indicarse que dentro del reglamento se introduce el concepto de autodeterminación informativa, entendido como:

... el derecho fundamental de toda persona física, a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier base de datos, de toda naturaleza, pública o privada, el fin para el cual está siendo utilizada o recabada su información personal, así como exigir que sea rectificadas, actualizadas, complementadas o suprimidas, cuando la misma sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para un fin distinto del autorizado o del que legítimamente puede cumplir. (Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, 2013, art. 12)

Así se introduce el concepto de autodeterminación informativa como un derecho fundamental que tiene toda persona física de controlar el flujo de informaciones que atañen a su persona, y de que permanezcan en cualquier base de datos, además del derecho a solicitar que dicha información sea rectificadas, actualizada, complementada o suprimida cuando sea inexacta o incorrecta, o bien cuando esté siendo utilizada con fines distintos a los autorizados. Respecto de este punto en particular cobra importancia el concepto introducido sobre el derecho al olvido, en tanto la conservación de los datos personales que pueden afectar a su titular no podrá exceder los diez años desde la fecha de ocurrencia de los hechos registrados, salvo disposición normativa especial. Ante este derecho, el ciudadano puede solicitar, por ejemplo, la supresión del dato (antecedente penal) en el Archivo Judicial de Delincuentes, cuando hayan transcurrido diez años desde el cumplimiento de la condena.

Otro de los elementos que cobran sumo interés en el reglamento es el tema del consentimiento. Este se encuentra regulado a partir del numeral cuatro que establece que deberá constar en forma expresa y por escrito, sea en documentos físicos o electrónicos, y además, podrá ser revocado con las excepciones establecidas en la ley.

Así, dentro de los supuestos a los que se exceptúa de dicho consentimiento, se encuentran la existencia de una orden fundamentada dictada por autoridad judicial competente y los acuerdos adoptados por alguna comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo. Tampoco se requeriría del consentimiento cuando los datos personales sean de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general o en caso de que deban ser entregados por disposición constitucional o legal.

Un dato de interés es que se excluyen del ámbito de aplicación del reglamento, las bases de datos mantenidas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y con fines exclusivamente internos, personales o domésticos, siempre y cuando estas no sean de cualquier manera comercializadas. Estas bases se entienden como:

Cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales públicos o privados, mantenidos por personas físicas o jurídicas con fines exclusivamente internos, personales o domésticos, siempre y cuando estas no sean venidas o administradas con fines de distribución, difusión o

comercialización. (Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, 2013, art. 12)

Asimismo, el reglamento no será aplicable a los datos referentes al comportamiento crediticio de las personas, sino que se regirán por la normativa especial del Sistema Financiero Nacional.

Conclusiones

La autodeterminación informativa ha sido reconocida como un derecho fundamental que se dirige a satisfacer la necesidad del ciudadano de controlar el flujo de la información que le concierne. Se trata quizá del derecho fundamental más vulnerable y vulnerado de todos, razón por la cual merece una tutela integral.

Este derecho, como bien jurídico autónomo, se encuentra estrechamente vinculado con el concepto de libertad y autodeterminación del individuo en una sociedad democrática, con una trascendental incidencia en cada uno de los ámbitos en los cuales se desarrolla el ser humano. Es indispensable en una democracia que actualmente se caracteriza por un flujo intenso y dinámico de informaciones, en donde la demanda de privacidad e intimidad en las áreas en las que el sujeto puede autodeterminarse, se ha convertido en una exigencia fundamental.

Esta incidencia del derecho a la autodeterminación informativa en cada una de las áreas de desarrollo del ser humano, se proyecta particularmente en el Sistema de Administración de Justicia, y no escapa de este el sistema penal. Así, se ha considerado que, en un afán de obtener la verdad de los hechos dentro de una investigación criminal, se ha acudido a la autorización y empleo de medios tecnológicos e informáticos que prometen, no solo el éxito en la lucha contra la criminalidad, sino también la tan en boga “funcionalidad de la administración de justicia penal”, sin tomar en cuenta las posibles intromisiones a los derechos fundamentales del ser humano y, con estas, su reducción.

Aun cuando el acelerado y vertiginoso avance tecnológico ha provocado grandes logros en las investigaciones criminales, no se puede dejar de percibir los riesgos y peligros que acarrea para el ser humano en su generalidad, ya que no basta ser objeto de un proceso penal para de igual forma ser controlado. Así pareciera que el cambio de libertad por seguridad es sumamente engañoso. Asimismo, los enormes beneficios que circulan de la mano del uso de nuevas herramientas en el proceso penal, han representado enormes desafíos para el legislador, en tanto se ha tenido que tutelar el derecho del ciudadano a saber quién, cuándo y bajo qué circunstancias se toma contacto con sus datos personales. En este contexto tan desafiante surge en nuestro país, a fin de llenar un vacío grave en la tutela del ciudadano de cara a los riesgos de la innovadora sociedad de la

información, la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, con el objetivo de garantizar a la persona el respeto a sus derechos fundamentales, específicamente su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida, actividad privada y demás derechos de la personalidad. No obstante, pareciera que en el ámbito de la administración de justicia penal aún persisten enormes retos, como la introducción de límites claros en el procesamiento de datos personales en manos de la policía y el Ministerio Público, conforme al Principio de Proporcionalidad y al Derecho de Autodeterminación Informativa del Ciudadano. Esto no implicaría, en modo alguno, confinar la labor policial en las investigaciones criminales, comprometer el interés público en la obtención de la verdad o, lo que es peor, considerar que a los delincuentes se les da una especie de “carta blanca” para que queden fuera de la acción estatal y se equipen de herramientas informáticas con las que obtengan éxito en sus actividades delictivas.

Con este panorama, no basta una declaración de la existencia del derecho a autodeterminarse, sino que es necesario el reconocimiento expreso de tutela a favor del ciudadano para cumplir con una serie de reglas y principios que forman parte del debido proceso y que permitan obtener calidad en el procesamiento de datos dentro del proceso penal. Así, tal y como lo ha enunciado Schmitt Glaeser (1989), la protección de la vida privada y, especialmente, de aquellas informaciones íntimas que no importen valor alguno a la investigación criminal, constituye parte de una protección de la información.

Bibliografía

- Cafferata, J. (1988). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Castillo, F. (2008). *El Bien Jurídico Penalmente Protegido*. San José: Jurídica Continental.
- Chinchilla, R., & García, R. (2002). *ADN y Genética Forense: los nuevos desafíos para los derechos fundamentales*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Chinchilla, R., & García, R. (2009). *Bases de Datos de A.D.N.y Genética Forense: Nuevos desafíos para la tutela de los derechos fundamentales*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Chirino, A. & Carvajal, M. (2003, junio). El Camino hacia la Regulación Normativa del Tratamiento de Datos Personales en Costa Rica. En: *Protección de Datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos)*. La Antigua, Guatemala: Tirant Lo Blanch)
- Chirino, A. (1991, marzo). Informática y Derecho a la Intimidad. Perspectivas de Política Criminal. *Revista Judicial de Costa Rica, volumen (53)*, 149 y ss.
- Chirino, A. (1997b). *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. San José: CONAMAJ.
- Chirino, A. (1997c). Las Tecnologías de la Información y el Proceso Penal. Análisis de una Crisis Anunciada. *Ciencias Penales*, 41-53.
- Chirino, A. (1997d, setiembre). La tutela de la autodeterminación informativa como un nuevo bien jurídico penalmente tutelado. El caso del Proyecto de Código Penal de Costa Rica de 1995. *Revista Nueva Doctrina Penal*, 87 y ss.
- Chirino, A. (1999). Protección de Datos y Moderno Proceso Penal-Aspectos Constitucionales y Legales. *Ciencias Jurídicas*, 9-41.
- Chirino, A. (2005). Procedimientos legales y administrativos para la protección de datos personales en archivos. *iberIUS*, 23-40.

- Chirino, A. (2008a). Seguridad Ciudadana y Prevención del Delito. *Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina-Volumen 8*.
- Chirino, A. (2008b). Seguridad Ciudadana y Prevención del Delito. *Boletín Jurídico Virtual-IUS Doctrina, Volumen II*.
- Chirino, A. (2012). La Ley de Protección de Datos de Costa Rica. Luces en las Sombras. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, 2-16.
- Elbert, C. (2011). El populismo penal en Costa Rica. *Revista Digital Maestría de Ciencias Penales*, 3-20.
- Hassemer, W., & Muñoz, F. (1989). *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Ley Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales* (2011, julio) La Gaceta.Nº8968. San José, Costa Rica.
- Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones* (1994, agosto) La Gaceta.Nº7425. San José, Costa Rica.
- Llobet, J. (28 de enero de 2010). ¿Qué es la tolerancia cero? *La Nación*, pág. 15.
- Losano, M. G., Pérez, A. E., & Mateus, M. F. (1989). *La Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Padilla, M. M. (2001). *Banco de Datos y Acción de Hábeas Data*. Buenos Aires: ABEDO-PERROT.
- Proyecto de Ley, Reforma Integral Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones* (1994, agosto) Nº7425. San José, Costa Rica.
- Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales* (2013, marzo) La Gaceta. No. 37554-jp. San José, Costa Rica.

Reusser, C. (2005). Perfiles de ADN y bases de datos: los desafíos de la autodeterminación informativa en Europa. *Revista chilena de derecho informático*, 6, 101-110. doi: 10.5354/0717-9162.2005.10728.

Sentencia 11387-2011, Sala Constitucional, (26 de Agosto de 2011).

Sentencia 4847-1999, 4847, Sala Constitucional, (22 de Junio de 1999).

Sentencia 7937-2011, 7937, Sala Constitucional, (17 de Junio de 2011).

Tiffer, C. (22 de Setiembre de 2012). Interés Público y Protección de Datos Personales. *La Nación*.

Zaffaroni, E. R. (1986). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.