

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



ACREDITADA RES.CEUB 1126/2002

TESIS DE GRADO

PARA OPTAR EL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**LA EFICACIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO
A LA INTIMIDAD
REPERCUSIONES DE LAS APLICACIONES INFORMÁTICAS
EN LA INTIMIDAD DE LA PERSONA**

POSTULANTE: JUAN ANTONIO SAAVEDRA ZAPANA

TUTOR: Dr. MARCELO CARLOS FERNANDEZ IRAOLA

LA PAZ – BOLIVIA
2012

RESUMEN O ABSTRACT

La presente investigación trata del valor probatorio de los medios tecnológicos en forma de audio, video o imágenes que contienen planificaciones o consumaciones referentes a un hecho delictivo. En ese sentido, se analiza el derecho a la intimidad en función del principio *ivi maraei* de la *Constitución Política del Estado* y el valor respeto del mismo cuerpo legal, desde un análisis constitucional a fin de exponer el modelo teórico que fundamentará jurídicamente el valor probatorio de dichos medios tecnológicos en un proceso penal.

De la misma forma, en el trabajo se analiza la falta de comprensión teórica así como jurisprudencial del valor probatorio de los medios tecnológicos que contienen planificaciones o consumaciones referentes a un hecho delictivo, lo cual implica asimismo una falta de entendimiento jurídico del ordenamiento normativo, de la violación o intromisión del derecho a la intimidad. En ese sentido, en la investigación se pretende dar respuesta a preguntas tales como: ¿Es evidentemente amplia e ilimitada la aplicación efectiva del derecho a la intimidad en los procesos penales o dentro de la justicia constitucional? ¿Es ciertamente ilegal e ilícita la prueba obtenida a través de soporte informático en donde se escucha o se ve a los autores planificando o consumando hechos criminales? ¿Hasta que punto tales pruebas se deberían considerar ilícitas e ilegales? ¿Y desde que punto tales pruebas se convierten en lícitas y legales?

Dedicatoria

“A mi madre bendita y al fruto de
mi amor Mauricio Alejandro”

AGRADECIMIENTO:

*A la Universidad Mayor de San Andrés,
Alma Mater de mi formación; y todos
los Profesionales que forjaron en mi el
amor por el derecho y la Justicia.*

...Muchas Gracias

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Resumen o Abstract	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Índice General	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
EL DERECHO A LA INTIMIDAD	
1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD	5
1.1. ¿Qué es el derecho a la intimidad?	5
1.2. Aspectos Históricos	7
1.3. Lineamientos jurídicos	10
1.4. Derecho a la intimidad y derecho al honor	13
2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN	20
2.1. El derecho a la información.....	20
2.2. Las dimensiones del derecho a la información	20
2.3. La libertad de expresión	21
2.4. Límites al derecho a la información	22
2.5. Tensiones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información	23
CAPITULO II	
LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN	
Y COMUNICACIÓN	
1. DESARROLLO DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y	
 COMUNICACIÓN	26
1.1. La sociedad de la información	29
1.2. La protección del derecho a la intimidad	34
1.3. Principios en el procesamiento de datos	37
1.4. Derechos derivados del procesamiento de datos.....	40
CAPITULO III	
EL VALOR PROBATORIO	
DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS	
1.1. Los Medios Tecnológicos	43
1.2. La Intimidad En El Derecho Penal	44

1.3. El Derecho A La Intimidad En El Derecho Comparado.....	50
1.4. La Prueba y el Valor Probatorio	51
1.4.1. Modernas Tecnologías	55
1.4.2. Las Grabaciones como prueba	56
1.4.3. El Valor probatorio de las Grabaciones	60

**CAPITULO IV
EL DERECHO A LA INTIMIDAD,
EL PRINCIPIO IVI MARAEI Y EL VALOR RESPETO**

1. DERECHOS, PRINCIPIOS Y VALORES	63
1.1. El Estado Plurinacional y la Construcción Normativa.....	63
1.2. La articulación de Valores en la Construcción Normativa	68
1.3. Los principios ético-morales de la sociedad plural	75
1.4. Los valores fundamentales del Estado Plurinacional	79
2. LIMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD	81
2.1. El principio ivi maraei (tierra sin mal)	83
2.2. El valor respeto	86
3. EXCEPCIONES A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	87
4. CONDICIONES DE LA LICITUD DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS	90
4.1. La eficacia jurídica del derecho a la intimidad en función del principio ivi maraei y el valor respeto.....	91
4.2. La eficacia jurídica del derecho a la intimidad en función de la dignidad de la persona y del interés social.....	91
4.3. El valor probatorio de los medios tecnológicos en función de la y del valor respeto	93

CAPITULO V	
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA.....	101

A

INTRODUCCIÓN

En febrero de 2009, a tiempo de promulgarse la nueva *Constitución Política del Estado* el naciente Estado Plurinacional reconoció en forma fundamental el derecho a la intimidad como un derecho civil primordial e importante en términos constitucionales, lo cual genera ciertamente mayor protección y garantía del derecho a la intimidad frente a cualquier violación o intromisión.

Sin embargo, la vulneración o intervención del derecho a la intimidad, y sobre el valor probatorio de medios tecnológicos que se consideran han sido obtenidos con violación de garantías, no ha sido ampliamente teorizada ni modulada jurisprudencialmente; incluso, hasta la actualidad el Tribunal Constitucional Plurinacional no ha expuesto líneas claras e inequívocas sobre lo que se debe entender por derecho a la intimidad y respecto a lo que hay que comprender por vulneración o intromisión de dicho derecho, así como no ha establecido precedente respecto al valor probatorio de medios tecnológicos como las grabaciones o filmaciones que pudiesen vulnerar el derecho a la intimidad.

La falta de comprensión teórica así como jurisprudencial, que implica asimismo una falta de entendimiento jurídico del ordenamiento normativo, de la violación o intromisión del derecho a la intimidad se aumenta en casos en donde se hallan de por medio aplicaciones informáticas en forma de grabaciones de audio así como en forma de grabaciones de video, utilizadas como elementos de prueba en un proceso penal o dentro de la justicia constitucional.

El incremento de técnicas de captación de audio o de video ha invadido en muchos casos al ámbito penal. Incluso, muchas veces, y debido a los casos penales con connotación nacional, el uso de grabaciones de audio o de video

como medios de prueba en un proceso penal ha empezado a ocupar un protagonismo que antes no existía, que sobre todo refleja una forma de confrontación entre el derecho a la intimidad por una parte y el derecho a la información por otra.

Ahora bien, la particularidad del tratamiento automatizado de la información radica en que los procesos a los que sometemos a ésta, hasta hace poco tiempo eran tarea exclusiva de los seres humanos, y ahora es de los ordenadores, es decir los sistemas electrónicos tienen la capacidad de reproducir o simular las formas de trabajos propios de la mente humana.

Quizás el aspecto en el que más se percibe el enorme progreso en las nuevas tecnologías sea, la velocidad de proceso, la exactitud y la fiabilidad, referida claro esta, a la información tal y como sea facilitada. La incidencia del desarrollo de las nuevas tecnologías en la sociedad ha sido tan importante, que se prevé que en los próximos años, en la mayoría de los países, más de la mitad de la población activa tendrá una ocupación que de una u otra forma dependerá de la informática.

Hoy por hoy el ordenador es un instrumento que nos envuelve, pocas cosas existen en la actualidad que no tengan tras de sí un ordenador. El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en nuestra sociedad contemporánea merece ser estudiado en distintos ámbitos, como es el de la sociología, la economía o el derecho, en este sentido se ha producido una auténtica revolución en el régimen jurídico internacional relativo a las transmisiones internacionales de datos personales. Con la celebración de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en 1968, que organizó Naciones Unidas en Teherán, para conmemorar el XX aniversario de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, se inició el debate sobre la incidencia del uso de la electrónica en los derechos individuales, discutiéndose, ya entonces, cuáles eran los límites que una sociedad democrática debía establecer para proteger dichos derechos.

Los avances más espectaculares en telemática han facilitado la rapidez en el procesamiento, almacenamiento y distribución de datos personales a escala internacional, llegando a crear un mercado internacional de tratamiento de datos. El derecho a la información ocupa un lugar prominente en las sociedades democráticas, ya que su ejercicio es condición necesaria para la participación libre y responsable de los ciudadanos en la comunidad política. En el mismo sentido el derecho a la intimidad debe ser protegido para que los ciudadanos puedan vivir conforme a su dignidad.

En ese sentido, la presente investigación se compone de cuatro capítulos. En el primer capítulo se exponen los aspectos teóricos referentes al derecho a la intimidad. En el segundo capítulo se presentan los contextos conceptuales referentes a las nuevas tecnologías de información y comunicación, entre las que se encuentran las grabaciones y filmaciones en soporte informático. En el tercer capítulo se realiza una exposición de las disposiciones normativas referentes al derecho a la intimidad y al valor probatorio. Y, en el cuarto capítulo se expone un modelo teórico de análisis constitucional, y por consecuencia de análisis procesal, a partir del cual pretende exponer y sistematizar las condiciones jurídicas para la validez probatoria de los medios tecnológicos que contienen hechos delictivos. Igualmente, al final del trabajo se presentan las conclusiones.

En cualquier caso, la investigación tiene el propósito de contribuir en el análisis constitucional y en el análisis procesal del derecho a la intimidad y del valor probatorio de los medios tecnológicos en forma de audio, video o imagen en el entendimiento jurídico del país.



CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1.1. ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA INTIMIDAD?

La cabal comprensión de las implicaciones que trae consigo la intimidad, y su concreción como derecho reconocido por la sociedad, exige un nivel de teorización que parte necesariamente de una aproximación a la idea de intimidad. Desde una perspectiva jurídica, es más propio hablar de intimidad que de sus nociones a fines. En definitiva, lo íntimo parece expresar aquello de más radical, de más profundo, propio de la estructura interior de las personas, que por extensión alcanza también en su significado a la familia, como ámbito de lo íntimo.

El descubrimiento de la intimidad parece ser un paso más en el camino que ya nos había conducido hacia la privacidad. La intimidad resulta un nuevo repliegue sobre sí mismo, provocado por factores como el descubrimiento de las labores domésticas, asignadas a la mujer o el paso de la lectura privada, mediante la que el individuo abre una nueva dimensión en su relación con lo externo, sin mediación alguna.

Etimológicamente, intimidad proviene de íntimo; “íntimo procede de *intimus*, que es una variación filológica de *intumus*, forma superlativa del adverbio *intus*, dentro. Íntimo es pues, aquello que está lo más dentro posible. No sólo lo que

está en el interior del hombre, sino lo que está en el cogüelmo mismo de la humanidad.

La segunda acepción de la palabra intimidad que recoge el Diccionario de la Real Academia Española es “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.” Por su parte, desde el punto de vista filosófico, la intimidad es característica de humana que permite tener un mundo interior abierto a sí mismo y oculto a los demás (conocimientos, pensamientos, sentimientos). En tal sentido, la persona por ser dueño de su interioridad puede decidir si los comunica o no, mediante el lenguaje o mediante la conducta.

La incorporación del derecho a la intimidad como tal, al acervo jurídico de los países de nuestro entorno cultural es relativamente reciente, y ha sido fruto de factores culturales y políticos de un determinado momento histórico. La doctrina es unánime en aceptar que la elaboración teórica del derecho a la privacidad se inicia en un artículo titulado *The right to privacy* publicado en 1890, por dos abogados neoyorquinos, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en la *Harvad Law Review*¹.

El derecho a la intimidad es “el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está

¹ La intimidad -“intimus” (“de máxima interioridad”)-, es una construcción teórica moderna -según los historiadores, desconocida en la antigüedad-, que cobra especial énfasis en el siglo XIX a través de la obra “The right to privacy” (1890) de la autores norteamericanos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis; trabajo jurídico en el que se precisó de manera inicial los contornos de este derecho “to be let alone” (“derecho a estar solo”) y fija las garantías a favor de los ciudadanos para su efectiva protección frente a lo que ellos denominan “intromisiones indebidas”; no se referían a un simple “estar solo” físicamente, sino que iban mas allá comprendiendo lo espiritual; este derecho era reconocido a todos los ciudadanos, en tanto personas, por lo que se trataba de uno propio de la personalidad. La intimidad tiene un doble carácter, por un lado supone un “derecho a” en favor del titular y por el otro, implica un “deber de” a cargo de los terceros.

limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”. Este derecho protege lo que comúnmente se denomina “vida privada” (que incluye lo íntimo, lo personal, lo familiar y algunos aspectos del ámbito social y laboral) que todo individuo desarrolla y que por su naturaleza, no está destinada a ser publicitada ni interferida sin el consentimiento de su protagonista. A su vez, como todo derecho, su ejercicio no es absoluto: el derecho a la reserva y sustracción del conocimiento e interferencias de terceros encuentra su límite en las exigencias de bien común, ya se trate de imperativos sociales o intereses públicos.

De los párrafos precedentes podemos inferir que la idea de intimidad desde el punto de vista del Derecho es más amplia que la noción de intimidad ofrecida por la etimología de la palabra, su definición semántica y su concepto filosófico; consecuentemente, la protección jurídica abarca esa mayor extensión.

La necesidad de esconder hechos, opiniones, pensamientos y sentimientos es imprescindible para los seres humanos. Todos tenemos un espacio en nuestras mentes, nuestros documentos, inclusive en nuestros archivos secretos de nuestras computadoras, en el que guardamos antecedentes que mantenemos en secreto momentánea o permanentemente, tal espacio debe mantenerse en la calidad que se guarda en tanto el titular lo desee, por lo tanto, el respeto a esa determinación no solo obedece a los valores éticos, sino que lo respalda el Derecho.

1.2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Se puede señalar tres momentos significativos en cuanto a la evolución del derecho a la intimidad, que de alguna manera definen también su propia configuración y perfiles.

En la antigüedad y en la edad media. La intimidad es una construcción moderna, en tanto el hombre antiguo veía transcurrir su vida toda en el espacio de lo público, en el ágora, el mercado o la calle, mientras las viviendas carecían de divisiones. En efecto, las sociedades antiguas, de carácter rural y estructura patriarcal, desconocieron una esfera privada en el individuo. Una cierta concepción colectivizada de la vida afirmaba, ante todo, el espacio de lo público, en el que se desenvolvía el trabajo, el culto y el ocio. Es la cultura citadina moderna la que admite una cierta reserva en la vida de las personas.

La sociedad helénica no parece haber hecho diferencia entre la vida pública y la privada. El reconocimiento del llamado derecho a la intimidad es consecuencia de una prolongada evolución, cuyos hitos más remotos pueden encontrarse recién en la sociedad romana. Allí se busca un principio privado en oposición a otro público. Es también en el derecho romano donde encontramos una protección jurídica del honor, concepto históricamente ligado a la intimidad y cuya autonomía sólo se produce contemporáneamente.

Es con el cristianismo que el hombre alcanza un estado de individualidad, donde "...cada hombre singular tiene un destino personal independiente...". La idea de intimidad también tiene alguna manifestación durante el medioevo. La noción de persona estuvo presente en la filosofía de la época y la escolástica distinguió entre sus bienes externos y aquellos que le son inherentes. Asentaba en el ascetismo religioso de raíz cristiana, la noción de persona engendró un espacio para lo íntimo, enriquecido también por la herencia grecorromana. Quizá la más notable expresión de la idea de intimidad en aquella época fue el reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio.

En la modernidad. En el siglo XVIII diversas declaraciones de los derechos del hombre permiten ya vislumbrar un reconocimiento cabal del ámbito privado, aunque no específicamente de la intimidad. La vida privada se constituye así en una característica de la gran ciudad, cuyas dimensiones abrumadoras obligan al individuo a levantar unas barreras de protección en el reducto de su privacidad.

Sin embargo, es el año 1980 el que marca el hito fundamental del derecho a la intimidad, con los perfiles y alcances que hoy le reconocemos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por las naciones unidas el 10 de diciembre de 1948, fue el primer instrumento internacional en consagrar el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada. Dos años más tarde el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, señaló el numeral 1 de su artículo 8vo el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar y, más aún, luego de reconocer el derecho a la libertad de información lo somete a restricción respecto de la protección de la reputación de las personas y de informaciones confidenciales.

A su vez el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, reitera el derecho de las personas a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Finalmente el convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, ha señalado en su preámbulo la conveniencia de ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales y concretamente de la vida privada.

El concepto de intimidad, desde el punto de vista doctrinario, ha evolucionado también desde posiciones clásicas, centradas en la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia, la reserva del secreto profesional y el respeto de la vida privada. Ahora se orienta como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que se ofrece a los sistemas telemáticos, públicos y privados.

1.3. LINEAMIENTOS JURÍDICOS

En Bolivia no se hizo mucho un desarrollo normativo en términos jurisprudenciales referente al derecho a la intimidad; sin embargo, cabe señalar que la jurisprudencia extranjera se ha pronunciado en relación al derecho a la intimidad en el ámbito familiar, prueba de ello lo constituye el fallo emitido por la Suprema Corte Argentina en la causa Ponzetti de Balbín, Indalia c. y la Editorial Atlántida S. A. que pasamos a detallar. En una edición correspondiente a septiembre de 1981, la revista *Gente y la Actualidad*, de propiedad de los demandados, publicó en su portada una fotografía del dirigente político Ricardo Balbín, en momentos en que éste se encontraba en una sala de terapia intensiva de un hospital platense, agonizando de una dolencia que determinaría su deceso, pocas horas más tarde.

La viuda y el hijo del doctor Balbín promovieron demanda en contra de la editorial propietaria de la mentada publicación y en contra de sus editores responsables, reclamando la reparación del daño moral por ellos experimentado, a raíz de la lesión al derecho a la *intimidad familiar*. La Corte Suprema de Argentina resolvió adecuadamente numerosas cuestiones relativas al tema que nos ocupa:

1. En primer lugar, se proclama que el derecho de publicar ideas por la prensa "no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles". El tribunal admite acertadamente la aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia ius informativa. Libertad de prensa no significa, pues, impunidad de quien utiliza a la prensa como un medio para delinquir.
2. Se sostiene que la libertad de expresión presenta tres facetas bien diferenciadas:
 - Como ejercicio del derecho de industria o comercio por parte de la prensa, del cine, la radio y la televisión.
 - Como derecho individual de emitir el pensamiento a través de esos medios.
 - Como derecho social a la información.
3. Se afirma que la protección del ámbito de intimidad de las personas, tutelado por la legislación común, no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución, ni cede ante la preeminencia de ésta; máxime cuando el artículo 1071 *bis* del Código Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad.
4. La libertad de intimidad tiene sólido sustento constitucional en los artículos 19 de nuestra carta magna y 11, incisos 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica. El voto de los ministros Carrió y Fayt es muy ilustrativo respecto del objeto y contenido del derecho a la intimidad.

5. Se admite, implícitamente, la existencia de una verdadera intimidad familiar. Debe repararse en que los actores —esposa e hijo del citado dirigente político— invocaron un perjuicio *propio*, a raíz de la turbación de la *intimidad familiar*, producida por la divulgación de las mentadas fotografías.
6. Se reconoce que "las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada". El tribunal ha valorado adecuadamente que el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín, en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección y el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y que los jueces están obligados a respetar.
7. La Corte dilucida correctamente la cuestión atinente a los límites del derecho a la vida privada, que, como todo derecho constitucional, tampoco es absoluto. Se sostiene que la seguridad nacional, la seguridad pública y las situaciones de emergencia en tiempos de guerra o de paz, el bienestar económico del país, la lucha contra el desorden y el crimen, la protección de la salud, la administración de la justicia civil, la libertad de expresión son límites del derecho a la intimidad. Sin embargo, el tribunal es categórico en esta materia: sólo podrá justificarse la

intrusión en la intimidad cuando en el caso concreto medie un interés superior y siempre que por ley se disponga tal solución.

Sin duda alguna, el precedente que dejó este caso fue letal a las acciones irresponsables ejercidas por medios de prensa que amparan la publicidad de esta clase de noticias.

1.4. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO AL HONOR

Sin embargo, el derecho a la intimidad es conexo también al derecho al honor e imagen regulado en el mismo precepto constitucional bajo comentario. Pocos bienes espirituales tienen tanta trascendencia para el hombre como el honor. Buena parte de lo que es y puede llegar a ser depende de su autoestima y de la fama de que goce o que merezca dentro de la comunidad. "La personalidad según Cifuentes², está sostenida en la reputación; crece, se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal". Hablar del honor significa, de tal modo, hacer referencia a la valoración integral de la persona, en todas sus proyecciones, individuales y sociales. Esa valoración puede asumir diferentes aspectos, que llevan a la doctrina dominante a distinguir un concepto objetivo y otro subjetivo de honor.

El concepto subjetivo de honor, también denominado "honra", es "el aprecio de la propia dignidad", o sea, la valoración que cada uno tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético-sociales. Así concebido, el honor es un estado de conciencia individual, un sentimiento de autovaloración, justificable en el hombre, como ser hecho a imagen y semejanza de su creador. El concepto

² Santos Cifuentes, Derechos personalísimos, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 454, § 91. 23.

objetivo de honor, en cambio, se refiere a la valoración que *otros* hacen de la personalidad ético-social de un sujeto; importa referirnos a la reputación, a la buena o mala fama, a la estima y al respeto que el sujeto puede merecer frente a terceros.

De esa reputación depende, a veces, la valoración que el individuo tenga de sí mismo; no porque ella se encuentre condicionada por lo que otros piensan, sino porque pocos sentimientos son tan gratos para el hombre y le provocan mayor satisfacción personal que saberse aceptado y honrado por los demás. De la fama de una persona dependen sus posibilidades de éxito. Quien es bien valorado por sus semejantes es merecedor de confianza, de crédito moral, de oportunidades, en lo económico y en lo social. En cambio, aquella persona que socialmente es sospechada o tenida por deshonesta sufre una minoración de sus posibilidades objetivas, con inevitables secuelas espirituales y patrimoniales.

Se comprende, entonces, que el honor, en cualquiera de sus manifestaciones, represente para el hombre sinónimo de dignidad y que su pérdida pueda importar más allá de las mortificaciones espirituales posibles daños económicos, incluso casi una muerte civil.

Los ilícitos que atentan contra el honor pueden ser cometidos a través de los medios masivos de comunicación. La necesidad de vender más, el *rating*, las urgencias económicas que impone la publicidad, la competencia y el trastrocamiento de valores éticos y profesionales hacen que los medios no siempre resistan la tentación de publicar lo que es impropio, aun cuando puedan inmolar arbitrariamente los derechos esenciales de una persona.

Señala, al respecto, Julián Marías, que “la denuncia sin pruebas, la calumnia pura y simple, la insinuación que produce los mismos efectos sociales están empezando a producir un clima de inquietud y malestar en unos, irritación en otros, de repugnancia y desaliento en los demás... La táctica es siempre la misma: se lanza la acusación a veces la mera insinuación vaga e inconcreta y se "espera" que el injuriado se movilice para probar que es falsa. Lo cual, repito, es casi imposible; pero aunque no lo fuera, pondría sobre el inculpado una carga que en modo alguno le corresponde, sino al que afirma, al que lanza la acusación. Es menester, sobre todo, negar el supuesto vicioso: hay que pedir pruebas al que afirma, y no escucharlo mientras no las presente, no pedir al acusado lo que hay que pedir al acusador”³.

Los periodistas profesionales y los medios de comunicación social deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho de informar sin agraviar a terceros. Ellos, como cualquier otro integrante de la comunidad, deben ser conscientes de que nadie puede ser tildado de delincuente, asesino, violador o corrupto hasta tanto así lo determine la justicia competente. Y de que una persona imputada o procesada, obviamente, goza también de tal derecho constitucional.

Por tal motivo, cuando se trate de informaciones que puedan importar lesión al honor de una persona, deben utilizarse formas no asertivas, el modo potencial para los verbos y, eventualmente, de ser necesario, debe reservarse la identidad de los implicados. Los antecedentes más significativos de la doctrina que analizamos los encontramos en los Estados Unidos.

³ Julián Marías, "Qué queda cuando se calumnia", La Vanguardia, Barcelona, 18 de febrero de 1978, citado por Soria, Carlos, Derecho a la información y derecho a la honra, Barcelona, ATE, 1981, p. 40.

Desde mucho antes del precedente *New York Times v. Sullivan* (1964) y de la defensa constitucional allí consagrada por la Corte de ese país, en materia de libelo se ha admitido bajo las reglas del *common law* la defensa basada en el privilegio calificado del *fair comment*. Remarcamos que, a diferencia de la doctrina de la real malicia (*actual malice*), aquélla no tiene jerarquía constitucional, por lo que su existencia y su mayor o menor eficacia dependen de la legislación imperante en cada estado. Conforme a ella, quien reproduce en forma fiel y exacta los actos y procedimientos públicos de todo tipo (administrativo, legislativo o judicial), atribuyendo la información a esa fuente, está exento de todo tipo de consecuencias y tiene inmunidad absoluta, civil y penal. Su ámbito natural son las cuestiones gubernamentales, que siempre tienen relevante interés público.

Para Bianchi, la razón parece clara: si quien informase extendiera la responsabilidad del emisor de la manifestación, él se transformaría inevitablemente en censor de las expresiones de terceros, temeroso siempre de quedar "pegado" a ellas, como una suerte de "deudor solidario", por el simple hecho de haberlas difundido. Es fácil imaginar que, más que informador de noticias, sería el timorato *filtrador y sopesador* de la información, con el consiguiente debilitamiento del debate colectivo y la posibilidad de libre expresión ciudadana⁴.

Esta defensa, al igual que la basada en la crítica a los actos de gobierno, contribuye al buen conocimiento del público de los asuntos de trascendencia y

⁴ E. T. Bianchi, "La doctrina 'Campillay' (o la noticia que reproduce lo expresado por otro)", *La Ley*, 1997-B-1283.

permite el control del poder y de los actos de gobierno. Para que se configure el privilegio⁵ (o eximente) se requiere:

- a) Que los reportes emanen de fuentes públicas o de procedimientos oficiales que tengan ese carácter. En los últimos tiempos, sin embargo, en forma prudencial y no generalizada, algunos estados admiten que se extienda el privilegio a reportes de hechos sucedidos en reuniones públicas, donde sea libre la discusión sobre asuntos de interés público.
- b) Que el contenido de la información verse sobre cuestiones de interés público. En cuestiones privadas, el privilegio es absolutamente rechazado.
- c) Que la información emitida reproduzca los actos o procedimientos de manera fiel y exacta, sin agregar opiniones o materiales extraños.
- d) Ausencia de malicia del informador, esto es, de conocimiento de la falsedad del reporte oficial que se publica.

Como podemos observar, definitivamente el derecho a la intimidad se encuentra en conflicto con la cultura informacional, específicamente y por lo que atañe a la presente investigación, con la información automatizada, empero no con el derecho a estar informado, pues el derecho a la información no comprende los datos de una persona o empresa que no son susceptibles de publicar.

⁵ El Second Restatement of Torts, en sección 11 (1977), describe la regla de esta manera: "La publicación de cuestiones difamatorias concernientes a otro, en un reporte sobre una acción o un procedimiento oficial, o sobre un mitin abierto al público, en el que se tratan asuntos concernientes al interés público, es considerada privilegio si el reporte es exacto y completo o se hace un adecuado resumen de lo ocurrido". También el derecho español acepta esta circunstancia eximente, aunque todavía con mayor amplitud que el estadounidense.

En síntesis el derecho a la intimidad es la facultad que le reconoce el estado al hombre de mantener reservada la información que considere no comunicable. Entonces el hombre decide cuales son los datos que debe limitar a su saber y el Derecho es el que se encarga mediante sus leyes de evitar la intromisión de terceros a dicha información.

Así, los elementos conceptuales del derecho a la intimidad: a) La tranquilidad (derecho a la soledad); y b) Control de la información; sin embargo, se puede incorporar un tercer elemento; c) La autonomía, sin entrar a realizar mayores detalles, sugiriendo que es un tema que le compete a la legislación. En cambio, el honor tiene dos facetas: una subjetiva, que viene a ser la apreciación que tiene la persona de si mismo; y una objetiva, que vienen a ser la apreciación que tienen los demás de la persona (buena reputación).

También se discute aún sobre la naturaleza misma del Derecho a la Intimidad, incluso anotándose dentro de su concepción, la relación que guarda no sólo con aspectos puramente espirituales sino incluso lo relacionado con los aspectos físicos de la propia persona, dígame libertad de locomoción, la violación de domicilio entre otros, traspolándose de esta manera, este derecho como bien jurídico protegible en tipicidades delictivas previstas en las normas jurídicas penales.

El Derecho a la Intimidad también ha sido objeto de debate en el seno del nacimiento de lo que ya se conoce como “Derecho Informático” o bien “Informática Jurídica”, definido a grandes rasgos como el tratamiento de la información jurídica cualificada a través de los medios y herramientas informáticas, incluso más allá, en las cuestiones centradas en lo que concierne

a la limitación del uso de la informática en algunos sectores de la sociedad. Lo cierto es que desde su mención en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros textos internacionales, su protección real queda ante el avance tecnológico como utopía o realidad en correspondencia con el enfoque que siga cada Estado al respecto y que se consolide o no en el establecimiento de regulaciones, mecanismos y procedimientos para disminuir la vulnerabilidad existente e inevitable de este derecho fundamental.

Es evidente que la preocupación sobre el tema no es novedosa, no sólo desde el punto de vista doctrinal donde se han insertado conceptualizaciones al respecto, en tanto se define un nuevo derecho denominado “Libertad Informática” o “Derecho a la Intimidad Informática”, no obstante, coincidimos con otros criterios también en este orden, que defienden que no se trata del nacimiento de un nuevo derecho, sino de la ampliación del contenido del mismo, al poderse realizar el tratamiento de la información privada o íntima a través de los medios electrónicos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Por ello, siendo inevitable la utilización del avance tecnológico en función del propio desarrollo social y económico de los Estados, se impone entonces ventilar estos análisis desde el punto de vista teórico - jurídico y práctico, en pos de concientizar la necesidad de proteger este derecho y que los organismos e instituciones gubernamentales establezcan mecanismos capaces de enfrentar las vulnerabilidades ante posibles violaciones, con una base legal existente que garantice y refuerce dicha protección.

2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

2.1. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información es una garantía individual de carácter social. Retomando lo manifestado anteriormente, la información es el intercambio de ideas, la comunicación de acontecimientos, pensamientos, sentimientos, etcétera. La comunicación de la información puede ser masiva o de “*difusión*” o puede ser comunicación interpersonal. Podemos notar también que existe diferencias entre libertad de opinión, de expresión y difusión del pensamiento.

El derecho a la información es la facultad de cualquier persona de solicitar sin manifestar su motivo, la información que requiera y a recibirla de cualquier autoridad, también es el derecho a conocer la verdad, siempre que esta no atente contra la moral, el derecho, los intereses nacionales o a terceros. De esto último se desprende que el estado por un lado, garantiza en el sexto precepto constitucional la información y que esta sea veraz, completa y oportuna y por el otro lado protege la información personal o privada.

2.2. LAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información comprende dos dimensiones, a saber, el deber de informar y el derecho a ser informado.

- a) El deber de informar. Esta vertiente comprende desde los actos la investigación, recopilación y demás actividades destinadas a la obtención de información hasta los de difusión de la información, es decir, es la parte garantizada por la constitución denominada libertad de expresión.

b) El derecho a ser informado. Es el derecho de los individuos a estar comunicados respecto de los sucesos públicos y en general de todo acontecimiento o idea que pueda afectar su vida personal o le pueda hacer cambiar su forma de pensar. Pues como lo dijimos la información nos dota de poder y nos permite realizar con mayor eficacia nuestras relaciones sociales y laborales.

2.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Abad Yupanqui citando a Solozabal señala que la libertad de expresión es el derecho a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento. Así, consiste en la exteriorización de la libertad de pensamiento a través de las más variadas formas de comunicación, sea oral, escrita, a través de símbolos por radio, televisión o cualquier otra modalidad⁶. En consecuencia, la libertad de prensa vendría a ser una especie del género libertad de expresión.

La teoría constitucional de los derechos fundamentales suele diferenciar la libertad de expresión de la libertad de información (concepción dual asumida en Alemania y España), que comprende: a) Comunicar libremente información por cualquier medio de comunicación, derecho que a su vez comprende el de buscar y obtener información (aspecto activo); y b) Recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo).

En su dimensión subjetiva la libertad de expresión se presenta como manifestación de la dignidad humana, de la libertad de expresar el pensamiento. En su dimensión objetiva o institucional, constituye un supuesto

⁶ Abad Yupanqui, en: La Constitución Comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición, 2005, pp. 71-72.

básico para la vigencia del Estado Constitucional de Derecho. A través de la difusión del pensamiento se pueden tomar decisiones adecuadas dentro de las múltiples facetas de la vida humana en sus relaciones sociales.

2.4. LÍMITES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información permite acceder, a quienes estén legitimados a ello, a todo tipo de información sin discriminación de ningún tipo. Sin embargo, responde a principios sociales, morales, éticos que establece el estado por medio de la Ley. Para Enrique Ferrando Gamarra existen excepciones y limitaciones al derecho a la información que según el autor son: no autoriza el abuso de derecho, debe tener un fin lícito y no contravenir las leyes que interesen el orden público y las buenas costumbres; no puede suponer la lesión de otros igualmente protegidos; no debe poner en riesgo la armonía social ni someter o subordinar la soberanía del Estado⁷.

Si bien es acertado lo señalado por Gamarra, resulta oportuno manifestarnos respecto a los estados de excepción del Derecho a la información. Uno de ellos, es, que, su ejercicio no autoriza el abuso del derecho. El abuso puede considerarse como el uso en exceso del ejercicio de un derecho o mal uso del mismo. Claros ejemplos de abuso del derecho de información son: la información solicitada parcial o abundantemente produciendo una idea distorsionada de la realidad; uso de información en fines distintos que los solicitados, o para aprovechar la propiedad intelectual de otro, etc.

El Derecho a la Información, también supone un fin lícito y una no contravención de leyes de interés público así como las buenas costumbres. En este extremo, si

⁷ Enrique Ferrando Gamarra, El Derecho a la Información, Themis, Lima, 1995.

la finalidad es lícita e ilícita, son difíciles de determinar, porque el peticionante puede efectuarlo “sin expresión de causa”, esto constituye una desventaja de la Administración ya que no puede determinar los motivos o propósitos de la solicitud de acceso. En cuanto al fondo del ensayo, un límite del derecho a la información es precisamente que ésta no afecte la intimidad.

Como lógica consecuencia del carácter no absoluto que la doctrina “iusprivatista” atribuye a la libertad de prensa, el Dr. Zannoni⁸ refiere la existencia de límites de carácter interno y externo. A los primeros los divide en objetivos –que toman como marco de referencia a la verdad, y subjetivos, centrados en la actitud que el informante asume ante la verdad.

2.5. TENSIONES ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

De la misma forma en que el hombre nace libre físicamente, tiene la libertad de dar a conocer de sí mismo, a la sociedad lo que su voluntad le sugiera, pero con el desarrollo de la tecnología y la creciente demanda de información de nuestros días, esto parece ser imposible. Si bien la información es un elemento indispensable para la toma de decisiones y que el hombre nace con la garantía de acceso a las noticias y demás acontecimientos, también lo es que el hombre nace con la plena facultad de decidir con quien compartir sus ideas, sentimientos o hechos de su vida personal o simplemente reservarlos para sí mismo.

Ya que el derecho de exteriorizar sus sentimientos, pensamientos, etc. es de la persona misma, podemos decir que si tal garantía es violada estaríamos en presencia de un atentado a las libertades individuales. Según Rafael De Pina,

⁸Zannoni, ob. cit., p. 63.

las libertades individuales son: “Las Facultades reconocidas al individuo en todo estado de Derecho, para el desenvolvimiento de su personalidad”⁹.

Sin duda los adelantos tecnológicos y el progreso ideológico han venido a facilitar la vida del hombre, pero, tales son las facilidades que nos ha brindado la tecnología, que hemos abusado de ella. La capacidad de almacenaje, la velocidad de consulta y de transmisión de información, de un medio de comunicación, da para quien cuente con una de ellas una especie de poder, económico, psicológico, social, político, más aún en la actualidad, el poder de la prensa es denominado como “El cuarto Poder”.

El título de este Artículo encuentra su fundamento en la consideración de que, tanto el derecho a la información como el derecho a la intimidad, son derechos fundamentales en la vida del hombre de estos tiempos. No obstante, la distancia que guardan estos dos conceptos, se encuentran hoy en día, estrechamente vinculados, esto debido al mal sentido que se le ha dado al derecho de ser informado, pues abusando de este último, es como se transgrede el derecho de la intimidad.

Todas las cuestiones en las que confrontan dos o más derechos se tornan, inexorablemente, difíciles de resolver. El dilema entre la primacía de la libertad de los medios de prensa para informar o los derechos que hacen a la dignidad de la persona ha generado diversas opiniones doctrinarias acerca de cual de ellos debe prevalecer. Las entidades que nuclea a los medios de prensa son irreductibles en cuanto al sostenimiento de una libertad de prensa absoluta, sin límites, colocándola, en una imaginaria escala jerárquica de los derechos constitucionales, por encima de los derechos personalísimos. Por su parte

⁹ Rafael De Pina, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México DF, 1998, p. 360.

algunos “iusprivatistas” se aferran a la supremacía de los derechos de la persona por sobre la libertad de prensa. Se plantea, de consuno, el siguiente interrogante: ¿Tienen los derechos constitucionales la misma jerarquía o, por el contrario, algunos son superiores a otros?



CAPÍTULO II

LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

1. DESARROLLO DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) trae como consecuencia que se pueda "almacenar" y "manipular" gran cantidad de información con la utilización de los medios, herramientas y equipos informáticos, lo que pone en riesgo de ser vulnerados muchos derechos, esencialmente aquellos derivados o conocidos como derechos de la personalidad, debido a la posibilidad de transferir información relacionada con éstos en cualquier momento y a cualquier lugar por terceras personas, sin el consentimiento del perjudicado.

Mientras el mercado publicitario en Internet demanda cada vez más información de los ciberusuarios, disímiles organizaciones y gobiernos se aúnan para defender el respeto a la intimidad y a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico. En algunos casos se proponen leyes, a la vez que se incrementan las medidas, los mecanismos y los sistemas de vigilancia tecnológica con el fin de proteger a la sociedad, aunque en la práctica ello diste de lograrse efectivamente.

Además de las regulaciones, las normas jurídicas o el desarrollo de códigos establecidos por las empresas, el mercado e incluso la propia tecnología, pueden limitar la información que se toma de los navegantes en Internet.

Muchos especialistas relacionados con la temática consideran que en un futuro próximo los internautas deseosos de discreción pagarán un precio por la seguridad de sus datos, mientras que los otros verán su intimidad puesta en el mercado como mercancía.

Uno de los descubrimientos tecnológicos que más ha conmocionado a la sociedad en los últimos tiempos, en casi todos sus sectores y relaciones, lo es la Informática. El tratamiento de la información por medio de los ordenadores constituye por ello la innovación tecnológica más significativa y el elemento social más relevante para entender nuestro tiempo y lamentablemente pocos son los que han tomado conciencia de su impacto global, económico, social y cultural, pese a ello paralelamente se crean y consolidan movimientos online en defensa de proteger la información concerniente a la vida privada de las personas y con la premisa esencial de lograr generar conciencia de respeto en todos aquellos que de una u otra forma están vinculados al tratamiento de este tipo de información a través de los medios electrónicos.

La reciente aparición de nuevos conceptos tales como el "ciberespacio", "navegador" o "realidad virtual", sirven para ayudarnos a vislumbrar las ilimitadas posibilidades que el ordenador y la informática suponen. En este nuevo entorno regido por la tecnología, los ficheros han sido agrupados e integrados en bases de datos, suprimiendo el tiempo, las distancias y las gestiones administrativas que limitaban el acceso a una élite de controladores de informaciones. Con Internet, el acceso se generaliza bruscamente. Todo lo que no tiene restricción está instantáneamente disponible desde cualquier sitio. Por tanto, la información puede viajar a través de las redes de la escala local o nacional a la escala internacional en cuestiones de segundos.

No obstante, el respeto a la intimidad o a la privacidad y el Derecho al Anonimato, son principios más que simples derechos consagrados en normas jurídicas y conceptos defendidos por muchas instituciones, pese a ello hoy los denominados delitos informáticos siguen en aumento, en la misma medida que avanzan las TICs, en tanto no marcha en paralelo la adecuación de las normas jurídicas ante las invasiones tecnológicas. Al respecto, se han mencionado "...cuatro temas éticos que son claves para las aplicaciones de la tecnología de la información dígame: exactitud, intimidad, propiedad intelectual y accesibilidad".

Por su parte, las etapas de la comunicación han transcurrido desde las representaciones de las ideas grabadas en piedra, luego el perfeccionamiento del lenguaje y su expresión en signos y más tarde, la invención del alfabeto, hasta la creación de la imprenta de tipo móvil que significó no sólo el punto de partida del Derecho de Autor, sino el avance de la cultura, de las comunicaciones y la diseminación de la información en este ámbito. Siendo posteriormente el desarrollo de la Informática y la aparición de Internet, los complementos que han dado lugar a la llamada "Era Digital".

Siempre se ha vislumbrado el Derecho a la Intimidad más allá de su regulación normativa, como un derecho natural de cada persona, el que se corresponde con su personalidad, sus ideas, valores, otros autores concluyen que no es más que un derecho personalísimo que se circunscribe a la vida privada. Sin embargo hay quienes distinguen el Derecho a la Intimidad de la Privacidad, de cualquier manera, todo ello se refiere a aquella información individual que queda bajo el manto de la autonomía de la voluntad, fuera del alcance del conocimiento por terceras personas de esa información y hasta de los organismos o instituciones gubernamentales.

Muchas son las reflexiones que existen en torno a las fuentes del Derecho a la Intimidad y aunque mayormente se encuentran en las regulaciones internas de los Estados, siempre se coincide en que, con ellas se defiende este derecho ante los ataques a la persona, a su integridad física o mental, a su libertad moral o intelectual, en contra además de los actos ilícitos contra el honor y/o la reputación de la persona o hechos similares, el uso del nombre, de la identidad o de la imagen; la divulgación de informaciones cubiertas por el secreto profesional, entre otras.

1.1. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

A los tiempos actuales se le viene denominando “sociedad de la información”, ello por el vertiginoso desarrollo científico y tecnológico que implica el avance de la informática en las diversas esferas del quehacer político, económico y social a escala mundial y, recordando que la informática es entendida como la disciplina o actividad que consiste en el tratamiento o procesamiento de la información por medio de máquinas ordenadoras electrónicas tendientes a la obtención de nueva información; cuyo uso inadecuado y sin control puede volverse en contra del mismo hombre creador de la tecnología, invadiendo las esferas más íntimas de su vida privada.

Los usos y costumbres sociales se han visto afectados por este desarrollo vertiginoso de las tecnologías de la información originándose situaciones de hecho y jurídicas nuevas que la legislación no ha previsto; estando a que la información en esta nueva sociedad y economía informática cumple un papel fundamental en tanto el ciudadano, la empresa privada o entidad pública que no obtenga la información necesaria para desarrollarse en sus actividades sociales y económicas o para realizar sus funciones no podrá acondicionarse a la nueva

sociedad y economía de la información; no podrá participar de las ventajas y oportunidades que brinda el estar oportunamente informados; desmejorando su calidad de vida o su función.

En este desarrollo vertiginoso de la tecnología e informática que implica la posibilidad de obtener información así como de difundirla también se advierte el peligro de ciertos aspectos existenciales o de la personalidad humana generados por el avance de la tecnología de la información como es la vida privada; dado que cuando los actos del ser humano, sus convicciones, opiniones, creencias son captados, almacenados y ordenados mediante las computadoras u ordenadores, la libertad de los seres humanos disminuye al ser capturado como un elemento más de la sociedad de la información; haciéndolo carecer de individualidad e identidad personal; de allí la necesidad de contar con un Derecho de las Nuevas Tecnologías, que regule la libertad de información como factor indispensable para el desarrollo del individuo y la sociedad y que manifieste sus límites para defender los márgenes de privacidad necesarios para el normal desarrollo de la personalidad humana.

Esta situación ha generado el surgimiento de un nuevo derecho a la libertad informática que implica tanto el derecho del individuo a negarse a brindar información sobre si mismo y el derecho a pretender información concernida a su persona o personalidad; en suma controlar la identidad personal informática a través del consentimiento para preservar, acceder, o rectificar datos informativos referidos a la vida privada de las personas.

En ésta perspectiva de la libertad informática, el Derecho a la Intimidad cobra una dimensión mayor al buscar garantizar la intrusión no consentida sobre

aspectos de la vida que uno reserva para sí y la información sobre la misma y que además debe proteger el desarrollo de la libertad personal.

La regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en sí conlleva a la necesidad de reflexionar sobre la función del derecho para proteger la intimidad o vida privada así como la identidad de las personas, como garantía de un desarrollo libre y digno de la personalidad; estando al conflicto permanente entre el derecho a la información en su aspecto de libertad de información y el derecho a la vida privada o intimidad, último derecho que con el desarrollo de la informática se ha considerado que su protección se constituye como garantía de la libertad personal, al entenderse tanto como la no intrusión o no divulgación de aspecto referidos a nuestra esfera personal o familiar así como el derecho a obtener, modificar o rectificar información referida a nuestras personas; para poder tomar las decisiones más importantes para nuestra existencia y tener una vida tranquila sin trastornos de la personalidad o de la identidad.

Sucede que las personas en su vida cotidiana generan diferentes datos o información como sus viajes al interior o exterior, el uso de las tarjetas de crédito, movimientos de cuentas bancarias, Declaraciones Juradas ante instituciones públicas, solicitudes de ingreso o de trabajo ante instituciones públicas o privadas, los que ordenados y sistematizados por la computadora permiten obtener un perfil de comportamiento de la persona que vulnera la intimidad y la libertad de los individuos.

El derecho a la intimidad se constituye en una garantía de la libertad personal, dado que si la información personal o familiar es distorsionada, se divulga sin responsabilidad o se produce una intromisión no consentida se produce un

recorte o captura de la libertad, ya que tales actos no permiten que las personas adopten las decisiones de su existencia en forma libre y autónoma, sin estar afectado por la vulneración de su intimidad.

Este derecho ha venido desarrollándose de tal forma que en nuestros días se perfila con una nueva concepción que afirma a la privacidad como presupuesto para el ejercicio de otros derechos también fundamentales como la libertad de pensamiento, libertad de culto y un conjunto de derechos sociales como salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa y aspectos sociales y económicos; lo que hace ver el cambio del concepto de la intimidad con el desarrollo tecnológico de los sistemas informáticos; ya que anteriormente se definía como el derecho a ser dejado a solas o a la no intromisión en los personales o familiares de un individuo sin su autorización; ahora se concibe como el derecho del individuo a decidir si desea compartir sus pensamientos, sentimientos y los hechos de su vida personal o familiar por el acceso no autorizado a bases de datos que contengan información reservada

Debemos de sostener firmemente, que el derecho a la información asimismo se constituye en garantía de una futura decisión libre y certera; lo que conlleva a una persona libre y autónoma, que a su vez se relaciona con la facultad que debe tener la persona sobre los datos generados o proporcionados en su vida privada cotidiana ante personas, instituciones públicas o entidades privadas; con lo cual se concibe la permanente relación y conflicto entre el derecho a la información y la intimidad que exigen una regulación legal para proteger la libertad y la intimidad de las personas.

La regulación del desarrollo de la informática en su relación con la vida privada o intimidad de las personas se centra en el reconocimiento del derecho a la

información como derecho fundamento del sistema democrático necesario para el desarrollo individual y de la sociedad y el derecho a la intimidad como derecho base para el libre desarrollo de la personalidad; con lo cual ambos derechos se basan en la libertad y dignidad de los seres humanos; debiéndose buscar el necesario equilibrio que debe existir entre el derecho a la información y la intimidad de las personas; al ser derechos reconocidos constitucionalmente y consagrados por pactos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, suscritos debidamente por el Perú.

En el esfuerzo de buscar el equilibrio entre el derecho a la información a través de la informática y el derecho a la intimidad de las personas, el ordenamiento constitucional peruano, con la Constitución de 1993, se ha creado la Garantía Constitucional (proceso constitucional) de Habeas Data que protege la libertad de las personas, cuando se vea amenazada o vulnerada por datos o información recogida, almacenada, sistematizada o transmitida por medios informáticos o no, públicos o privados; que en buena cuenta cautela el derecho de las personas a no ser perjudicado por suministrarse información contenida en bases de datos o archivos sin su autorización.

Como se advierte de todo el razonamiento presentado, el hombre necesita de un espacio en el que pueda desenvolverse física, psíquica, afectiva, moral, amical y socialmente. Este espacio no se da solamente en el interior de su hogar sino, que se extiende a otros lugares, tales como la oficina, el despacho, el club, etcétera., viene a ser esa esfera de nuestras vidas que se conoce como privada, o sea todo aquello que sin ser secreto debe ser respetado por nuestros semejantes y el Estado, a fin de que quede libre de toda publicidad.

Es que, sólo la persona natural goza del derecho a la vida privada, toda vez que no es atributo de la persona jurídica que disfruta del derecho a la confidencialidad de naturaleza diferente.

Como bien lo ha señalado el profesor Teófilo Rojas Quispe¹⁰, el derecho a la intimidad se encuentra seriamente amenazado por la creciente capacidad que posee tanto el sector público como el privado de acumular y acceder a gran cantidad y variedad de información; la utilización de redes imperceptibles en las que circulan a gran velocidad, a bajo costo y sin ningún tipo de control información personal, importa la creación de una sociedad en la que todos nuestros actos y datos personales quedan registrados y son eventualmente comercializados. Agrega el autor citado, que en un escenario de tales características, es imposible evitar la estigmatización y consiguiente encasillamiento en categorías que puedan transformarse en una pesada carga con la que se debe de soportar.

Para concluir este apartado, debemos de recordar que la informática no es sólo un fenómeno tecnológico con implicaciones estrictamente positivas. Los ordenadores, al permitir un manejo rápido y eficiente de grandes volúmenes de información, facilitan la concentración automática de datos referidos a las personas, constituyéndose así en un verdadero factor de poder.

1.2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Los datos de carácter personal se definen como cualquier información concerniente a las personas, es decir toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, o de cualquier otro tipo susceptible de recogida,

¹⁰ Teófilo Rojas y Ameghino Bautista, Derecho Informático, Impresiones Flores, Lima, 2002.

registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona natural identificada o identificable¹¹.

El tratamiento de dichos datos puede manifestarse de diversas maneras, pero creemos puede resumirse en las operaciones y procedimientos que permiten su recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo, cancelación o cesión.

Un tópico importante es tratar de deslindar los términos intimidad y privacidad; para ello debemos de alcanzar lo definido por el Diccionario de la Real Academia De La Lengua Española, donde nos indica que intimidad se debe entender como una “zona espiritual íntima reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Según la misma fuente, privacidad es el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. Este término, aún calificado de barbarismo por parte de la doctrina, no aparece en nuestro diccionario vigente, pues algunos opinan que no es más que un anglicismo que crea confusión en este ámbito de lo privado. Sin embargo, lo que ocurre es que, sin dejar de movernos en la esfera más íntima de una persona, nos encontramos con dos términos que presentan distintas connotaciones.

La intimidad es, de estos dos conceptos, el que tiene un alcance menor, pero más gravoso si se quiere. Es decir, el derecho a la intimidad protege la parte más íntima de una persona, esto es, esa esfera personal que define qué es y qué no es privado. Dicho de otra forma, hablar de intimidad es hablar de sentimientos, de creencias (políticas, religiosas), pensamientos o de una

¹¹ Aldo Elliot Segura, “La protección del derecho a la intimidad y privacidad frente a las nuevas tecnologías”, en: Revista del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Editora Perú, Lima, 2000, pág. 213.

información –como la Historia clínica o la relativa a la vida sexual- cuya difusión puede producir ciertas reservas al individuo. Se trata en definitiva de aquellos datos que bajo ninguna circunstancia proporcionaría un individuo de manera libre y consciente. Partiendo de este punto, nacen derechos como la inviolabilidad de las comunicaciones o el derecho a la propia imagen; ambos muy relacionados con la parte más privada de la psique del individuo.

La privacidad, sin embargo, es un término más amplio: se refiere a aquella parte del individuo que va más allá de lo íntimo, esto es, información que tomada por si misma puede no ser relevante, pero que analizada en un momento o contexto concretos puede llevarnos a la construcción de un perfil muy fiable del individuo. Así, si al hablar de intimidad colocábamos como ejemplos los sentimientos o creencias, podríamos ilustrar el concepto de privacidad con los libros que se consultan, las películas que se alquilan, las asociaciones a las que se pertenece, etcétera. Por sí solos, estos datos no tienen excesivo valor; ahora bien, tomados en conjunto, en un ambiente determinado, pueden hablarnos de los gustos del individuo, de sus preocupaciones o necesidades. En cualquier caso, sin llegar a esa zona reservada que define la intimidad.

Podríamos afirmar entonces, que los asuntos íntimos son privados, pero que no todos los asuntos privados son íntimos.

Por otro lado, debemos señalar que existe un elemento que es común tanto en el concepto de intimidad como en el de privacidad: el tratamiento de la información personal. La información es, entonces, el elemento fundamental, la materia de la que están formadas privacidad e intimidad. Y hablar de tratamiento de información es hablar de informática.

De acuerdo a nuestra lex mater en el inciso 06 del artículo 02, nos señala de manera perspicua que, toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

A raíz del desarrollo de las nuevas tecnologías se ha hecho muy común el tratamiento automatizado de datos, y por la cual se hace cada vez más necesaria una regulación específica.

El Habeas Data si bien es una garantía constitucional –ahora proceso constitucional-, que protege los derechos reconocidos en la Constitución, sólo será efectiva cuando exista una vulneración o amenaza de vulneración al derecho citado. Sin embargo no existe un ente que registre todos los archivos automatizados de datos personales, y pensamos que es por aquí por donde debería empezarse a legislar.

Tanto instituciones públicas como privadas, mantienen grandes archivos automatizados de datos de carácter personal sin haber tenido ningún tipo de supervisión ni mucho menos de recomendación advirtiéndose límites de utilización de dichos datos. Por ello el limitar el uso de la informática y de otra técnicas y medios de tratamiento automatizado, augurarán una mejor protección al honor, intimidad personal y familiar de los ciudadanos.

1.3. PRINCIPIOS EN EL PROCESAMIENTO DE DATOS

Se debe de partir reconociendo que tipos de datos son los que se están almacenando en archivos automatizados. Así por ejemplo, la doctrina española denomina a este aspecto “calidad de los datos”, los cuales hacen referencia a

que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades legítimas para las que se hayan obtenido.

Dentro de la información almacenada, existen datos de carácter muy sensible y que merecen una protección especial, *exempli gratia*: Los datos referentes a la ideología, religión o creencias, en donde nadie puede ser obligado a declararlos, salvo que el titular de la información lo consienta de manera expresa. Además al intentar solicitar ese tipo de informaciones debe existir la obligación de advertir al interesado su derecho a no prestar su consentimiento si lo considera conveniente.

Los datos referentes al origen racial, salud o vida sexual, los cuales tienen una connotación muy íntima en donde sólo podría justificarse su solicitud por razones de interés general y cuando lo disponga una ley o cuando el titular de la información consienta expresamente.

Los datos protegidos por propia norma, en este caso aquellos datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, sólo podrán incluirse en archivos públicos por las Administraciones competentes de acuerdo con lo previsto en sus normas reguladoras.

Un aspecto de gran trascendencia en el almacenamiento automatizado de datos, es la seguridad con la que se cuente para protegerlos. Es lógico pensar, que el responsable de dicha seguridad está en la persona quien haya almacenado dicha información, sea ésta una persona natural o jurídica. En ello, lo importante es evitar tanto la alteración, pérdida y determinar el acceso no autorizado de tan preciado bien como lo es la información de carácter personal, y eso sólo puede lograrse teniendo las condiciones adecuadas para garantizar

la integridad y seguridad de dichos datos. Y ello, debería estar vigilado por una Entidad idónea que reglamente estas condiciones.

Asimismo, un aspecto vital en el almacenamiento automatizado de datos de carácter personal es el deber de secreto que debe guardar el responsable del archivo que contenga dicha información, que además debe alcanzar a aquellas personas que están involucradas en cualquier fase del tratamiento, incluso después de haber finalizado la relación con el titular de los datos o el responsable del archivo.

De otro lado debe existir como regla general que todo tratamiento automatizado requiere el consentimiento del afectado, que como se sostiene, es aquella de quien se conserve información de índole personal.

La intimidad es, sin duda el gran protagonista en el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, por ello es importante definirla de alguna manera. En la actualidad hay un concepto denominado “autodeterminación informativa”, la cual se conoce como el derecho a que el individuo pueda decidir sobre que aspectos desea revelar acerca de sus pensamientos, sentimientos, conductas o hechos de su vida personal. Este concepto es el que se utiliza modernamente para definir ahora lo que es la intimidad.

Respecto a las personas jurídicas, brevemente debemos referenciar, que también pueden ser víctimas de tratamiento automatizado, el cual puede vulnerar derechos como el de confidencialidad y por la cual mantienen su buena imagen y prestigio ante los demás.

Siguiendo con el tema que nos ocupa en éste apartado, el consentimiento del que estamos hablando, es aquella mediante el cual de manera expresa e indubitable el afectado manifiesta su voluntad de que sus datos personales puedan ser tratados automatizadamente. Este derecho, que asimismo es un deber que deben cumplir los responsables de archivos de este tipo, se basa en la solicitud de autorización al afectado para poder almacenar información que le concierne, y que pueda contener datos de los denominados sensibles al pertenecer al carácter privado y/o íntimo de las personas, y por ello la necesidad que se efectúe tomando todas las precauciones que eviten malos tratamientos. Sin embargo, se debe precisar que el consentimiento de voluntad, sólo será válido cuando los datos no sean recolectados de manera fraudulenta, desleal o ilícita, pues caso contrario dicho consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. Así también, en el caso de las informaciones que merecen una protección máxima, el titular de dicha información tiene el derecho a no prestar su consentimiento.

1.4. DERECHOS DERIVADOS DEL PROCESAMIENTO DE DATOS

Como consecuencia del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, los afectados pueden ejercer ciertos derechos de carácter personalísimo, y que por su naturaleza sólo pueden ser ejercitados por ellos mismos o por sus representantes legales. Estos son:

Derecho a la Impugnación.- La valoración de la conducta de una persona que sólo toma como referencia un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, puede ser impugnada por el afectado, pues la definición o características de personalidad que puedan estar archivadas, pueden ayudar a conocer el comportamiento de la persona mas no a determinarla.

Derecho de Información.- En el tratamiento automatizado de datos es imprescindible que se comunique al afectado aquella información que enumeramos al tratar sobre el consentimiento, las cuales deben expresarse de modo expreso, preciso e inequívoco. Asimismo, debería existir una entidad autónoma que registre a aquellos archivos automatizados que contengan datos de carácter personal, ya que sólo así podrá ser posible el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación del afectado.

Derecho de Acceso.- Es la facultad que se reconoce al titular de los datos de carácter personal que se encuentren archivadas automatizadamente, para recabar información de sus datos incluidos y tratados. Este derecho deberá ejercerse mediante una solicitud o petición dirigida al responsable del fichero, utilizando cualquier medio que permita acreditar el envío y recepción de la solicitud en un plazo determinado contado a partir de la recepción de la solicitud. Sin embargo, pueden existir casos en donde se deniegue, la solicitud interpuesta, entre ellas:

En el caso de archivos de titularidad privada: Cuando la solicitud sea llevada a cabo por persona distinta del afectado. En el caso de archivos de titularidad pública: Cuando el ejercicio del derecho de información pueda afectar o amenazar la defensa del estado, la seguridad pública o la protección de derechos y libertades de terceros.

Derecho de Rectificación y Cancelación.- Son aquellos por los cuales, el afectado puede obligar al responsable del archivo a que mantenga la exactitud de los datos, rectificando o cancelando aquellos que resulten incompletos o inexactos o bien sea inadecuados o excesivos en su caso. Es importante señalar que el responsable del archivo automatizado tiene la obligación de

mantener la exactitud y veracidad de los datos que almacena. Sin embargo puede no acceder a lo solicitado siempre y cuando lo comunique motivadamente al afectado. Aquí podemos decir entonces, que el afectado en el tratamiento automatizado de datos, está dando un primer paso para poder ejercer su derecho a información, y que éste al no ser respondida, se convierte en una vulneración a su derecho y por el cual puede interponer el denominado proceso de Habeas Data.



CAPÍTULO III

EL VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS

1.1. LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS

Bolivia no está exenta de la incipiente incursión en el ámbito tecnológico, comparado con los países más avanzados en este sentido, la necesaria automatización de la sociedad y teniendo en cuenta las circunstancias políticas que nos limitan a un desarrollo vertiginoso, se hace imprescindible no sólo abordar la temática y encontrar posibles definiciones teóricas, sino poner en práctica políticas nacionales, normas jurídicas y mecanismos que efectivamente garanticen la protección de este derecho fundamental.

No son pocas las políticas nacionales y los esfuerzos que en el área tecnológica se realizan por los organismos gubernamentales y entidades creadas al efecto, pero la realidad dista de una protección real al mismo, partiendo incluso de que no existe correspondencia entre las normas jurídicas actuales, en el complejo entorno informático y las nuevas plataformas tecnológicas, en las que se insertan todas las relaciones jurídicas inevitablemente, a ello nos referiremos en los siguientes párrafos.

La tecnología y la informática, al desarrollarse inconmensurablemente, implican la posibilidad de obtener información así como difundirla, ello genera un peligro de ciertos aspectos existenciales o de la personalidad humana, dado que cuando los actos del ser humano, sus convicciones, opiniones, creencias son

captados, almacenados y ordenados mediante las computadoras u ordenadores, la libertad de los seres humanos disminuye al ser capturado como un elemento más de la sociedad de la información; haciéndolo carecer de individualidad e identidad personal, de allí la imperiosa y urgente necesidad de contar con un derecho que regule las tecnologías de la informática y asimismo que regule la libertad de información como factor indispensable para el desarrollo del individuo y de la sociedad; y que manifieste sus límites para defender los márgenes de privacidad necesarios para el normal desarrollo de la personalidad humana.

1.2. LA INTIMIDAD EN EL DERECHO PENAL

Es imperioso dar una definición de lo que es la intimidad para el Derecho Penal; mas allá de las acepciones etimológicas que existen, se tiene que “A la vista de esta regulación penal se hace difícil precisar con nitidez el concepto de intimidad como bien jurídico protegido. En una primera aproximación, destaca la intimidad un aspecto negativo, una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos. Pero en la segunda acepción se concibe a la intimidad como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para los que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad del titular”¹².

En este sentido se puede decir, que, el tener una vida privada implica a todo individuo a resguardar determinados datos del conocimiento público ya que si estos fueran divulgados supondría una violación de su esfera de dominio de lo

¹² Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal: Parte Especial, Décima Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 249.

personal, de lo reservado, de lo propio (personal o familiar); en otras palabras, es la situación interna, que uno quiere que se mantenga fuera del alcance de terceras personas. Es decir, la intimidad es lo interior que no queremos que se conozca, es la zona reservada de la persona que no puede ser observada o fisgada.

Para el maestro Bustos Ramírez¹³, con ésta rubrica se está protegiendo la intimidad de las personas y la intimidad familiar; toda vez que se trata de la protección de los hechos o actividades propias o destinadas a la persona o a un círculo reducido de personas.

En esa línea de pensamiento, el connotado profesor y magistrado Ramiro Salinas Siccha¹⁴, en uno de los pocos trabajos que brillan con luz propia en nuestro medio, relativo al tratamiento de la parte especial del Código Penal, nos dice que la protección penal del derecho a la intimidad se justifica hasta por dos circunstancias concretas: primero, porque se pretende evitar intromisiones de terceros en ciertos hechos y conductas que de ser conocidas y reveladas alteran la tranquilidad de la persona agraviada, en razón de encontrarse trabados con lo más recóndito de su ser, y segundo, porque los ataques contra la intimidad de una persona son altamente perjudiciales e intolerables para el que las sufre y a veces para la sociedad misma.

Sigue anotando el mismo autor, que la razón de aquella protección radica en la libertad del hombre que se vería seriamente afectada por la invasión de su intimidad, violentando su propia conducta, y es que la natural postura es la de

¹³ Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Español: Parte Especial, Segunda Edición. Ariel. Barcelona. 1989.

¹⁴ Ramiro Salinas Siccha, Derecho Penal: Parte Especial, Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley, mayo de 2007. Pág. 487 – 488.

ocultamiento de nuestras propias debilidades y de aquellos aspectos de nuestra personalidad que consideramos desagradables o que, en todo caso, queremos mantener bajo nuestro propio dominio.

Como consecuencia inicua e inexorable de lo referido por el maestro, es la pérdida del control sobre estos datos íntimos, y ello traducido en un inevitable cambio en nuestra actitud por la coacción de hechos revelados, atentando contra la libertad.

De lo reseñado en líneas anteriores, se puede fácilmente virar la *caput*, y advertir que la intimidad es aquella parte muy reservada de la vida personal y familiar de las personas, y que nadie puede realizar ninguna intromisión en esa esfera, toda vez que ese espacio limitado en acceso a terceros, es nuestro *campus* de regocijo, de quietud, de paz, de pensamiento, de creatividad y que nadie puede violentarlo y atentar contra la sacralidad de ese espacio, puesto que dañaría ese equilibrio que se consigue y persigue con la limitación de ingreso o perturbación de personas ajenas a la entidad personal o familiar.

Respecto al accionar de **observar**, éste debe entenderse que el agente delictivo lesiona la intimidad personal o familiar del sujeto pasivo, cuando observa conductas íntimas que desarrolla éste en su esfera privada, valiéndose para ello de instrumentos, procesos tecnológicos u otros medios. Verbigracia, cometería tal conducta ilícita, aquel sujeto que desde lo alto de un edificio observa todas las mañanas a una dama que mantiene abiertas las cortinas de su habitación, y éste con el empleo de un larga vistas, se complace oteando cuando se está duchando, sin sospechar siquiera que alguien está fuera observándola.

Por otro lado, la modalidad de **escuchar**, debe entenderse que se configura cuando el sujeto activo escucha conversaciones de índole personal o familiar, empleando instrumentos, procesos tecnológicos u otros medios. *Exempli gratia*, cuando un sujeto aprovechando que fue de visita a la casa de una amiga, que por cierto siente una gran obsesión, coloca un dispositivo electrónico de audio, en una parte de la casa, que le permitirá posteriormente escuchar todas las conversaciones que mantenga dicha fémina con quienes ingresen y frecuenten en su casa.

Una tercera modalidad de afectación, es la correspondiente a la conducta que despliega el agente delictivo para registrar, anotar, grabar o graficar mediante instrumentos, procesos tecnológicos u otros medios, un hecho, palabra, escrito, imagen o datos sensibles que pertenecen a la esfera o ámbito privado de aquél. Este supuesto se presentaría por ejemplo, cuando el sujeto activo, valiéndose de una grabadora de voz, que previamente la instaló en un hotel, a donde frecuentemente concurren una pareja de novios, registra las conversaciones y manifestaciones auditivas de su sexualidad que desplegaron en ese momento.

Es necesario precisar en éste apartado, que los medios a través de los cuales el sujeto agente, puede acometer con la conducta reprochable de observar, escuchar o registrar aspectos de la vida personal o familiar, éste puede hacerlo también empleando instrumentos, procesos tecnológicos u otros medios. Como es fácilmente perceptible, el legislador al señalar que el delito se configura también con el empleo de instrumentos, procesos u otros medios, deja la posibilidad de que se adecuen aquí, todas las conductas que con el empleo de la informática, cibernética o telemática, permitan accionar de esa manera.

Dado que este mundo cambiante, está por decirlo así, gobernado por el fenómeno informático, por los avances tecnológicos, por el progreso irrefragable de la ciencia, queramos o no, día a día se van creando medios y mecanismos que violentan nuestro espacio íntimo, poniendo en peligro o lesionando nuestra vida personal y familiar. Algunas manifestaciones de dicho proceder, son las concernientes a las conexiones telefónicas secretas, interferencias telefónicas, micrófonos miniaturizados, lentes telescópicos, cámaras de infrarrojos, aparatos que notan las vibraciones de los cristales de las ventanas para oír conversaciones privadas, circuitos cerrados de televisión y ordenadores, etc.

De lo sostenido hasta aquí, fluye que en este tipo de delito, el bien jurídico tutelado lo constituye la intimidad personal y familiar del ciudadano; es decir se protege el ámbito de su vida íntima personal y familiar; entendiendo como intimidad a la zona reservada de la persona que no puede ser observada o fisgoneada (reserva de la intimidad).

Respecto a éste ilícito penal, también es pertinente hacer una reflexión sobre las circunstancias agravantes del tipo penal, dado a que si bien la violación de la intimidad personal o familiar se ve trastocada o vulnerada, cuando se observa, escucha o registra aspectos relacionados con las mismas, dicho comportamiento se ve agravado, cuando el sujeto agente, no sólo se conforma con registrar, escuchar u observar, sino que además los revela o hace público, valiéndose para ello de instrumentos o procesos tecnológicos.

Ahora bien, por la circunstancia agravante de revelar, debe entenderse cuando el sujeto agente revela, manifiesta, expone, declara o comunica a otra persona los hechos o conductas de la vida íntima del sujeto pasivo que ha conocido en forma ilegal, empleando para ello instrumentos o procesos tecnológicos

capaces de exteriorizar idóneamente tales hechos. En éste punto es plausible reconocer que el legislador peruano ha incorporado en el tipo penal, una circunstancia agravante como la descrita, por cuanto el hecho de revelar o hacer conocer a la comunidad toda, o a un conjunto indeterminado de personas, aspectos vinculados con la intimidad personal y familiar, previamente registrados, afecta frontalmente temas referentes al honor y la moral, que conllevaría a la postre perjuicios de diferente índole.

De otro lado, tenemos la agravante de utilizar los medios de comunicación social para revelar la intimidad, cuando el agente publica o hace de conocimiento público los hechos o conductas de la vida íntima de la víctima sin contar su consentimiento, empleando para ello los medios de comunicación social masiva, verbigracia, la radio, la televisión, periódicos, etcétera, haciendo mas reprochable la conducta del sujeto agente, pues la intimidad de la víctima se verá mas afectada cuando mayor sea el número de personas que la conocen.

Sobre la acción típica, es preciso referenciar que ésta se materializa cuando se trasgrede o viola el espacio íntimo de las personas o familias mediante la observación visual, escucha o registro de cualquier manera de un hecho, actividades, imágenes, palabras y escritos, como ya lo hemos visto, pero hay que precisar que es necesario que la o las víctimas deberán encontrarse en el ámbito privado (íntimo).

El acto material de trasgresión puede realizarse observando, escuchando o registrando (anotando) un hecho, palabra, escrito o imagen, para lo cual no debe existir el consentimiento de la víctima, pues de ser así, el hecho resultaría atípico. Los medios de ejecución del comportamiento típico podrán ser instrumentos, procesos tecnológicos u otros.

Sobre las circunstancias agravantes anteriormente vistas, se debe recordar que el agente debe de revelar o publicar la intimidad conocida de la manera prevista en el tipo básico, es decir de forma ilícita. En consecuencia, no se cometería hecho punible cuando después de observar, escuchar o registrar conductas o hechos referentes con la intimidad personal o familiar de una persona, contando para ello con su consentimiento, se revela a un tercero o se hace público haciendo uso de los medios de comunicación masiva de aquél para su publicación¹⁵.

De manera ilustrativa podemos sostener que, no comete el injusto penal de violación de la intimidad, el sujeto que con el consentimiento del afectado, grabó una conversación referente a la esfera íntima y después, por diversas razones y sin tener el consentimiento de aquel, lo hace público por medio de la radio. Complementando la estructura del delito, se tiene que el sujeto activo puede ser cualquier persona, dado que el tipo penal no exige que éste goce de alguna condición o cualidad especial. Por otro lado al hacer alusión a cualquier persona debe entenderse que debe ser aquella susceptible de hacerle atribuidas conductas delictivas. El sujeto pasivo de igual manera es el ciudadano o familia a la que se viola su intimidad, realizando los actos propios de la acción descrita en el tipo penal.

1.3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En general, el tema de la protección del Derecho a la Intimidad y lo referente a la vida privada de las personas en muchos países es abordado, aunque de manera no tan diferente. En algunos incluso ya se tiene en cuenta este aspecto vinculado a la información digital y el tratamiento de la información personal a

¹⁵ Ramiro Salinas Siccha, ob. cit., pág. 495.

través de los medios electrónicos, en otros supuestos normativos se homologa con alguna legislación ya vigente.

En Europa se ha tratado el tema desde mediados de los años 90, tomándose como punto de referencia las autorregulaciones suecas, alemanas o francesas en esta materia, a partir de las cuales en 1995 se adoptó una Directiva Comunitaria sobre la Protección de Datos Personales, y su traslado a las legislaciones nacionales se dispuso para octubre de 1998. Esta Directiva tiene por finalidad asegurar una armonización de las leyes que protejan las informaciones personales, con el fin de facilitar su flujo en el seno de la Unión Europea, sin embargo estas legislaciones sólo son vigentes dentro de las fronteras de la Unión europea y por tanto en ocasiones los juristas se encuentran con la dificultad de extender la aplicación a las redes en el ámbito internacional, la concepción tradicional del Derecho y que inevitablemente también converge con los principios del Derecho Internacional Privado.

En América Latina, algunos países ya abordan en sus constituciones el tema de la invasión a la intimidad y la vida privada vinculado con las TICs, entre estos se puede mencionar Brasil, Perú y la República Bolivariana de Venezuela, aunque sigue quedando claro que las regulaciones distan de su cumplimiento en la práctica, atendiendo a la complejidad del intercambio de datos e información online.

1.4. LA PRUEBA Y EL VALOR PROBATORIO

¿Qué es la prueba penal? es aquel instrumento que permite "probar" la existencia o inexistencia de un hecho delictivo, la cual nos llevará a esclarecer,

ampliar, deducir, percibir, persuadir, representar y ratificar las investigaciones en base a la experiencia natural, adquirida o prestada.

Las actuaciones deberán girar alrededor de los hechos incriminativos o inculpativos. De quien o quienes inicien la investigación tendrán que utilizar el hecho delictual y sus conocimientos tecnológicos, científicos, artísticos y naturales para encontrar, determinar, demostrar y persuadir el denominado hecho probatorio. "Por tanto, toda decisión fundada en una prueba actúa por vía de conclusión: dado tal hecho, se llega a la conclusión de la existencia de tal otro"¹⁶.

Los sentidos visuales, auditivos, táctiles, olfativos y gustativos juegan un rol preponderante para justificar y fundamentar los argumentos detallados y expuestos ante la autoridad competente. Un caso sería la diligencia de levantamiento de cadáver, en donde se utiliza los algunos sentidos como: el olfato en relación a putrefacción, la vista en cuanto a la rigidez cadavérica, el tacto en relación al enfriamiento etc.

La modernidad nos lleva a considerar a las fotos, cintas cinematográficas radiografías, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, reproducciones de audio o video, la telemática en general etc. como pruebas las cuales son posibles actuar en un proceso.

Hay dos supuestos, una cosa son las grabaciones propias, en las que es uno de los intervinientes en la conversación quien utiliza un elemento de registro de la voz o la imagen, siendo indiferente que se conozca o no que se está

¹⁶ Jeremy Bentham, Tratado de las Pruebas Judiciales. México, Editorial Jurídica Universitaria, S.A. y la Asociación de Investigaciones Jurídicas, 1959, pág. 8.

registrando la conversación, y otra cosa que se grabe una conversación entre terceras personas que desconozcan que la información llega a "oídos" ajenos. Al primer supuesto se los puede denominar grabaciones propias y al segundo grabaciones ajenas.

En ese sentido, se puede sostener jurídicamente que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho a la intimidad; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Si uno no es parte en la conversación estará vulnerando un derecho fundamental, el derecho a la intimidad reconocido en la *Constitución Política del Estado*, pero quien graba las palabras que un tercero le dirige no está realizando por ese sólo hecho ilícito alguno. Cuestión diferente sería si esa conversación se divulga y la intromisión que pueda suponer en la esfera de la persona cuyas palabras se han recogido.

Para las grabaciones ajenas con soporte informático, el *Código Penal* castiga con prestación de trabajo hasta un año o multa hasta doscientos días. Leyendo el tipo penal surge la duda de si incluye o no a las grabaciones realizadas entre los intervinientes en la conversación, ya que exige únicamente que no exista consentimiento, un ánimo de descubrir los secretos ajenos y el uso de un medio de grabación de la imagen o el sonido, requisitos que pueden darse en las grabaciones propias.

Así, la grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo

tratado entre ambos, no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es tributario y responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conservación, que bien se puede grabar magnetofónicamente o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que les escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.

De igual forma, se considera que siempre que quien haya de realizar el tratamiento tenga conocimiento directo o indirecto de quién es la persona cuya voz está siendo objeto de grabación, así como de su número de teléfono, la grabación efectuada tendrá la naturaleza de dato de carácter personal y el tratamiento efectuado estará sometido a la normativa de protección de datos, al incorporarse al mismo los datos identificativos del sujeto (nombre y apellidos), su número de teléfono y su voz.

Respecto al tema de grabar las conversaciones mantenidas con terceros como es el de la necesidad de consentimiento previo para el tratamiento de los datos, en este caso la voz, se establece que existe deber de informar en forma previa a la recogida de los datos, pero sería absurdo informar de la realización de la grabación en muchos casos pues el contenido de la misma perdería gran parte de su valor. Este lineamiento jurídico prevé que únicamente cuando una ley lo prevea expresamente o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados.

En los supuestos excepcionales que impedirían la grabación de una conversación entre abogados, por ejemplo sin previo consentimiento, se considera que la necesidad de este extremo de información previa debe estar presente en la opinión de los sujetos participantes de dicha grabación, ya que por un lado se mantiene la legalidad de las grabaciones, pero en los específicos supuestos podemos encontrarnos con que haya que informar previamente, lo que en ocasiones es imposible teniendo en cuenta la finalidad buscada con el registro del audio o del video.

1.4.1. Modernas tecnologías y proceso penal

El Ministerio Público, en el marco de sus funciones en un proceso como el nuestro (sistema acusatorio garantista y adversarial) tiene la responsabilidad de imputar y probar la imputación, observándose así que a su tradicional actividad puramente requirente (propia del sistema mixto) deberá sumársele la del esfuerzo investigativo, pues uno de los alcances más conocidos de la presunción de inocencia es la inversión de la carga de la prueba; es decir, en el proceso penal la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, por ser el titular de la acción penal, no correspondiéndole al inculpado probar su inocencia, menos auto incriminarse.

Por ello, su labor investigativa deberá alcanzar los mayores índices de eficacia posible, dado que dependerá de las pruebas aportadas por éste, para que el juzgador tenga por acreditados los hechos en que se basó la acusación. En ese sentido, las nuevas tecnologías han representado un profundo cambio sobre todo en la investigación preliminar, en tanto posibilitaron la incorporación de nuevos métodos investigativos y medios probatorios al proceso, y al mismo tiempo permitieron potenciar la capacidad de viejos métodos y medios que,

apoyados en los avances tecnológicos, resultan cada vez más eficaces (escáneres térmicos, miniaturización de equipos, fotografías, grabaciones y filmaciones a distancia, recolección, procesamiento y transmisión de datos personales, etc.).

No obstante tenemos que tener presente que el descubrimiento de la verdad en el proceso penal se encuentra sometido a importantes limitaciones, como por ejemplo la prohibición de utilizar formas de investigación y pruebas que resulten violatorias de garantías consagradas en nuestra constitución y demás cuerpos normativos.

1.4.2. Las grabaciones como prueba

¿Qué es una prueba? ¿qué es un elemento de prueba? ¿qué es un medio de prueba? y ¿qué es una fuente de prueba?, los cuales son sustancialmente distintos. Conforme lo ha sostenido la doctrina, prueba es todo aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, es todo dato que proviene de la realidad y que se incorpora al proceso, cuya finalidad inmediata es producir certeza en el juzgador y la mediata asegurar y lograr la obtención de la verdad jurídica objetiva (Hairabedián, 2000).

Los elementos de prueba son los recopilados durante la investigación preliminar. Los medios de prueba son elementos utilizados por los sujetos procesales para incorporar al proceso fuentes de prueba, pueden ser documentos, declaraciones, dictámenes, inspección judicial. Las fuentes de prueba son hechos que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba, como las huellas dactilares que se descubren en una pericia, en consecuencia las fuentes de prueba y los medios de prueba son diferentes, las

primeras son realidades extraprocesales cuya existencia es independiente del proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, y por último el objeto de prueba es lo que se quiere probar, nunca será el derecho positivo excepto la costumbre y el derecho extranjero.

Debemos dejar claramente establecido que los documentos, que se recopilan durante la investigación preliminar, no son prueba, sino elementos de prueba o actos de investigación.

Ahora bien, se pueden utilizar medios tecnológicos que permiten obtener elementos de prueba como las constancias auditivas y/o audiovisuales del hecho delictivo, o bien de hechos y situaciones conexas que tienen una importante vinculación con el hecho investigado (manifestaciones del imputado, familiares, testigos, terceros ajenos), así como la recolección, almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos de los ciudadanos de un modo cada vez más rápido y sencillo. Pero debemos tener en cuenta respecto de las grabaciones, en criterio de Maximiliano Hairabedián (2000), las distintas hipótesis posibles:

- a) Invasivas de la intimidad;
- b) Grabadoras ocultas;
- c) Monitoreo de Seguridad;
- d) Grabaciones que accidental o imprevistamente captan audio, video o imágenes relevantes para un proceso penal.

Por su parte, Federico Fumis (2002) agrega otras hipótesis a analizar:

- 1) Sujeto que realiza la filmación:
 - a) órganos estatales encargados de la persecución penal;
 - b) individuo que resulta ser víctima del delito que se pretende probar con grabaciones;
 - c) terceros totalmente ajenos al proceso, medios de comunicación.
- 2) Ámbito captado: Las grabaciones invasivas de la intimidad.

Sí por ejemplo: se filma desde la vía pública hacia el interior de una vivienda, ello implica una intromisión en el ámbito de la privacidad, tal como dice Claus Roxin: "...resulta inadmisibles la realización de un video-film, si la imagen muestra el interior de una vivienda"¹⁷. Por tanto sería excluida (bajo la regla de la exclusión) por vulnerar un derecho constitucional, no obstante existen leyes en otros países que permiten las tomas fotográficas o registros de imágenes entre otros medios tecnológicos en el interior de un inmueble con fines de acopio de indicios o elementos probatorios de la comisión de un ilícito penal. Asimismo, esta se dará de manera excepcional, es decir sólo para delitos graves o contra organizaciones delictivas o cuando se vean afectados terceras personas y siempre que haya una autorización judicial que lo respalde.

Los elementos de prueba, entregados por una invasión a la intimidad que supone ingresar a la privacidad de un recinto cerrado de la vivienda a través de una cámara de vídeo en caso de no contar con una autorización judicial pertinente, por un lado debería ser considerados como prueba prohibida y la consecuencia inmediata es la invalidez de la fuente de prueba porque su obtención no se llevó a cabo con estricto respeto a los derechos fundamentales

¹⁷ Citado en Federico Fumis, Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 44, Marzo de 2002, Buenos Aires, 2002.

y por otro lado el autor de esta invasión de la intimidad puede ser denunciado por violación a la Intimidad.

Así, en la legislación comparada las disposiciones de la OrgKG Alemana (Ley para la Lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras manifestaciones de la criminalidad organizada) permiten la utilización de medios tecnológicos (toma de fotografías y confección de retratos, alarmas y detectores de movimientos, escuchas y grabaciones de conversaciones privadas) para investigar los hechos o averiguar el lugar de residencia del autor. Sin embargo a modo de restricción- se establece que el empleo de los mismos no puede menoscabar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Respecto a la utilización de cámaras ocultas por parte de un particular, esta podría considerarse como prueba si en el caso concreto no vulnera algún derecho fundamental. Así por ejemplo, si un propietario de una farmacia instala un sistema de circuito cerrado de TV oculto, consistente en dos mini cámaras para cubrir las dos cajas registradoras existentes en el mostrador de venta al público, y al visualizar tales grabaciones descubre que una persona que atendía al público se había apoderado sistemáticamente de diversas sumas de dinero, y de esa forma denuncia ante la Fiscalía por el delito de hurto. La pregunta sería ¿si este material de vídeo es lícito o no?

Al limitarse la filmación a registrar las actividades de tal persona en su función de función de empleada de la farmacia en una zona destinada a la atención al público, podemos concluir que no se ha afectado ningún derecho o libertad fundamental dado que se registra hechos en zona expuesta al público. Distinto sería si coloco cámaras en los sanitarios y regaderas de la empresa, en la cual

ingresa cualquier cliente y por más que sea público vulnera el derecho a la intimidad.

Por otro lado las cámaras instaladas por seguridad, no suscitarían ningún problema legal, podemos decir que al regir la libertad probatoria esta sería acogida, no obstante no podemos olvidar que estas no deben invadir o violar derechos fundamentales, o en su defecto regirse de acuerdo a ley. Respecto a este tema cabe señalar que la jurisprudencia norteamericana ha establecido que las captaciones de artefactos de seguridad operan como un testigo silencioso. De igual manera tendrá que regirse las grabaciones audio-visuales que accidental o imprevistamente captan imágenes o sonidos relevantes para un proceso penal (Hairabedian, 2002).

1.4.3. El valor probatorio de las grabaciones

Tanto las grabaciones de audio como las de video se las considera prueba documental. Siguiendo a Fenech, el documento: “es el objeto material en el cual se ha asentado (grabado, impreso, etc.), mediante signos convencionales, una expresión de contenido intelectual (palabras, imágenes, sonidos, etc.)”¹⁸. Por ello, dentro de este concepto cabe incluir el producto de ciertos mecanismos registradores tales como maquinas controladoras, aparatos fotográficos, filmadoras, vídeo tapes, grabadoras.

Por tanto, podemos considerar a estos medios tecnológicos como prueba documental. Por otro lado, los medios convencionales de prueba como el testigo, documentos, etc. lo que quieren es reconstruir el hecho histórico, mientras que los medios audiovisuales lo que hacen es acercar al juez al propio

¹⁸ Citado en Maximiliano Hairabedian, *Novedades sobre la prueba judicial*, Editorial Mediterránea, 2002.

hecho. No obstante tenemos que ser sumamente desconfiados del mismo; puesto que no podemos convertirnos en un mero espectador y correr el peligro de sumergirse en el clímax o emoción propia de cualquier espectador perdiendo imparcialidad, sino que es importante tener en cuenta para la valoración de esta prueba, la autenticidad de la misma.

La prueba tendrá que ser auténtica, pertinente, original y lícita. Será auténtica cuando refleja la verdad real, pertinente cuando este medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de la investigación o el proceso, será original cuando no ha sido manipulado y será lícita cuando estos medios probatorios han sido obtenidos conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, excluyendo supuestos de prueba prohibida.

Así, en el caso de grabaciones magnetofónicas se puede presentar cierta manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en que tuvieron lugar, por ello se tendrá suma cautela al momento de valorar la misma tanto con el reconocimiento del titular de la voz o con la actividad pericial, asimismo con el vídeo porque podría ser un montaje¹⁹.

Para que las grabaciones de audio o de video tengan utilidad probatoria, no deberán estar dentro de los alcances de la prueba prohibida, deben haber sido obtenidas por un procedimiento legal, y sujetarse a determinados requisitos tales como (De Urbano, 2000):

¹⁹ Por ejemplo, en el caso de los videos de vigilancias, la autoridad puede realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (como el vídeo), así como utilizar otros medios técnicos especiales determinados con la finalidad de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. Vídeo vigilancia que autoriza el Fiscal competente es un reconocimiento jurídico a una actividad, que ya venía ejecutando la Policía, por tanto lo que pretende la ley procesal es regular su procedimiento. En este caso se ejecutarán tomas fotográficas, registro de imágenes y se utilizarán los medios o soportes técnicos necesarios. La Policía tendrá que solicitar al Fiscal la autorización respectiva, pues este proceso de garantía se interpone cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades, que en los hechos, configura una seria restricción para su cabal ejercicio.

1. Legalidad, la injerencia a de estar autorizada por ley.
2. Necesidad y proporcionalidad de la injerencia.
3. Control judicial, poner a disposición del órgano judicial competente las cintas originales, a fin de garantizar su autenticidad.

El procedimiento de control implica que éste sea usado como prueba en el juicio, por ende debe respetarse lo siguiente (De Urbano, 2000):

1. Se ordenará cuando sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos.
2. Se prolongará por el tiempo estrictamente necesario y no será mayor al periodo de la investigación.
3. Es el juez de la etapa preparatoria quien controla la legalidad no el fiscal.
4. Si el juez resuelve improcedente puede el fiscal apelar, el trámite es reservado.
5. Una vez grabado, el fiscal visualizará en su despacho y levantará un acta.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA INTIMIDAD, EL PRINCIPIO IVI MARAEI Y EL VALOR RESPETO

1. DERECHOS, PRINCIPIOS Y VALORES

1.1. EL ESTADO PLURINACIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA

La evidencia fáctica de la antigua Constitución fue diseñada sobre la base de supuestos de hecho (históricas, sociales, culturales) limitadas en su veracidad, lo cual ha determinado la necesidad de renegociar el contenido del pacto social constituyente en el sentido que responda a la asunción de una nueva realidad estatal que invalida en la teoría y en los hechos toda la estructuración emergente del pacto social y político originario, buscando sustituir la visión de un Estado nación monocultural por la construcción de un Estado plurinacional.

Fue bajo ese razonamiento que el pueblo boliviano convocó una Asamblea Constituyente en la que se negociaron las nuevas cláusulas del pacto social y político, no únicamente referido a su sentido sociológico sino también axiológico. Uno de los conceptos más importantes que contiene la nueva Constitución aprobada en febrero de 2009 es que incorpora la categoría teórica de Estado Plurinacional.

Esta propuesta de contenido normativo, encierra una serie de elementos de naturaleza fáctica y axiológica, las primeras constituyen su presupuesto y las segundas su finalidad. Dado que la conformación de la sociedad boliviana es

particularmente diversa y conjunciona en un mismo espacio territorial y en una misma unidad política una pluralidad y variedad de culturas con similares concepciones de mundo, lograr articularlas en una visión común capaz de obtener el reconocimiento de poder vinculante por cada una de ellas fue una tarea realmente difícil.

La teoría general del derecho ha desarrollado la denominada teoría de la tridimensionalidad del fenómeno jurídico para explicar desde el punto de vista lógico la conformación ontológica de la norma jurídica integrada por un componente fáctico, otro axiológico y otro normativo. El proceso lógico de formación de la norma parte de un hecho o una realidad a la que asigna un valor que persigue como finalidad y la traduce en una regla de conducta.

El presupuesto fáctico es siempre una realidad social sin la cual no puede existir valoración relevante y menos aún norma jurídica que la regule, esta realidad está contenida por relaciones interpersonales que en su interacción generan interferencias intersubjetivas que requieren reglas de convivencia pacífica para su articulación en torno a elementos comunes. Conviene precisar que esta realidad fáctica presupone la idea de la coexistencia de pluralidad de individuos que integran una misma comunidad en cuyo seno se generan las relaciones antes señaladas, no siendo concebible una realidad –a los fines del derecho- integrada por individuos aislados sin ningún contacto o relación entre ellos, o de existir esta es típicamente irrelevante para el derecho. En consecuencia, el carácter básico del primer elemento de este trinomio –hecho, valor y norma- está contenido en la realización de acciones y omisiones humanas o hechos de la naturaleza jurídicamente relevantes relacionadas a éstas que en general denominaremos conductas humanas.

Sin embargo, las conductas humanas no son en ninguna forma neutras o avaloradas por cuanto en su realización confluyen una serie de elementos esencialmente internos y subjetivos que se exteriorizan en acciones u omisiones concretas. La conducta humana está determinada principalmente por valores, intereses o necesidades que se articulan en el interior de cada individuo conformando una estructura valorativa interna que ha de determinar todas sus acciones externas.

Ahora, es también innegable que al igual que en una persona existe un proceso interno de jerarquización mutable de determinados valores, intereses y necesidades, en una sociedad o comunidad humana se reproduce este mismo fenómeno en el plano interpersonal. Esto es evidente en una persona cuando, por ejemplo, el valor honestidad se contrapone con la necesidad fisiológica de la alimentación o del valor verdad con la necesidad de afecto, que en la decisión de realizar una determinada acción un valor debe excluir al otro. En el plano social, la misma jerarquización se presenta en la conjunción de valores, intereses y necesidades de cada uno de los miembros, que en la medida del mayor o menor grado de aceptación generalizada que alcance entre los demás miembros de la comunidad, determinará cuáles son aquellos que ocupan los sitios superiores en la estructura valorativa que ha de guiar el desenvolvimiento social y de las acciones de los individuos que lo componen. La implicación de este proceso en el plano individual es la limitación de la autonomía y libertad personal justificada por la construcción de una voluntad colectiva y que a su vez determinará la estructura valorativa individual como contexto en el que él se forma.

Allí radica la importancia del segundo elemento del trinomio, en la definición de la estructura interna societaria de los valores, intereses y necesidades que

orientan la conducta de una comunidad humana y consecuentemente las conductas de cada uno de los individuos que integran la misma.

Finalmente, la conjunción de los dos elementos anteriores articulan al tercer y último elemento: la norma jurídica. La definición de valores, intereses o necesidades de las comunidades humanas que ha tenido lugar en un proceso ideal y ficticio de negociación de valores individuales e identificación de valores comunes se materializa y se hace objetivo en la construcción de una regla de conducta que regule las conductas particulares estableciendo en cada caso –no en el sentido casuista- cuál es el valor, interés o necesidad objeto de reconocimiento colectivo y por tanto susceptible de protección estatal.

En este marco, la norma jurídica cumple la función de traducir objetiva y concretamente el proceso subjetivo, interno e interpersonal de definición de estructura valorativa de una comunidad política, que actúa como límite al ejercicio de la libertad y autonomía personales.

Así, la medida de la efectividad del proceso de definición de la estructura valorativa en su aplicación dentro de una comunidad humana está dada en gran parte por el poder vinculante que adquiere una norma jurídica en su aplicación y observancia por los miembros de una sociedad. Esto significa que el adecuado cumplimiento de una norma y su mínimo margen de vulneración o incumplimiento reeditarán en una norma jurídica eficaz, que tiene un elevado poder de vinculatoriedad sobre los sujetos a los que está dirigido.

En tal sentido, cabe preguntarse cuál es el fundamento de la vinculatoriedad que tienen las normas jurídicas, es decir, la razón por la cual los ciudadanos

obedecen las disposiciones contenidas en dichas normas, aún a pesar de que pueden no estar de acuerdo con ellas.

Para tal efecto, es necesario recurrir nuevamente al proceso de formación de la norma jurídica para comprender el fundamento de la vinculatoriedad jurídica. Diremos entonces siguiendo las ideas de Hobbes y Locke que de inicio y en un estado prepolítico y prejurídico, el hombre fue considerado en su estado de naturaleza como libre y autónomo en absoluto, sin ninguna limitación más que la impuesta por él mismo, esto es, por sus propias convicciones. Únicamente cuando el ser humano transita del estado de naturaleza al estado político, lo cual tiene lugar con la conformación de colectivos humanos que dieron origen al establecimiento de organizaciones políticas, es cuando fuerzas externas al individuo limitan su libertad inicialmente absoluta, para posibilitar la convivencia con sus similares.

Algunos pensadores le asignan una función básicamente utilitarista de esta convención humana, motivada por la necesidad de agrupamiento para la satisfacción de intereses y necesidades colectivas que individualmente no podrían ser satisfechas. Otros en cambio, acuden a la naturaleza social para justificar el agrupamiento social. Independientemente del criterio que motivó esta convención, lo cierto es que es una realidad de que el hombre no vive aislado sino que durante el transcurso de su vida vive relacionado con sus similares, generando relaciones interpersonales que requieren de unas reglas de conducta que garanticen la pacífica convivencia y sustraigan el ejercicio de la violencia y coacción legítima para el Estado.

Tal como se señaló en el punto anterior, estas reglas de conducta social están determinadas por un proceso que en tiempo le precede, la negociación de los

contenidos, valores e intereses que han de ser dignos de tutelar y de cuya protección se ha de encargar al Estado. Es evidente que en esta negociación no podrán reflejarse todos los valores, intereses, deseos y necesidades de cada uno de los miembros de la comunidad, ya que muchas serán contradictorias y excluyentes entre sí, más otras hallarán identidad, similitud o semejanza con otras. De esto se desprende que el resultado final de la negociación establecerá una estructura jerarquizada de valores, intereses y necesidades dignas de protección y tutela jurídica, que tendrá por titular y garante de su cumplimiento al Estado como organización política, e integrará en su interior los valores, intereses y necesidades de cada uno de sus miembros, no “todo” de “todos” ni “nada” de “ninguno”, sino lo común de casi todos buscando lo mejor todos. De ello se desprende el carácter heterónomo de la norma, cuyo origen no se encuentra en la autonomía personal sino en la voluntad general externa traducida en regla técnica

1.2. LA ARTICULACIÓN DE VALORES EN LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA

Las reflexiones de los pensadores del periodo de la ilustración, que desencadenaron las revoluciones liberales erigiendo a los estados modernos, son –en cierta medida- aplicables al estudio de la conformación de los estados multinacionales por oposición a los estados mononacionales o monoculturales, conforme se analizará a continuación.

Autores como Kymlicka, Taylor y Young, entre otros, citados por Ramón Máiz²⁰, coinciden en afirmar la importancia del factor étnico en los procesos de construcción nacional, inclusive discriminan las naciones puramente cívicas de las naciones étnicas. En éstas últimas, los factores objetivos a partir de los cuales se genera una identidad colectiva propia conllevan la generación de una visión de mundo determinada.

Siguiendo la línea de análisis expuesta antes, analógicamente aplicada a los Estados cuyo interior alberga a múltiples identidades culturales, tendremos que cada una de estas comunidades culturales y su particular concepción de mundo que incluye su propia estructura valorativa debe coexistir con otras similares pero de concepciones de mundo y estructuras valorativas no necesariamente iguales. En este sentido, si sustituimos a las personas individuales por las agrupaciones con identidad cultural, deberemos analizar si éstos participan de igual forma que las personas en el proceso de conformación de un organismo político superior y de su estructura valorativa, o de lo contrario cuáles son los caracteres que los diferencian²¹.

No podemos desconocer el hecho de que el individuo no es similar a una colectividad con identidad cultural propia, lo cual excluye de principio aplicarles las mismas reglas de razonamiento empleados para los primeros, sin embargo, tampoco podemos negar que –por los caracteres particulares de identidad común que comparten sus miembros, amparados en una misma cosmovisión- a efectos externos, cada una de estas agrupaciones representa una unidad

²⁰ “Nacionalismo y Multiculturalismo”, por Ramón Máiz, en: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/CienciaPoliticaRelacionesInternacionales/doctorado/Seminarios%20y%20cursos%20de%20profesores%20invitados/MaterialesRMaiz/2Ram%F3nM%Eliz%20NacionalismoMulticulturalismo.doc, visitada el 2 de octubre de 2007.

²¹ Jürgen Habermas y John Rawls, *Debate sobre el Liberalismo Político*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.

cultural que la distingue de las demás y se presenta bajo la figura de sujeto colectivo.

Entonces, la conformación de una organización política –que no desconozca el factor étnico cultural y por el contrario la torne políticamente relevante- deberá pasar por la voluntad de todas y cada una de las agrupaciones con identidad cultural propia de negociar una estructura valorativa común aplicable a todas ellas, que identifique los valores, intereses y necesidades comunes y las consagre como valores supremos de su ordenamiento jurídico, siempre en la medida de que éstos no se contrapongan entre sí ni impida su coexistencia simultánea.

Al igual que en el caso de las personas, no toda la estructura valorativa de alguna de las agrupaciones con identidad cultural propia deberá –en sentido ideal- ser asumida íntegramente por la organización política de que forme parte, ni tampoco sería concebible que una de estas agrupaciones no participe con alguno de sus valores, intereses o necesidades particulares en la estructura valorativa general, ya que ello implicaría su exclusión del colectivo general o su absorción total por una de ellas.

La virtud de este proceso de negociación y el éxito de su aplicación estará en parte supeditada a la capacidad de las agrupaciones culturales de establecer mecanismos de coordinación de estructuras que permitan evitar la contraposición de de éstas en tal medida que resulte imposible su coexistencia dentro de un mismo organismo político y compatibilice sus contenidos en función a denominadores comunes sobre cuya base pueda constituirse la estructura valorativa general.

Sin embargo, la debilidad que podría manifestar esta forma de definición de los valores supremos de un ordenamiento jurídico determinado, está dada en la incorrecta conjunción de sus componentes, sea por la incoherencia interna e incompatible de valores, intereses o necesidades, sea por la pertenencia de éstas a estructuras con visiones de mundo contrarias de cada una de las agrupaciones con identidad cultural propia, que en uno y otro caso, tornarían inoperable su funcionamiento.

En ese sentido, en el actual texto constitucional está contenido una descripción dogmática de los valores, principios, intereses y necesidades que a su criterio el constituyente ha decidido que son dignos de protección y tutela jurídica, sobre cuya base se erige todo el ordenamiento jurídico nacional así como la formulación de políticas gubernamentales a largo, mediano y corto plazo.

El Preámbulo²² de la *Constitución* es contundente en afirmar la naturaleza plural de la composición del Estado boliviano y de la necesidad de refundar Bolivia en

²² El Preámbulo de la *Constitución* sostiene: “En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a

procura de lograr el bienestar común en el marco de determinados principios que él mismo enuncia.

Asimismo, el Estado asume y promueve como principios éticos-morales de la sociedad plural: ama sua, ama llulla, ama qhella, nitaq sapa (no seas ladrón, mentiroso ni ocioso, ni individualista), Sumaj Qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), Teko Kavi (vida buena), Ivi Maraei (Sociedad soñada) y qhapaj ñan (camino o vida noble)²³.

Asimismo, la *Constitución* establece como valores supremos la libertad, la igualdad, la transparencia, la dignidad humana, la justicia y paz social²⁴.

Esto muestra que en la Constitución se establece el reconocimiento del carácter plural de la composición del Estado boliviano, pluralidad que alcanza al concepto nación ligado está íntimamente vinculado al comunitarismo. El otro elemento que resalta por su importancia es la enumeración de valores sobre los cuales se sustenta el Estado y confluyen en el principio “para vivir bien”.

Sumado a ello, la enumeración de los principios ético-morales que asume y promueve el Estado boliviano, que en realidad más que principios son valores mismos, hace evidente la conjunción de valores que tienen origen diverso y

Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia”.

²³ El Artículo 8-I de la *Constitución* establece: “I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.

²⁴ El Artículo 8-II de la *Constitución* establece: “II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

responden a visiones de mundo diferentes. Así, los principios tomados de la cosmovisión andina son la reciprocidad, la complementariedad, la armonía y el equilibrio, ama sua, ama llulla, ama qhella, nitaq sapa (no seas ladrón, mentiroso ni ocioso, ni individualista), Sumaj Qamaña (vivir bien). De las comunidades indígenas de tierras altas se han tomado los principios ñandereko (vida armoniosa), Teko Kavi (vida buena), Ivi Maraei (Sociedad soñada) y qhapaj ñan (camino o vida noble). Finalmente, se establecen asimismo los clásicos valores propios del estado liberal moderno, consagrando como valores supremos la libertad, la igualdad, la transparencia, la dignidad humana, la justicia y paz social.

Aunque no existe una jerarquización explícita de los valores el denominativo de valores supremos asignados a la libertad, igualdad, transparencia, dignidad humana, justicia y paz social, anuncian que ellos se encuentran en la cúspide de la pirámide de valores del ordenamiento jurídico nacional, amén del orden en que son redactados.

Con relación al proceso de conformación de esta estructura valorativa, según se desprende del propio texto constitucional, es extractada de las estructuras de cada una de los pueblos y las naciones que integran el Estado, constituidas como denominador común de toda la pluralidad de naciones y pueblos. Pareciera que la fórmula usada para la definición de una estructura valorativa consiste en identificar los valores comunes a todas las agrupaciones con identidad cultural propia y plasmarlas como valores o principios ético-morales de la sociedad plural, y con aquellas comunidades que no fueron incluidas en la primera selección –comunidades urbanas- se extrajeron sus principios y valores y se las introdujo en el texto de la *Constitución* en la medida que no sea incompatible con las demás.

La implementación del plurinacionalismo o multiculturalismo, con asignación de significación política a la cultura, entonces, presupone la voluntad de las agrupaciones con identidad cultural y estructura valorativa propia de negociar sus valores, intereses y necesidades con otras agrupaciones similares, presupone también la capacidad del Estado de guiar este proceso de negociación en términos de igualdad entre los negociadores y de identificar elementos comunes en torno a los cuales establezca una estructura valorativa general que sea aplicable a todas las agrupaciones.

La propuesta de constituir a Bolivia en un Estado Plurinacional tiene innumerables repercusiones de variada índole, una de ellas es la articulación de una visión de país que integre en su seno al conjunto de las agrupaciones con identidad cultural propia y a otros que cuenten con una estructura valorativa determinada. En ambos casos, la visión de país que se proyecta a partir de la nueva *Constitución* incluye el diseño de una estructura valorativa aplicable a todas las agrupaciones nacionales indígenas y urbanas que conforman el Estado Plurinacional, esto como resultado de un proceso de negociación de valores y principios adecuado, transparente y democrático, que garantice la efectividad normativa y el imperio de su poder vinculante.

Una situación contraria, que excluya a determinado grupo de la negociación de sus valores, intereses y necesidades en la estructura valorativa común, o que la incluya de manera incompatible con las demás, podría derivar en la pérdida del poder vinculante de la propia *Constitución* y de todas las normas que se deriven de ella, y como consecuencia de ello, en una exclusión de facto de los beneficios del Estado Plurinacional para dicho pueblo o nación.

1.3. LOS PRINCIPIOS ÉTICO-MORALES DE LA SOCIEDAD PLURAL

El naciente Estado Plurinacional, o sea la sociedad plural política y jurídicamente organizada, asume e impulsa, procurando su logro, y promueve ciertos principios que se encuentran descritos en el Artículo 8 de la *Constitución*²⁵.

Y, ¿Qué es un principio? Técnicamente no debería llamarse principio, sino fundamento, ya que un Principio solo existe en las ciencias exactas (Lógica, Matemática). En ciencias sociales existe el fundamento. Pero por el amplio uso doctrinario, aun usaremos esta palabra: principio.

Un principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado. Un Axioma (del griego "axioma", 'lo que parece justo')

²⁵ El Artículo 8-I de la *Constitución* sostiene al respecto: “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”. Disposición constitucional que concuerda con el Artículo 9, que establece: “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 4. Garantizar el cumplimiento de los principios [...] reconocidos y consagrados en esta Constitución”, con el Artículo 108, que instituye: “Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 3. Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución”, con el Artículo 190-I, que establece: “Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”, con el Artículo 304-I, que sostiene: “Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas: 22. Preservación del hábitat y el paisaje, conforme a sus principios, normas y prácticas culturales, tecnológicas, espaciales e históricas”, con el Artículo 307, que instituye: “El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos”, y con el Artículo 403- I, que establece: “Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a [...] la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza”.

originariamente significa 'dignidad'. Por derivación se ha llamado 'axioma' a "lo que es digno de ser estimado, creído o valorado".

Un principio no es una garantía. Un principio es el fundamento, es la base de una garantía.

Un principio no es una norma. Esta confusión solo obedece a la influencia que han tenido los juristas, en la Concepción normativista del Derecho que simplifica el fenómeno jurídico reduciendo al marco de las fuentes del Derecho, a la ley positiva.

En ese sentido, en la *Constitución* se reconocen principios tales como:

- Principio del Ama Qhilla, Ama Llulla, Ama Suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón)
- Principio del suma qamaña (vivir bien)²⁶

²⁶ Al respecto cabe decir que Sumak kawsay es quichua ecuatoriano y expresa la idea de una vida no mejor, ni mejor que la de otros, ni en continuo desvivir por mejorarla, sino simplemente buena. La segunda componente del título viene del aymara boliviano e introduce el elemento comunitario, por lo que tal vez se podría traducir como "buen convivir", la sociedad buena para todos en suficiente armonía interna. Buen vivir, finalmente, y en las diversas lenguas de los países centrales, suele implicar el disfrute individual, material, hedonista e incesante. Un somero repaso al modo con que los medios utilizan dichas palabras y sus semejantes (buena vida, vivir bien) lo confirmaría. En algún ejemplo extremo encontrado recientemente en España, "buen vivir" casi se reduciría al "comer, beber y dormir". Lo que tienen de particular las dos primeras opciones, la ecuatoriana y la boliviana, es que han aparecido en las respectivas constituciones políticas aprobadas recientemente. En efecto, en la Constitución ecuatoriana de 2008 puede leerse que "se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay". Por su parte, la Constitución boliviana de 2009 es algo más prolija al respecto pues recoge la pluralidad lingüística del país que dicha constitución reconoce como plurinacional, y dice que "el estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)". Un derecho en un caso y un principio ético-moral en el otro, pero ambos referidos a ese Buen Vivir o, mejor, a ese Buen Convivir del que algo se ha escrito y publicado presentándolo en muchos casos como alternativa al pensamiento sobre el desarrollo. Hay dos

- Principio del ñandereko (vida armoniosa)
- Principio del teko kavi (vida buena)
- Principio del ivi maraei (tierra sin mal)
- Principio del qhapaj ñan (camino o vida noble)

Entonces, ¿Qué clase de principios asume y promueve el Estado boliviano? Principios ético-morales. Es decir principios éticos que guían el comportamiento de las personas (del griego “ethos”, ‘forma de ser’). Principios del fuero interno que impulsan el respeto humano. Es decir principios morales (del latín “mores”, ‘modos habituales de obrar o proceder’) Principios de comportamiento de la vida privada de los individuos que impulsan el respeto humano.

¿Porque el Estado boliviano promueve estos principios ético-morales? Porque es una sociedad plural.

puntos que los críticos del desarrollo encuentran en casi todas estas acepciones obtenidas mediante prefijos, adjetivos o sustantivos que lo acompañan. El primero es el marcado carácter económico, cuando no economicista, del concepto que, por más que se quiera evitar, acaba definiéndose como crecimiento económico medido por aumento del Producto Interno Bruto al que se añadirán otras variables, como en el caso del institucionalismo, pero centradas en el PIB. El segundo punto es su origen en los países centrales y su adopción por las élites de los países periféricos sin que haya supuesto grandes cambios en estas últimas sociedades... a no ser que se incumpliesen los preceptos implícitos en el desarrollismo, como ha sucedido con los llamados países emergentes. Es en ese contexto que emerge la idea del Sumak Kawsay o Suma Qamaña: nace en la periferia social de la periferia mundial y no contiene los elementos engañosos del desarrollo convencional. Ya no será cuestión del “derecho al desarrollo” o del principio desarrollista como guía de la actuación del estado. Ahora se trata del Buen Vivir de las personas concretas en situaciones concretas analizadas concretamente, y la idea proviene del vocabulario de pueblos otrora totalmente marginados, excluidos de la respetabilidad y cuya lengua era considerada inferior, inculta, incapaz del pensamiento abstracto, primitiva. Ahora su vocabulario entra en dos constituciones (Alberto Acosta, Edgardo Lander, Eduardo Gudynas y otros, *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009).

¿Que es una sociedad plural? Es una agrupación natural o pactada de una diversidad de personas, de naciones y de culturas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.

Principio del Ama Qhilla, Ama Llulla, Ama Suwa. Este principio en el idioma quichua significa: no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón.

El Principio del Ama Qhilla, Ama Llulla, Ama Suwa, es la valoración de lo justo por una sociedad dedicada diligentemente al trabajo y evitando tanto como se pueda de expresiones o manifestaciones contrarias a lo que se sabe, se cree o se piensa, y si es servidor público, de la práctica consistente en la utilización de sus funciones y medios para provecho de sí mismo.

Es uno de los principios medulares del imperio Inca que trascendió y se mantuvo en la nación Qulla y que es asumida y promovida por Estado Plurinacional de Bolivia como fundamento de la construcción de las instituciones del Derecho boliviano en su totalidad.

Decimos en su totalidad porque, dentro el Pluralismo Jurídico boliviano, este principio también será la base para los diferentes “Derechos” de las diversas naciones de Bolivia porque una nación goza del derecho al ejercicio de su sistema jurídico (CPE, 30 inciso 14) además de impartir Justicia: (CPE, 178, 191).

La Teoría de la Institución rompe la idea central de la Teoría Estatalista, que considera Derecho, solamente al estatal, que no hay otro Derecho diferente del estatal. Para la Teoría Estatalista el Estado es el Dios terrenal, es decir, no reconoce ningún sujeto ni por encima ni por debajo de él, al cual los individuos y

grupos deben obediencia incondicional. La elaboración teórica más depurada es la Filosofía Del Derecho de HEGEL.

El Pluralismo Jurídico basado en la Teoría de la Institución afirma que el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes al Estado, siempre y cuando: determinen sus fines propios; establezcan los medios para llegar a esos fines; distribuyan funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de lo medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura²⁷.

Principio del suma qamaña (vivir bien). Suma qamaña ('Vida en plenitud' en aymara) es el equilibrio material y espiritual del individuo (saber vivir) y la relación armoniosa del mismo con todas las formas de existencia (convivir).

1.4. LOS VALORES FUNDAMENTALES DEL ESTADO PLURINACIONAL

En términos sencillos, el respeto es aceptar y comprender tal y como son los demás, aceptar y comprender su forma de pensar aunque no sea igual que la nuestra, aunque según nosotros está equivocado: "Siempre es más valioso tener el respeto que la admiración de las personas" (Rousseau).

Sin embargo, en la sociedad contemporánea, se multiplican las razones para que, por paradoja, los grandes avances de la tecnología, la ciencia y el desarrollo, en vez de ser útiles para unir a los seres humanos, los separen, llegando casi a convertirlos en enemigos, todos contra todos, cristalizando después de muchos siglos la vieja concepción filosófica de Hobbes según la

²⁷ Norberto Bobbio, *Teoría General Del Derecho*, Temis, Bogotá, 2005, pág. 10-13.

cual "el hombre es lobo para el hombre", vulnerando con ello el valor respeto que se reconoce hoy en la *Constitución* como valor fundamental de la sociedad y el Estado.

El valor respeto que proclama la Constitución, se constituye en uno de los fundamentos de la organización política, y en especial el respeto a la dignidad humana, la toma como uno de los valores máximos del sistema jurídico, y - según ha sostenido la jurisprudencia constitucional- ello implica que la persona - toda persona- sea una finalidad en sí misma, y no un medio o instrumento para alcanzar otros fines, vengan éstos de donde vinieren.

La violencia desatada en las últimas décadas en nuestra sociedad, a todos los niveles; la intolerancia, que está creciendo a pasos agigantados; las distintas formas de delincuencia; el secuestro; la intransigencia de las instituciones financieras con sus deudores; la displicencia de las instituciones asistenciales y de salud hacia sus pacientes; la fiebre del dinero fácil; la explotación económica de muchos a manos de pocos; la misma actitud de un Estado que sólo piensa en las cifras y en los índices de rentabilidad y ahorro presupuestal y jamás en los seres humanos a cuyo servicio debía estar entregado como Estado Social de Derecho.

2 LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD

La *Constitución Política del Estado* (CPE), reconoce el derecho a la intimidad estableciendo en su Art. 21 que:

Artículo 21. Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad²⁸.

De la misma forma, el Art. 25 de la *CPE* incorpora una serie de garantías relativas al derecho a la intimidad, señalando que:

Artículo 25. I. Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial.
II. Son inviolables la correspondencia, los papeles privados y las manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte, éstos no podrán ser incautados salvo en los casos determinados por la ley para la investigación penal, en virtud de orden escrita y motivada de autoridad judicial competente.
III. Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones o comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.
IV. La información y prueba obtenidas con violación de correspondencia y comunicaciones en cualquiera de sus formas no producirán efecto legal.

Sin embargo, en algunas ocasiones en el ámbito penal la eficacia de dichas garantías se deriva en una serie de obstaculizaciones procesales que en forma innecesaria perjudican la averiguación de la verdad y la responsabilidad de los autores, puesto que al no existir el precedente constitucional de interpretar el derecho a la intimidad en relación el principio *ivi maraei* (tierra sin mal) (Art. 8-1 de la *CPE*) y al valor respeto (Art. 8-II de la *CPE*), simplemente se termina por

²⁸ El subrayado es nuestro.

excluir los elementos de prueba contenidos en medios tecnológicos como grabaciones o videograbaciones, sin considerar los fundamentos constitucionales de tal principio y de tal valor, y sobre todo porque existe una creencia jurídica de considerar ilícita a toda prueba que no se haya conseguido con el cumplimiento del más riguroso formalismo que en la mayor parte de los casos no prueba suficientemente el hecho delictivo.

Así, el país todavía sigue atendiendo, y lo que es peor efectuando, a cabalidad con criterios innecesarios en cuanto a la formalidad de la prueba, cuando en otros países se acepta ampliamente la licitud de la prueba contenida en medios tecnológicos, pues se piensa que las grabaciones, las videograbaciones y otros similares en muchas formas expresan y demuestran con mayor suficiencia el hecho delictivo. Sin embargo, la licitud de la prueba obtenida a través de medios tecnológicos, en cualquier tipo de soporte, no puede fundamentarse simplemente en términos legales o procesales, sino principalmente debe fundarse en criterios constitucionales y filosóficos.

De ahí que en esta parte sostenemos que el derecho a la intimidad, en su aplicación jurídica, debe interpretarse y aplicarse en función al principio *ivi maraei* (tierra sin mal) (Art. 8-1 de la *CPE*) y al valor respeto (Art. 8-II de la *CPE*); lo que en términos legales y procesales significa que las garantías positivas del derecho a la intimidad considerarán a su vez ciertas garantías de excepción por las que se permitirá legal y constitucionalmente el uso de medios tecnológicos para obtener datos referidos al hecho criminal así como otorgarán fundadamente validez probatoria a las grabaciones, videograbaciones, etc., que contengan datos referidos al hecho delictivo.

2.1. EL PRINCIPIO IVI MARAEI (TIERRA SIN MAL)

El Art. 8-1 de la *Constitución Política del Estado* incorpora el principio ivi maraei²⁹ (tierra sin mal), que en lo referente al ámbito del derecho, y más específicamente en el ámbito del derecho penal, implica la lucha contra el delito a través de la prevención de los delitos, así como el enjuiciamiento y sanción de los mismos. De tal forma que el Estado debe combatir el delito garantizando que en la sociedad se prevengan, se enjuicien y se sancionen los delitos.

Al prevenir, enjuiciar o sancionar los delitos el principio ivi maraei gobierna la función del Estado en el sentido de que lo impulsa continuamente a luchar contra el delito y contra todo hecho que pudiese motivar o favorecer al mismo. De ahí que el principio ivi maraei suponga un principio ético-moral de la sociedad boliviana, puesto que rige la función del Estado en términos institucionales así como rige el comportamiento de las personas en términos morales.

En ese sentido, el principio ivi maraei orienta verosíblemente el comportamiento de las personas, de tal forma que cualquier persona que considere racionalmente a su alrededor la planificación o consumación de un hecho delictivo se encuentra facultado a obtener datos o información acerca de dicho delito a través de un medio técnico -como las grabaciones, filmaciones, fotografías, etc.-, siempre y cuando sus circunstancias así lo permitan. Las personas, entonces, pueden obtener datos a través de medios tecnológicos conforme al principio ivi maraei que promueve y orienta comportamientos

²⁹ En la actualidad no existe aún un desarrollo teórico del principio ivi maraei en términos normativos. Sin embargo, la acepción común entre los pueblos indígena originario campesinos sería la de asimilar al principio ivi maraei con la pureza de la tierra y la bondad de sus habitantes, de tal forma que cualquier hecho, fenómeno o institución que afectara negativamente a la tierra o a sus hijos se consideraría un hecho malo, un fenómeno maligno o una institución malévola, según fuere el caso.

humanos que tiendan a luchar contra el delito. De tal forma que, resulta correcto para las personas obtener datos por medios tecnológicos cuando la información que se consigue tiene un contenido delictivo que expresa planificaciones o consumaciones delictivas.

En ese sentido, incluso se puede sostener jurídicamente que quien graba una conversación de otros que contiene materialmente intenciones o consumaciones referidas al hecho delictivo no atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho a la intimidad; y más aun, no se vulnera el derecho a la intimidad si quien graba se encuentra en conversación con las personas que están siendo grabadas, desde luego siempre que la conversación contenga manifestaciones referidas al hecho delictivo. Sin embargo, si uno no es parte en la conversación libre de intenciones o consumaciones referidas al delito se estará vulnerando un derecho fundamental, el derecho a la intimidad; pero quien graba las conversaciones que un tercero le dirige no está realizando por ese sólo hecho ilícito alguno.

Así que, la grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos, no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conservación, que bien se puede grabar o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito. Puesto que, cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que les escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.

De igual forma, se considera que siempre que quien haya de realizar el tratamiento tenga conocimiento directo o indirecto de quién es la persona cuya voz está siendo objeto de grabación, así como de su número de teléfono, la grabación efectuada tendrá la naturaleza de dato de carácter personal y el tratamiento efectuado estará sometido a la normativa de protección de datos, al incorporarse al mismo los datos identificativos del sujeto (nombre y apellidos), su número de teléfono y su voz.

Respecto al tema de grabar las conversaciones mantenidas con terceros como es el de la necesidad de consentimiento previo para el tratamiento de los datos, en este caso la voz, se establece que existe deber de informar en forma previa a la recogida de los datos, pero sería absurdo informar de la realización de la grabación en muchos casos pues el contenido de la misma perdería gran parte de su valor. Este lineamiento jurídico prevé que únicamente cuando una ley lo prevea expresamente o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados.

En los supuestos excepcionales que impedirían la grabación de una conversación entre abogados, por ejemplo sin previo consentimiento, se considera que la necesidad de este extremo de información previa debe estar presente en la opinión de los sujetos participantes de dicha grabación, ya que por un lado se mantiene la legalidad de las grabaciones, pero en los específicos supuestos podemos encontrarnos con que haya que informar previamente, lo que en ocasiones es imposible teniendo en cuenta la finalidad buscada con el registro del audio o del video.

2.2. EL VALOR RESPETO

El Art. 8-II de la *Constitución Política del Estado* implementa el valor respeto, que en el campo del derecho implica el respeto a los valores, principios, derechos, garantías, etc., y más concretamente en el ámbito del derecho penal importa el respeto a los bienes jurídicos, de tal forma que el Estado, la sociedad y las personas deben cumplir las reglas de antijuricidad de “no matar” (respecto al delito de homicidio), “no robar” (respecto al delito de robo), “no mentir” (respecto a los delitos de falsedad), “no engañar” (respecto al delito de estafa), etc. Así, las personas y las instituciones deben respetar -o sea someterse y reverenciar- bienes jurídicos como la vida, la propiedad, la fe pública, etc.

Las personas deben respetar los bienes jurídicos y por eso es que no pueden estar planificando o consumando hechos delictivos, porque al realizar tales hechos quebrantan en forma directa el valor respeto. De ahí que en casos en los que exista planificación o consumación de hechos criminales las personas que tienen la posibilidad de obtener dichos hechos a través de medios tecnológicos tienen el respaldo del valor respeto para captar hechos de orden delictivo por medio de grabaciones o fotografías, pues se intenta que el respeto a los derechos y a los bienes sea efectivo en la sociedad.

Asimismo, el valor respeto instituye una serie de componentes jurídicos como el principio de respeto a los derechos fundamentales (Art. 9-4, Art. 178). El principio de respeto a la tranquilidad de la sociedad (Art. 9-1, Art. 12-II). El principio de respeto a la soberanía del Estado (Art. 12-II), así como el principio de respeto a la seguridad de las personas (Art. 9-4), el principio de respeto a la seguridad de la sociedad y el principio de respeto a la seguridad del Estado.

3. EXCEPCIONES A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Las planificaciones o consumaciones de hechos delictivos son contrarios al principio *ivi maraei* (tierra sin mal) (Art. 8-I de la *CPE*) y al valor respeto (Art. 8-II de la *CPE*), de ahí que el uso de medios tecnológicos, que contienen comportamientos humanos de intención o consumación de hechos delictivos, resulta lícito; lo cual implica que los medios tecnológicos pueden usarse como pruebas lícitas -o sea pruebas obtenidas a través de medios lícitos-, puesto que la implementación constitucional del principio *ivi maraei* (tierra sin mal) y del valor respeto ha incorporado asimismo límites al derecho a la intimidad así como ha establecido ciertas excepciones a las garantías del derecho a la intimidad.

En ese sentido, en cuanto al derecho constitucional a la intimidad el principio constitucional *ivi maraei* (tierra sin mal) y el valor constitucional respeto establecerían límites fundamentales -de orden ético, moral, filosófico y constitucional-, así como salvaguardas fundamentales, algunas veces haciendo énfasis en el interés social o en el interés estatal, y otras veces haciendo énfasis en el interés personal. De esa forma, a partir de la consideración constitucional del principio *ivi maraei* (tierra sin mal) y del valor respeto se desarrollarían normativamente algunas garantías de excepción a las garantías positivas del derecho a la intimidad. Estas garantías de excepción serían:

- Las comunicaciones se pueden publicar cuando contienen intenciones o consumaciones de hechos delictivos.

- Los medios tecnológicos que contienen manifestaciones privadas se pueden secuestrar cuando contienen intenciones o consumaciones de hechos delictivos.
- Se pueden interceptar conversaciones privadas a través de cualquier medio técnico cuando contienen intenciones o consumaciones de hechos delictivos.
- La prueba obtenida en forma violatoria producirá efectos legales cuando contiene intenciones o consumaciones de hechos delictivos.

Los medios tecnológicos que implican masificación de técnicas de captación de audio, video, imagen, etc., al alcance de cualquier ciudadano han irrumpido muchas veces en la escena penal ocupando un protagonismo que antes carecía, dado que algunas veces resultan invasivas a la intimidad de la persona, convirtiéndose en prueba prohibida, el cual no debe ser valorado por un magistrado si asumimos que estamos en una sociedad que se rige bajo leyes³⁰.

La génesis de este fenómeno se ubica entre fines del siglo pasado y comienzos del presente, con el advenimiento de la denominada prensa comercial. Durante los siglos XVIII y la mayor parte del XIX la prensa fue el instrumento de reacción contra el poder omnipotente del Estado, desempeñando un rol, en el aspecto

³⁰ En este sentido, por ejemplo, el Fiscal de Materia Dr. Marcelo Soza haciendo referencia a la aparición del llamado video soborno vinculado al caso terrorismo, en el mes de abril de 2011 argumentaba que: “Los medios de comunicación, más allá de realizar una investigación imparcial e independiente sólo se prestaron a tergiversar la misma, colocando en sus medios imágenes, entrevistas, videos y también grabaciones de dudosa procedencia, que van en contra de la intimidad (...) provocando que la información sea incompleta e inadecuada, desprestigiando desde todo punto de vista la investigación y más aún a mi persona”.

político, de fundamental importancia para el nacimiento del Estado liberal³¹. Sin embargo, en el ocaso del siglo XIX se produce una notoria transformación de los medios de comunicación³². Entre los factores causantes del efecto señalado, asume gran importancia la industrialización de la prensa. Los precarios periódicos familiares de contenido marcadamente ideológico, fueron paulatinamente cediendo posiciones ante el avance de las grandes empresas periodísticas, dotadas de sofisticados elementos tecnológicos que exigen una base financiera importante para su mantenimiento; la conformación de esta base requiere, obviamente, que el medio “venda” su producto, y –en ese afán– poco les preocupa cercenar derechos fundamentales de la persona.

Ese mismo desarrollo tecnológico permitió notorios avances en la captación, almacenamiento, conservación y distribución de información³³, a la que se accede cada vez con más facilidad y rapidez. Si adunamos esto a la simplicidad con que los medios de prensa (englobando en este concepto no sólo a la prensa escrita, sino también a la radial, televisiva, cinematográfica, etc.) pueden acceder a los aspectos más íntimos de una persona a través de medios tecnológicos como, por ejemplo, las grabaciones, la informática, el teléfono, los satélites, las fotografías con poderosos teleobjetivos o las ya célebres “cámaras ocultas”, deviene inexorable la potenciación del riesgo de que –a través de su actividad– generen daños, los cuales, en la mayoría de los casos y no obstante el resarcimiento económico, resultan irreparables.

³¹ Eduardo Zannoni y Beatriz Bísvaro, *Responsabilidad de los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, pág. 21-22.

³² Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 40.

³³ Ramón Daniel Pizarro, *ob.cit.*, p. 49.

De ahí que el periodismo industrial erige por la fuerza de las circunstancias, la sanción de nuevas normas jurídicas que reglamenten el ejercicio legítimo de un derecho que está al alcance de pocos pero que afecta intereses de toda la sociedad³⁴.

4. CONDICIONES DE LICITUD DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS

El derecho y las garantías referidas a la intimidad, al igual que los demás derechos y garantías, no son absolutas y resulta necesario propender al equilibrio entre los justos intereses individuales y los necesarios intereses generales³⁵ que también deben ser protegidos por el sistema jurídico³⁶.

En cualquier caso, las condiciones de licitud de los medios tecnológicos que contienen intenciones o consumaciones de hechos delictivos se refieren a las condiciones de aplicación efectiva del derecho a la intimidad, de tal forma que resulta indispensable el análisis de las reglas que rigen la aplicación del derecho a la intimidad, que si bien es en forma directa, no obstante, requiere de la consideración jurídica de algunos conceptos e institutos.

³⁴ A efectos de nuestra temática, es necesario señalar que la libertad de prensa implica la facultad del hombre de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Usualmente se conceptualiza a la prensa con un criterio lato, incluyendo a la televisión, el cine, radio, teatro o cualquier medio a través del cual puedan difundirse ideas, noticias, informaciones, etc. La discusión doctrinaria respecto a esta cuestión, se dilucida a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que garantiza la libertad de expresión “con relación a cualquier procedimiento o medio” según su elección; el mismo criterio, con fórmulas muy similares, adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); los que en nuestro ordenamiento normativo tienen jerarquía constitucional.

³⁵ Guillermo Cabanellas define el interés público como la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado ante los súbditos (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, 28ª Edición, Editorial Heliasta, 2003, p. 462).

³⁶ Juan Morales Godo, ob. cit., p. 119.

4.1. LA EFICACIA JURÍDICA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN FUNCIÓN DEL PRINCIPIO IVI MARAEI Y EL VALOR RESPETO

La fundamentación jurídica de los límites de la intimidad se deviene del orden constitucional, ya que en la aplicación efectiva del derecho a la intimidad resulta necesario considerar el principio ivi maraei y el valor respeto a efectos de una aplicación justa de las normas constitucionales. De tal forma que no se puede aplicar el derecho a la intimidad en forma autónoma porque ello resulta en la práctica procesal extremadamente arbitraria haciendo una defensa antojadiza de derechos individuales presuponiendo falsamente que las personas están interesadas en inmiscuirse irracionalmente en la vida de los demás.

La aplicación jurídica del derecho a la intimidad, entonces, debe observar el principio ivi maraei y el valor respeto. La captación material de imágenes, sonidos o videos a través de medios tecnológicos no puede considerarse por sí misma una violación a los derechos de la intimidad, puesto que si se obtienen datos que contienen planificaciones o consumaciones respecto a un hecho criminal la consideración jurídica del principio ivi maraei y el valor respeto hace que ese acto material de captación de datos resulte constitucional y lícita, pues se entiende que con tal obtención de hecho de un acto que resulta ilegal tiene el propósito de proteger a otra persona, a la sociedad o al Estado, así como tiene la finalidad de hacer efectivo el respeto a los valores, principios, derechos y garantías.

4.2. LA EFICACIA JURÍDICA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN FUNCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DEL INTERÉS SOCIAL

No se puede vulnerar el derecho a la intimidad si con el acto considerado violatorio no se vulnera la dignidad de la persona y el derecho al honor. Sin

embargo, tampoco se trata de una dignidad amplia que implica la consideración de todos los derechos fundamentales sino de una dignidad explícitamente unida con el honor de la persona.

Así, no puede considerarse ilícita una prueba en medio técnico que contiene planificaciones o consumaciones de un hecho delictivo cuando esa prueba no afecta la dignidad de la persona en función al derecho al honor, pues lo contrario significa una protección irracional del derecho a la intimidad que abusa del concepto de la intimidad a efectos de proteger acciones delictivas que se planifican y consuman en secreto. En ese sentido, la aplicación efectiva del derecho a la intimidad en función del principio *ivi maraei* y el valor respeto resulta indispensables, pues la intimidad no puede suponer libertad oculta para dañar a otra persona, a la sociedad o al Estado, así como no puede suponer una excepción constitucional para irrespetar los derechos y garantías.

La consideración efectiva de la dignidad de la persona en función del derecho al honor en la aplicación correcta del derecho a la intimidad, implica también una consideración jurídica del interés social. Así, no puede alegarse a la intimidad cuando de tal protección resultaría un mayor mal a otra persona, a la sociedad o al Estado. Es decir el principio *ivi maraei* y el valor respeto se puede aplicar efectivamente tanto en el ámbito individual así como en el ámbito social, en donde en el primer caso estaríamos hablando de la dignidad de la persona y en el segundo caso del interés social.

Así, respecto al interés social, la necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere. La política, el deporte y el arte, entonces, se considerarían manifestaciones de la conciencia social, es decir, el reflejo del ser social, cuyo desarrollo integral depende de sus

condiciones materiales de existencia; por consiguiente, por razones de interés público se puede afectar el derecho a la intimidad.

4.3. EL VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN FUNCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD, DEL PRINCIPIO IVI MARAEI Y DEL VALOR RESPETO

En términos generales la ley debe permitir la utilización de soportes aptos para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen (cintas, discos u otros dispositivos análogos) para dejar constancia, o documentar, actuaciones procesales, y particularmente comparecencias y vistas; igualmente, la utilización de aparatos de grabación y reproducción de imágenes y sonidos, u otros instrumentos semejantes, para dejar constancia de la realización de pruebas, particularmente el reconocimiento judicial, o las declaraciones de testigos; o también la utilización de medios de documentación gráfica o visual, para dejar constancia del estado de las cosas muebles que sean objeto de embargo.

Con respecto a los actos de comunicación, y más concretamente con relación a los instrumentos que hacen posible la realización de los citados actos, la ley debe permitir la utilización, no solo del correo, el telégrafo, y el teléfono, sino también del fax, y otros medios tecnológicos semejantes, incluyendo todos los medios electrónicos, informáticos, telemáticos, infotelecomunicaciones, u otros similares o semejantes, llegándose a hablar del sistema informático judicial, y decantándose, en ciertos momentos, por el medio de comunicación “que sea más rápido”, en un deseo de potenciar, lo más posible, la brevedad, o la celeridad, de las comunicaciones forenses.

En la misma línea, la ley debe permitir la utilización de “medios tecnológicos” (aludiendo, a nuestro juicio, a los informáticos y telemáticos) para la presentación, remisión y recepción, de escritos y documentos, y para las operaciones o labores de seguimiento de asuntos, archivos y estadísticas.

Ahora bien, respecto al valor probatorio, el valor probatorio de dichos medios tecnológicos dependerá de la aplicación efectiva del derecho a la intimidad en función del principio *in materia* y el valor respeto en un caso concreto. La ley debe permitir que la actividad probatoria se pueda llevar a efecto a través de esos instrumentos que hemos dado en llamar o calificar como “nuevos medios” de prueba. En materia de prueba, la ley debe introducir algunas novedades de indiscutible interés, y, entre ellas, la del *numerus apertus* de medios de prueba (o, quizás, la de los instrumentos probatorios). En este sentido, la ley, tras efectuar la correspondiente enumeración o relación de los medios de prueba a utilizar en juicio, se decanta por la admisibilidad de cualquier otro medio (*rectius*, instrumento) que permita “obtener certeza sobre hechos relevantes”, abundando en la posibilidad de utilización de esos otros medios, instrumentos o materiales.

Situados, pues, en ese marco, es evidentemente comprensible que la ley se incline por la admisibilidad de esos “nuevos medios” probatorios a que venimos haciendo referencia. Además resulta obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas. La ley debe concebir con más amplitud el reconocimiento judicial, y debe acoger también entre los medios de prueba, como ya se ha dicho, los instrumentos que permiten recoger y reproducir, no solo palabras, sonidos e imágenes, sino aquellos otros que sirven para el archivo de datos y cifras y operaciones matemáticas”.

Respecto a la reproducción de los sonidos e imágenes, cabe afirmar lo siguiente³⁷: que la ley debe admitir como medios de prueba, y en consecuencia cabe su proposición y práctica, las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captados, en el correspondiente soporte, mediante aparatos de filmación, grabación y otros semejantes. La ley debe otorgar, a tales medios, naturaleza autónoma.

Asimismo, el procedimiento probatorio se ajustará a las especificaciones siguientes: los soportes se habrán de acompañar a los escritos de demanda y de contestación; el anuncio de la proposición de la prueba se habrá de realizar, por tanto, en los citados escritos; la parte proponente podrá acompañar una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte y que resulten relevantes para el caso; tanto la parte proponente, como la parte contraria, podrán aportar (la ley no dice ni cuando, ni como, pero cabe entender que desde la proposición hasta la práctica) los dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales, que consideren convenientes, para acreditar o impugnar, respectivamente, la autenticidad y la exactitud de lo captado y reproducible; la práctica de la prueba se llevará a efecto en el seno del juicio o vista y, más concretamente, tras la realización de los restantes medios, es decir, en último lugar, implicando la reproducción de lo captado; en la práctica de la prueba regirá el principio de inmediatez; la citada práctica se documentará mediante la oportuna acta donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones, así como de las justificaciones, dictámenes aportados y

³⁷ Respecto a este medio de prueba, Ormazabal Sanchez, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, ed. La Ley, Madrid, 2000; también Saez González, “De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dir. A.M^a Lorca Navarrete, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, T.II, págs. 2025 y s.s.

pruebas practicadas respecto a su exactitud y autenticidad; el Tribunal, mediante providencia, puede acordar que se realice, y se una al acta, una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas que sean relevantes para el caso; el material que contenga la palabra, la imagen o el sonido, captados y reproducidos, se habrá de conservar por el Tribunal con referencia a los autos del juicio y de modo que no sufra alteraciones. Por último, la valoración de este medio de prueba se realizará según las reglas de la sana crítica.

Respecto a la utilización de los soportes registros de datos o cifras, cabe entender lo siguiente³⁸: la ley debe admitir, como instrumentos de prueba, todos aquellos que permitan archivar, registrar, conocer o reproducir, palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que sean relevantes para el proceso. La ley debe otorgar, a tales instrumentos, naturaleza de objeto de reconocimiento judicial.

El procedimiento probatorio se ajustará a las especificaciones siguientes: los soportes se habrán de acompañar a los escritos de demanda y de contestación; el anuncio de la proposición de la prueba se habrá de realizar, por tanto, en los citados escritos; tanto la parte proponente, como la parte contraria, podrán aportar (con igual silencio, respecto al tiempo y forma, que en el supuesto de la reproducción de los sonidos e imágenes) los dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales, que estimen necesarios, para acreditar o impugnar,

³⁸ Respecto a este instrumento de prueba, además de los trabajos de Ormazabal Sánchez y de Saez González citados en la nota anterior, Nieva Fenoll, “La prueba en documento multimedia”, en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, coord. Alonso-Cuevillas Sayrol, ed. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, págs. 437 y s.s.; también Sanchis Crespo, “La prueba por soportes informáticos en la LECiv 1/2000”, en Actualidad Informática Aranzadi, Año 2000, Número 36, págs. 1 y s.s. .Vid también Sanchis Crespo, “Una reflexión acerca de la eficacia probatoria del soporte informático de escritura en el Anteproyecto de LEC”, en Presente y futuro del proceso civil (Libro de ponencias y comunicaciones del Congreso de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili), mayo 1998.

respectivamente, la autenticidad o la exactitud de lo presentado; la práctica de la prueba se llevará a efecto (entendemos) en el seno de la vista o juicio, y, más exactamente, en penúltimo lugar, mediante el examen por el Tribunal a través de los medios que aporte la parte proponente, o que el propio Tribunal disponga, pero siempre de modo que las demás partes puedan tomar conocimiento, alegar y proponer, lo que a su derecho convenga; en la práctica de la prueba regirá también el principio de inmediación; la documentación en autos se hará del modo mas apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que adoptará también las medidas de custodia que sean necesarias. Finalmente, la valoración también se realizará según las reglas de la sana crítica.



CAPITULO V.

CONCLUSIONES

1. La aplicación efectiva del derecho a la intimidad debe realizarse en función del principio *ivi maraei* y el valor respeto, pues se entiende que es evidente que los aspectos que actualmente se debaten bajo esta cuestión son, en su esencia de carácter colectivo y social.
2. En cualquier caso, el derecho y las garantías referidas a la intimidad, al igual que los demás derechos y garantías, no son absolutas y resulta necesario propender al equilibrio entre los justos intereses individuales y los necesarios intereses generales que también deben ser protegidos por el sistema jurídico.
3. El fundamento jurídico de los límites al derecho a la intimidad se deviene de principios constitucionales y valores constitucionales, de tal forma que en la aplicación efectiva del derecho a la intimidad resulta necesario vincular tal efectividad con la eficacia del principio *ivi maraei* y el valor respeto a efectos de una aplicación justa de las normas constitucionales. La aplicación jurídica del derecho a la intimidad, entonces, debe realizarse en función del principio *ivi maraei* y del valor respeto.
4. La captación material de imágenes, sonidos o videos a través de medios tecnológicos no puede considerarse por sí misma una violación a los derechos o garantías de la intimidad, puesto que si se obtienen datos que contienen planificaciones o consumaciones respecto a un hecho criminal la consideración jurídica del principio *ivi maraei* y el valor respeto hace que ese acto material de captación de datos resulte constitucional y lícita, pues se entiende que con tal obtención del hecho que resulta ilegal tiene el propósito de proteger a otra

persona, a la sociedad o al Estado, así como tiene la finalidad de hacer efectivo el respeto a los valores, principios, derechos y garantías.

5. No se puede vulnerar el derecho a la intimidad si con el acto considerado violatorio no se vulnera la dignidad de la persona en función del derecho al honor. Sin embargo, tampoco se trata de una dignidad amplia que implica la consideración de todos los derechos fundamentales sino de una dignidad explícitamente unida con el honor de la persona.

6. No puede considerarse ilícita una prueba en medio técnico que contiene planificaciones o consumaciones de un hecho delictivo cuando esa prueba no afecta la dignidad de la persona en función al derecho al honor, pues lo contrario significa una protección irracional del derecho a la intimidad que abusa del concepto de la intimidad a efectos de proteger acciones delictivas que se planifican y consuman en secreto. En ese sentido, la aplicación efectiva del derecho a la intimidad en función del principio *ivi maraei* y el valor respeto resulta indispensable, pues la intimidad no puede suponer libertad oculta para dañar a otra persona, a la sociedad o al Estado, así como no puede suponer una excepción constitucional para irrespetar los derechos y garantías.

7. En general, la ley debe permitir la utilización de soportes aptos para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen (cintas, discos u otros dispositivos análogos) para dejar constancia, o documentar, actuaciones procesales, y particularmente comparecencias y vistas; igualmente, la utilización de aparatos de grabación y reproducción de imágenes y sonidos, u otros instrumentos semejantes, para dejar constancia de la realización de pruebas, particularmente el reconocimiento judicial, o las declaraciones de testigos; o también la utilización de medios de documentación gráfica o visual,

para dejar constancia del estado de las cosas muebles que sean objeto de embargo.

8. El valor probatorio de los medios tecnológicos dependerá de la aplicación efectiva del derecho a la intimidad en función del principio *ivi maraei* y el valor respeto, pero en cada caso concreto. Así, la ley debe permitir que la actividad probatoria se pueda llevar a efecto a través de esos instrumentos que hemos dado en llamar o calificar como medios tecnológicos de prueba.



BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto,
“*Pluralismo*”, en: Bobbio, Norberto/Matteucci, Nicola (Ed.): *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México, 1982, p. 1209-1217.
- BOTERO, Eduardo,
El sistema procesal penal acusatorio: El justo proceso, Ara Editores, Lima, 2009.
- CAFFERATA, José,
Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- CUBAS, Víctor,
El proceso penal, Palestra, Lima, 2003.
- CHOCANO, Percy,
Teoría de la prueba, Moreno, Lima, 1997.
- DAHL, Robert,
Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent, McNally, Chicago, 1967.
- DE URBANO, Eduardo y Miguel Ángel Torres Morato,
La prueba ilícita penal, Estudio Jurisprudencial, Aranzadi, España, 2000.
- FUMIS, Federico,
Revista electrónica de Derecho Informático, No. 44, Marzo de 2002, Buenos Aires, 2002.
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio,
La prueba en el proceso penal, Editores El Perú, Lima, 2002.
- HAIRABEDIAN, Maximiliano,
Novedades sobre la prueba judicial, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2002.
——— “La filmación como prueba en el proceso penal”, en: José Cafferata (comp.) *Justicia penal y seguridad ciudadana*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2000.

- HERRERA, William y otros,
El nuevo sistema procesal penal, El País, Santa Cruz, 2003.
- HOEKEMA, André,
Algunas reflexiones sobre modernidad y el derecho de hoy o: cómo instituir un pluralismo legal, Amsterdam, Universidad de Amsterdam, Facultad de Derecho, Depto. de Sociología y Antropología del Derecho, 1996.
- JAKOBS, Günther,
La imputación objetiva en derecho penal, Grijley, Lima, 2001.
- KADAGAND, Rodolfo,
Las pruebas legales y no legales en derecho procesal penal, Rodhas, Lima, 1995.
- PAILLAS, Enrique,
Derecho Procesal Penal, Vol. I y Vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.
- PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César,
Sistemas jurídicos. Paez, Kogi, Wayúu y Tule, Santafé de Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología-Colcultura, 1995.
- PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César *et al*,
Sistemas jurídicos. Tukano, Chami, Guambiano y Sikuani, Bogotá, Colciencias-Ican, 1996.
- PIZARRO, Ramón,
Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 40.
- RAMOS, Francisco,
El proceso penal, Editorial Jurídica Bosch, Barcelona, 2000.
- ROXIN, Claus,
Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Bogotá, 2004.
- TIEDEMANN, Klaus,
Constitución y Derecho Penal, Palestra, Lima, 2003.

VILLARROEL, Carlos,
Derecho Procesal Penal, Editorial Offset Druck, La Paz, 1998.

ZANNONI, Eduardo y Beatriz Bísaro,
Responsabilidad de los medios de prensa, Astrea, Buenos Aires.



Páginas Web:

Revista de Derecho Informático ISSN 1681-5726. "El equilibrio entre acceso a la información pública y autodeterminación informativa en las Reglas de Heredia". Edita: Alfa-Redi No. 061 - Agosto del 2003. Consultado online en enero 2011. Dirección electrónica: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1306>.

García Noguera, Noelia. 15 Febrero 2002. "Detención por intrusión y utilización de cuenta de correo ajena. Delitos informáticos". Consultado online en enero 2011. Dirección electrónica: <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/intrusion.shtml>.

Periódico Elpais.com. "El poder informático grave amenaza para la vida privada". Consultado online en febrero 2011. Dirección electrónica: http://www.elpais.com/articulo/ultima/ESPAnA/CONSTITUCIoN_ESPAnOLA_DE_1978/poder/informatico/grave/amenaza/vida/privada/elpepiult/19780201elpepiult_1/Tes/.

Sitio de la Universidad Supinfo. "Respeto de la vida privada" Supinfo.com 11 de marzo 2011. Consultado online en marzo 2011. Dirección electrónica: <http://www.supinfo.com/es/Newsfb479314-991f-466a-8d42-4f07f6a44541.aspx>.

Díaz Muller, Luis T. "Tecnologías y Derecho a la Intimidad. Nuevos Desafíos Jurídicos". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Consultado online en marzo 2011. Dirección Electrónica: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/90/art/art5.pdf>.

Cressey, Peter. "Tendencias de la participación de los trabajadores en las nuevas tecnologías", Sociología del Trabajo. Madrid, Revista Nueva Época, núm. 9, 1990, pp. 89-116. Tomado de la dirección electrónica: <http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/25790/25624>.