

Resumen de artículo de reflexión

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

THE RIGHT TO DATA PROTECTION IN THE FIELD OF BOLIVIAN CONSTITUTIONAL LAW

VICTOR HUGO ROJAS ALCOCER

[HTTPS://ORCID.ORG/0000-0001-8290-4449](https://orcid.org/0000-0001-8290-4449)

RESUMEN

El artículo hace una investigación sobre los alcances de la protección de datos personales en el contexto jurídico de nuestro país, los problemas que enfrenta la persona que recurre a la vía judicial para su protección y al mismo tiempo un análisis sobre la teoría referida al derecho y las implicancias que tiene el mismo, además de los efectos que estaría produciendo la falta de consideración de aspectos doctrinales o teóricos por parte del legislador para mejorar la situación de este derecho y los demás que se integran a este.

Palabras clave: Derecho a la información, derecho a la intimidad, protección de datos, privacidad, vida privada, acción de defensa.

ABSTRACT

The article makes an investigation on the scope of the protection of personal data in the legal context of our country, the problems faced by the person who resorts to judicial means for their protection and at the same time an analysis on the theory related to the right and the implications that it has, in addition to the effects that the lack of consideration of doctrinal or theoretical aspects by the legislator would be producing to improve the situation of this right and the others that are integrated into it.

Key words: Right to information, right to privacy, data protection, privacy, private life, defense action

Revisado: 10/08/2024. **Aceptado:** 22/10/2024.

Citado: Rojas Alcocer, V. H. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO: Protección de datos personales. *Revista Juris Studia*, 1(2), 31–49.

<https://doi.org/10.52428/12345678.v1i1.1084>

Introducción

El derecho a la privacidad en la normativa boliviana se encuentra establecido a partir de la prescripción constitucional del art. 21.2¹ determinando su garantía y protección a partir de la acción de protección a la privacidad inscrita en el art. 130 y 131² de la misma norma, pero este derecho podrá ser visto desde un enfoque mucho más amplio del que se observa en el plano constitucional.

La vida privada tiene un especial tratamiento por las legislaciones en razón de lo que este significa para los sujetos, porque esa esfera pequeña donde se desarrolla un ser social tendrá que ser necesariamente protegida.

Una cuestión referida al alcance del término de vida privada con referencia a los datos personales, no podríamos enfocarlos como si fueran sinónimos, pero si guardan una estrecha relación entre ambos por ser en esencia un aspecto muy personal del sujeto, por lo cual su conocimiento deberá estar permitido solo para él o para los que el titular decida.

La privacidad está garantizada a partir de la regulación establecida por los instrumentos en materia de derechos humanos de carácter internacional, como la declaración universal de derechos humanos de 1948, el pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, y otros en plano regional que declaran la necesidad de proteger este derecho, pero actualmente la protección de este derecho reviste de mayor complejidad al estar dentro de un mundo digital que requiere la implementación de mecanismos más eficientes y al mismo tiempo complejos para su protección.

En este sentido es importante establecer las líneas pertinentes para que este derecho pueda ser efectivo en su ejercicio, los mecanismos legales de los Estados para su protección pueden estar dejando algunos vacíos que lo hacen más vulnerable. En el contexto boliviano, la acción de protección de privacidad establecida en la Constitución desde su antecesor como era el Habeas Data, no ha logrado crear un mecanismo en la vía constitucional eficiente y capaz de responder a las connotaciones que tiene en la actualidad.

1. Metodología de la investigación

En el afán de encontrar una respuesta a la problemática identificada se establece primero, cuales son los efectos de la acción de protección a la privacidad presente en la normativa nacional con referencia a la protección de datos personales y el uso de estos sin consentimiento expreso del titular de los mismos.

Por lo cual el objeto de la investigación es de establecer la efectivización de la acción de protección de privacidad con referencia al derecho de protección de datos personales, la autodeterminación informática y su acceso, divulgación por terceros sin consentimiento previo.

1 Constitución Política del Estado (2009)

2 Idem

Para establecer el alcance de la acción de protección a la privacidad fue necesario realizar una investigación con enfoque Cualitativo en razón de los aspectos propios de esta investigación.

Los resultados de la acción constitucional planteada a partir de cada caso, permitió apreciar si el Tribunal Constitucional Plurinacional en sus resoluciones no considera otras situaciones que pueden estar afectando a derechos correlacionados, como el derecho a la intimidad, vida privada u otros. Aplicar un enfoque cualitativo coadyuvó para comprender las connotaciones jurídico-sociales de esta acción y como responde a la particularidad que presenta en cada caso.

Así la aplicación de este enfoque permitió a la investigación realizar estudios de caso, y también un estudio de evolución de este derecho tutelado desde su vigencia en la Constitución.

La aplicación del método dialéctico en la investigación permitió una valoración respecto de la acción y los resultados que tiene esta en la práctica actualmente, así identificando si logra la efectiva protección de los datos personales y evita la manipulación y uso por terceros sin consentimiento y conocimiento del titular.

Los datos personales hoy se constituyen un derecho con vital importancia y por su protección se hace imprescindible que el Estado asuma mecanismos efectivos para su garantía.

En el plano constitucional se encuentra establecida la acción de protección de privacidad como un mecanismo que tiene por objeto lograr 3 principales resultados, como el de acceder, modificar o eliminar datos que perjudiquen o amenacen perjudicar al titular del derecho.

Por lo cual a partir del método teórico de la modelación se pudo reproducir la realidad objetiva que se está estudiando, para de esta forma sea posible descubrir y estudiar las cualidades sobre los principios del derecho en lo referente al derecho a la privacidad y otros correlacionados con este, el método exegético aplicado a la presente investigación permitió identificar de forma clara la intención del legislador referida a la protección de privacidad establecida en la Constitución.

Un análisis jurisprudencial permito recoger datos importantes sobre los criterios legales al respecto de esta acción y su protección, esto determinara si el criterio de resoluciones de los administradores de justicia es coherente con los teóricos que existen al respecto, permitiendo a partir de ello establecer cuáles podrían ser los mayores problemas que se tiene al respecto en la tutela del derecho.

2. Una discusión teórica sobre el derecho

El derecho a la protección de datos personales no se encuentra claramente establecido en la Constitución y por ende podría comprenderse que los administradores de justicia no están considerando como un derecho tutelado propiamente en la acción de protección a la privacidad.

El tratar de definir el derecho a la privacidad para Piñar Mañas se hace más complejo y a decir de él, no es posible considerar como un sinónimo de la vida privada, considerando

que en la actualidad no existe un criterio común y peor entender a que nos referimos con este. (Piñar Mañas, 2010).

Así mismo debemos entender que el derecho a la vida privada ha sido constituido como un derecho humano, de forma que los sistemas regionales como universales han incluido en sus legislaciones el derecho (Maqueo Ramirez, Maria Solange; Moreno Gonzales , Jimena; Recio Gayo , Miguel;, 06-2017)

Al respecto la Constitución Política del Estado ha considerado la inclusión de la acción de protección a la privacidad con el objeto de proteger un derecho sumamente importante en el plano personal de cada sujeto, esto en atención a las previsiones de los arts. 2 núm. 3 incs. a), b) y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, así como el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, en concordancia con el art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵.

El derecho a la vida privada se comprenderá como un fuero propio del sujeto de derecho en el cual nadie podrá intervenir sin el debido consentimiento del titular, entendiendo de forma amplia su protección, como lo señala el art. 12 de la Declaración “*Nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*” (ONU, 1948). Entendiendo que la protección de este derecho se aplica de forma amplia y que las legislaciones tendrán que generar los mecanismos legales pertinentes a fin de lograr una tutela al derecho de forma integral.

Al considerar la D.U.D.H. el derecho a la vida privada deja entender que su protección no solo se enfoca en el ámbito público, sino también en el privado, en la cual el espacio de control por el Estado se hace demasiado amplio y complejo de garantizar, sin embargo, la Constitución Política del Estado al incluir la protección de este derecho por medio de una acción constitucional en el art. 130 y 131⁶ se ha enfocado en 3 cuestiones emergentes de este derecho que son el acceso, modificación y eliminación de datos que podrían afectar el derecho y por ende la necesidad de su atención.

Ahora cuando no referimos a los datos personales podríamos abocarnos a la descripción de Mendoza Enríquez, que se refieren a la información del individuo, quien permite identificarlo a través de su descripción, origen, residencia, etc., (Mendoza Enríquez, 2017, pág. 276). Estas características citadas hacen que su protección tenga que ser lo más ampliamente posible, por sus particularidades.

De esta forma igual Mendoza Enríquez señala que para Puccinelli no todos los datos de carácter personal cuentan con la estrictez de la tutela, refiriéndose a Gils Garbo de la siguiente forma: (Mendoza Enríquez, 2017, pág. 275)

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI, de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49.

4 Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948.

5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948. La IX Conferencia Internacional Americana.

6 Constitución Política del Estado (2009)

- Los datos de libre circulación: nombre, apellido, documento de identidad, identificación tributaria, ocupación, fecha de nacimiento, domicilio.
- Los de circulación restringida a un sector o actividad determinada.
- Los de recolección prohibida, que afecten principalmente la intimidad personal o familiar, que son datos sensibles.

A partir de esto vamos a entender que existen cierto tipo de datos que no resultan muy importantes de proteger por su misma cualidad, y particularidad, al ser por los cuales un sujeto podría ser identificado de forma personal y distinguirse del resto, pero en esta categoría de los denominados datos de libre circulación existe una situación particular que en los últimos años se ha estado presentado y es la comercialización de estos, la utilización para otros fines que no son simplemente la identificación del sujeto.

Esta situación se ha convertido en una cuestión compleja de abordar por las legislaciones, al ser este tipo de datos de acceso libre, pero los fines para los que se pueden utilizar son el conflicto, de hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana ha emitido una sentencia a objeto de precautelar en el plano de la regulación del acceso de datos personales por otros sujetos y que su uso no sea simplemente la identificación del sujeto, sino otros.

Al respecto Mendoza Enríquez citando a Alexy indica que el derecho de protección de datos personales se basa en ciertos principios con referencia al manejo de la información por parte de las instituciones públicas como privadas y son: (Mendoza Enríquez, 2017, págs. 276, ss)

- Principio de licitud, referida a que no pueden obtenerse con engaños u otro acto similar.
- Principio de finalidad, por lo cual tendrá que responder necesariamente a la finalidad para la cual están previstas.
- Principio de lealtad, que se entiende la protección intrínseca por parte del custodio de los datos.
- Principio de consentimiento, referido a la autorización expresa por parte del titular o por cualquier otro medio donde se compruebe esto.
- Principio de calidad, los datos pertinentes y actualizados, además de correctos.
- Principio de proporcionalidad, tendrá que tener una estricta relación para los requerido.
- Principio de información, debiendo informar el responsable al titular sobre el uso de sus datos.
- Principio de responsabilidad, lo cual supone tomar las medidas que garanticen la privacidad del titular de los datos.

Estos principios suponen una garantía para el titular de los datos y la utilización de estos en cualquier otra actividad o fin, además de las previsiones necesarias que tendrá que tomar el encargado del resguardo de estos. Ahora bien, la legislación en Bolivia no ha considerado la aplicación de algunos de estos principios en la acción de protección a la privacidad.

La digitalización de los datos personales y su requerimiento cada vez mayor por parte de las instituciones públicas como privadas dejan una interrogante respecto al manejo de estas y su confidencialidad, resguardo, si bien en muchos casos no podría decirse que estos datos no serían “sensibles” no puede suponer su uso indiscriminado de ellos.

Uno de los aspectos actuales en lo referido a la protección de datos está vinculado con la tecnología, dicho de otra forma, la internet, un ámbito con dificultad de regulación por parte de los Estados en razón de la característica misma, a lo cual Alejandro Luis Gacitúa Espósito en su tesis doctoral citando a Paula M. Schwartz afirma que las tecnologías de información afectan de forma dramática a la privacidad de las personas y que las normas tendrán que jugar un papel esencial en este plano.

Esto supone un desafío en el plano legislativo para lograr encontrar la respuesta al estado precario de protección del derecho a la privacidad en el mundo virtual, la denominada democratización de la información será como el óbice para lograr una mayor protección de los datos personales por las características de las tecnologías de la información y su apertura y facilidad de acceso a la misma.

Ahora podríamos afirmar que el concepto de privacidad como tal tiene una amplia concepción que resulta complejo de uniformar o establecer criterios unificados al respecto, las legislaciones generaran mecanismos en base a los contextos y particularidades sociales, pero aquí encontramos un factor que no es posible de controlar por las legislaciones y es la globalización de la información a través de las denominadas redes sociales y la protección de datos personales que revistan de “sensibilidad” para los titulares del mismo.

El uso de información considerada para muchos pública, la cual se encuentra en el internet no podría suponer una violación al derecho a la privacidad, al ser un medio de tecnología de acceso “universal” pero la publicación de datos sobre la vida privada del sujeto y la posibilidad de acceso por terceros en muchos casos sin restricción alguna produce un debate complejo de allanar.

La protección de los datos en el ámbito de las tecnologías de información viene actualmente asumiendo una situación de concienciación por parte de los usuarios de este, pero esto no es suficiente frente a lo enorme del internet y las posibilidades de difusión de contenidos en forma global.

A este respecto la Unión Europea ha comenzado a realizar una serie de acciones tendientes a establecer la situación del derecho a la privacidad, la cual en su informe de 2015 ha puesto en evidencia la pérdida de control de este derecho en razón de los datos que el titular del derecho realiza a partir de la utilización de medios digitales denominados “en línea” que están accediendo a información de forma rápida y fácil, sin la posibilidad de un control efectivo. (Minero Alejandro, 2017)

Anteriormente muchos datos personales eran posibles solo de mantener en la memoria por la propia situación de vida de ese entonces, pero actualmente el acceso de los medios tecnológicos y la internet de forma específica está permitiendo que esa información sea posible de acceder muchos años después, además de esto considerar que estos se

han convertido en material de importancia para muchas empresas que se dedican a la comercialización de productos o actividades donde el acceso de datos y la acumulación de estos se hacen importante por el valor en términos monetarios que significa.

Entender el derecho de privacidad como el derecho a no ser molestado “*the right to be alone*”, dicho también como el rechazo a la intromisión no consentida por el titular, por lo cual hace importante el debate que comprende la privacidad y cuáles serán los efectos, porque una de las principales razones de la privacidad es denegar la intromisión en especial del Estado como principal sujeto que tiende a afectar este derecho.

En este sentido podremos afirmar que establecer una clara complejidad para definir y establecer que es lo “privado”, cual es el límite que tiene los demás con respecto a lo que un sujeto busca o pretende resguardar, por esta razón los Estados Unidos ha buscado a partir de su jurisprudencia una orientación y estableciendo como un conjunto de intereses relevantes que progresivamente.

La tecnología nos ha llevado cada vez a reducir más la privacidad y su protección de datos personales, haciendo necesario cada vez mayores regulaciones que puedan garantizar un resguardo sobre la privacidad de las personas, su exposición permanente por el uso de medios informáticos tanto en el ámbito privado como público, esto hace necesario de mecanismos de reguladores, mucho más en las redes sociales.

En 2008 se emite el denominado memorándum de Roma, donde se busca regular el tema de la publicación de datos en las redes, esto a fin de lograr un medio efectivo de protección de la privacidad versus redes sociales, mucho más frente a una generación que no muestra mucho malestar frente a la publicación de sus datos, por consiguiente, a la exposición de su privacidad, por lo cual este memorándum recomienda a los legisladores:

- Introducir la opción de un derecho al uso de seudónimos.
- Asegurarse de que los proveedores de servicios sean honestos y transparentes en cuanto a la información requerida por el servicio básico. El consentimiento de menores también demandará una solución específica.
- La obligación de notificación de cualquier riesgo para los datos personales que se hayan podido introducir.
- Posiblemente será necesario atribuir más responsabilidades a los proveedores sobre los datos personales en la red.
- Introducir en la escuela una temática de la privacidad de las herramientas protectoras.

Frente a los desafíos que ponen las redes sociales, está la apertura de la privacidad en razón de una denominada “confianza”, lo que supone que mientras más confianza exista entre dos sujetos, más expuesta podrá encontrarse mi privacidad, por ende, se encuentra más comprometida y susceptible de ser expuesta.

Esta dinámica está suponiendo para muchas legislaciones el repensar en mecanismos legales que puedan garantizar el derecho a la privacidad de los usuarios de las redes sociales.

Las regulaciones en la actualidad no han podido superar y menos generar mecanismos legales que sean capaces de proteger de forma eficiente la privacidad de las personas, dejándolos en una situación de exposición preocupante, las redes han supuesto un desafío para las legislaciones.

En la actualidad la privacidad se ve expuesta en distintos escenarios, uno de ellos es el denominado comercio electrónico, donde las personas desarrollan gran parte de sus transacciones comerciales, debiendo en muchas ocasiones facilitar su información sin saber de forma certera el uso real de los mismos o la razón exacta del porque su requerimiento, haciendo que el usuario facilite su información personal.

La transferencia o facilitación de los datos personales en el mundo informático ha supuesto una total exposición y vulnerabilidad del derecho a la privacidad, porque resulta imposible que un sujeto pueda negarse a facilitar sus datos por ser necesario para realizar la transacción comercial.

La protección de la información personal cuenta con una serie de principios, que serán las garantías y al mismo tiempo las excepciones, de esta forma se podría lograr una adecuada garantía de protección, lo cual significa proteger la honra, reputación y otros, estos principios son:

- a. Legitimidad y buena fe: información procesada de forma legítima.
- b. Especificación de la finalidad, racionalidad y duración: el tratamiento de la información debe realizarse con fines determinados.
- c. Pertinencia y exactitud: la información debe de ser adecuada.
- d. No discriminación: el tratamiento debe evitar los actos discriminatorios.
- e. Confidencialidad y seguridad de la información: garantizar la información personal.

El desarrollo de la tecnología y las compras por internet han crecido exponencialmente, convirtiéndose en una amenaza latente para el derecho a la privacidad de los consumidores, al ser obligatorio que el usuario deba proporcionar sus datos personales a objeto de realizar una transacción, incluso aun no la realice, esta información es recopilada y generalmente desconocido los fines que tendrá o bien su resguardo adecuado por los “administradores”.

Al respecto legislaciones como la chilena, ecuatoriana, costarricense, mexicana y peruana han comenzado a realizar los procesos legislativos para la protección de la vida privada y darle una categoría constitucional a objeto de regular eficientemente el ejercicio de este derecho y los mecanismos jurídicos pertinentes.

La privacidad tendrá que ser comprendida en su real acepción y no confundida con otros como si fuera un sinónimo, esta denominada autonomía del sujeto a decidir quién o quienes podrán acceder es uno de los principales objetos, en este contexto la privacidad en Internet supone una exposición permanente por terceros.

La acción de comunicarse a través de los años se ha convertido en una necesidad mucho más premiosa para la humanidad, motivo por el cual hemos desarrollado una serie de mecanismos y tecnologías que permitan mantener vigente y constante esta acción, por ello el desarrollo en las últimas décadas plataformas que mantienen una comunicación permanente, pero estas han comenzado a invadir algunos espacios privados del sujeto, que obligado por las circunstancias a acceder a facilitar su información sin problema alguno, que en muchos casos se comparte datos extremadamente privados, pero que la tecnología los ha dejado en una suerte de vulnerabilidad.

Esta necesidad de comunicarse e interactuar del sujeto, que a pesar de saber la vulnerabilidad de sus datos, responde a esa necesidad innata que tiene el ser humano, una búsqueda de relacionarse según Habermas en su teoría de la acción comunicativa, responde al porque hoy en día nos encontramos en una realidad cada vez más expuesta y sin que represente una preocupación significativa del sujeto, sino simplemente cuando emerge algún problema es que establece una marcada preocupación por la situación de sus datos.

Para Habermas la “modernidad” sería la responsable de esta alocada necesidad de comunicarse a pesar de los peligros que reviste la tecnología, los constantes avances y las practicas sociales estaría incidiendo de sobremanera el creciente mundo los datos personales almacenados por terceros, que no garantizan su resguardo.

Esta mirada filosófica, por decirlo así de Habermas no lleva responder por qué las personas están dispuestas a exponer su derecho a la intimidad o, dicho de otra forma, a abrir su vida privada a cualquier sujeto que así lo requiera, en la actualidad la mayoría de las plataformas que permiten una interacción social permanente, ya sea de forma sincrónica o asincrónica se han visto obligadas a establecer mecanismos que garanticen cada vez más la privacidad de los usuarios de sus servicios.

Esto nos lleva a preguntarnos si en realidad esos mecanismos están siendo eficientes y garantizan la protección de mis datos personales o dicho de otra forma mi vida privada de terceros, o simplemente estamos ocultando información para algunos, porque otros podrán hacerlo sin mayor problema, por ejemplo, más mismas empresas que administran redes sociales y otras parecidas.

Aquello nos deriva al análisis de casos sobre la real protección de datos que brindan plataformas de redes sociales, como Cambridge Analytic, en el cual se recopiló datos de aproximadamente 87 millones de usuarios de Facebook por una empresa británica para la aplicación de “supuestas” encuestas que tenían un fin estrictamente académico, produjeron la accesibilidad a datos personales que fueron usados con fines comerciales, esto puso al desnudo la vulnerabilidad de las redes sociales y su resguardo de datos de sus usuarios y la garantía de que estos no serán comercializados y menos transferidos a terceros sin previo consentimiento de los titulares.

Pero este caso no es más que uno de entre varios casos que han puesto en debate sobre si la privacidad puede garantizarse en un mundo conectado virtualmente a través de mecanismos digitales, esta situación a puesto a pensar a los Estado sobre la necesidad de establecer reglas y mecanismos legales capaces de primero, garantizar el espacio

privado de las personas en un mundo enteramente digital y segundo, las sanciones a los infractores de las nuevas reglas de interacción que surgen en esta interconexión permanente en vivimos.

Así se han producido hechos que han puesto en serios problemas a las empresas de servicios digitales, como el caso denominado Celebgate, que el 2014 ha producido la mayor filtración de fotos de famosos, que en su gran mayoría eran mujeres desnudas, las cuales fueron descargadas de plataformas supuestamente seguras, lo que llevado a demandas por la exposición de la intimidad de las personas afectadas con la filtración de esas fotos en el internet.

En una publicación realizada por Juan Manuel Harán sobre la filtración de datos por Facebook de aproximadamente de más de 500 millones de usuarios, donde se abrían expuesto los números de teléfono, dirección de correo, fecha de nacimiento entre otros más, lo que produjo un nuevo debate sobre si es posible un resguardo real de los datos de las personas.

Para María Nieves Saldaña en su artículo sobre la protección de privacidad en la sociedad tecnológica, resulta cada vez un desafío mucho más grande por el constitucionalismo a fin de lograr la protección del “derecho a la privacidad”, haciendo énfasis en el desarrollo pragmático jurisprudencial que ha tenido que realizar los Estados Unidos frente a este derecho, haciendo referencia al ensayo de Warren y Brandéis sobre los peligros que supone un avance progresivo de la tecnología.

Esta percepción rescatada de hace más de un siglo, ha hecho repensar el paradigma de la protección de datos y sus efectos a partir del derecho constitucional. Tendríamos que responder si es posible garantizar la protección del derecho o simplemente es una aproximación a este cometido.

En cambio, para Gómez Barroso, en su artículo sobre el uso y valor de la información personal, realiza un análisis sobre los mecanismos que se emplean hoy en día para la obtención de datos personales y su consecuencia, que será la exposición de la privacidad de forma progresiva, incluso considerando la imposibilidad de lograr su resguardo y por ende su vigencia.

Una evolución constante del mercado y de las empresas, han obligado a los usuarios a tener que exponer de manera permanente sus datos personales a fin de lograr obtener los servicios que se ofertan, pero ahí surge el mayor de los problemas, será el uso adecuado de estos datos y la posible comercialización de ellos de forma indiscriminada, sin conocimiento del titular de estos datos.

A la vez Rodolfo Figueroa haciendo referencia a la tesis de Solove sobre la privacidad distingue 4 tipos de dimensiones que son:

- Recolección de información
- Procesamiento de información
- Diseminación de información
- Invasión

Estas cuatro dimensiones sobre la privacidad harán posible su vulnerabilidad y en consecuencia la imposibilidad de su protección, en estas se distinguen 16 categorías de privacidad.

La privacidad en estas categorías de Solove tendrán necesariamente que ir acompañadas de recursos de protección y evitar su vulneración en el plano privado o público.

En el caso de la legislación chilena Daniel Álvarez Valenzuela hace una exposición sobre el derecho a la vida privada y su inviolabilidad en el ámbito de las comunicaciones. Al respecto del análisis que realiza, afirma que el máximo tribunal de justicia ha logrado la protección efectiva del derecho, pero al mismo tiempo se identifica casos de rechazo por cuestiones de forma, no logrando el amparo del derecho constitucional de forma inmediata y efectiva, por lo que se hace necesario hacer un desarrollo normativo mucho más específico y eficiente para la protección del derecho a la vida privada.

Ahora también surge una problemática en la actualidad con la protección de datos y la privacidad en concreto, surgiendo un debate teórico por José Luis Dader García, está referido a la restricción con el objeto de proteger la vida privada del sujeto, esto en el marco del derecho español sobre la protección de datos y la imposibilidad de acceso público, razón por la cual muchas situaciones revestidas de corrupción hoy en día están siendo imposibles de investigar, por lo cual la protección de datos y la privacidad están sirviendo en muchos casos solo para proteger y ocultar información que por sus características debe de ser pública para su investigación.

En cambio es importante señalar que la denominada autodeterminación informática es una facultad que tiene todo sujeto propietario de sus datos y la disponibilidad de este a facilitar los mismos, y en este ámbito el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido quien ha construido y condensado sobre los derechos que hacen parte de los datos personales, así lo señala Alejandro Luis Gacitua Esposito en su tesis doctoral sobre “El derecho fundamental de la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y la represión penal europea”, esto producto de las regulaciones europeas realizadas principalmente en la prevención y represión.

Igualmente, en su tesis doctoral de Juan Antonio Prego de Oliver Fernández, haciendo referencia a la protección de datos y su transparencia se hace referencia a la constitucionalización de este derecho en el derecho español, esto coincidiendo con el derecho internacional y el marco de protección de los datos personales, puntualizando sobre uno de los mayores problemas que es la utilización de estos.

La rectificación, cancelación, oposición y limitación de los datos personales están estrechamente ligados a lo que comprendemos sobre autodeterminación informática, es decir a la disposición del sujeto titular sobre quien o quienes podrán acceder a su información personal o dicho de otra forma, privada, determinando si estos serán resguardados o podrán ser de acceso público, siempre con el cuidado de que estos sean transferidos, de forma idónea, es decir sin sufrir ninguna cambio o alteración de los mismos.

En el análisis de Lucero Galvis sobre la actual situación de la privacidad y los datos personales, indica la cada vez creciente fragilidad del resguardo de ellos y la vulnerabilidad frente a un mundo esencialmente tecnológico y con serias deficiencias para lograr mantener la privacidad de las personas, una invasión cada vez más frecuente a partir de la propia voluntad del titular y a veces sin el consentimiento, la creciente dependencia tecnológica ha convertido el mundo en casi un espacio digital, requiriendo

el sujeto casi frecuentemente facilitar sus datos personales que a veces invaden la vida privada, lo que normalmente es aceptado por la dependencia que se tiene frente a muchos servicios digitalizados y con el pretexto de individualizar al sujeto es que debe de proporcionar información muy detallada.

3. El Data Privacy y el Data Protección

Actualmente la protección de datos personales ha ganado mayor importancia para las legislaciones y por los cual los Estados se han puesto a la tarea de generar mecanismos que garanticen mejor el ejercicio de este derecho.

Pero en esta discusión se producido un nuevo problema referido a la terminología y el uso correcto de esta para definir que se está protegiendo, se convertido una situación constante la consideración que, de la protección de datos con los datos personales, al respecto es importante señalar que ambos no son sinónimos, sino que se refieren a dos cuestiones totalmente distintas, pero que algunas legislaciones no han podido separar ambos conceptos.

En este entendido Juan Antonio Nisa Ávila hace una importante aclaración sobre las teorías sobre la protección de datos personales y los aportes en el campo de las ciencias jurídicas que se han venido realizando, haciendo un desarrollo histórico sobre este derecho y su progresiva incorporación en las distintas legislaciones en el mundo entero.

Haciendo referencia a las teorías Nisa no expone las 4 existentes sobre la protección de datos, pero también nos muestra las constantes confusiones que existen sobre los conceptos y su falta de criterio uniforme al respecto, pero también deja expuesto la imposibilidad teórica que esto produjo.

La protección de datos se ha convertido en un escenario de discusión vigente, por su constante evolución y frecuente exposición de preocupaciones en torno a este derecho, la tecnología cada día tiene pasos agigantados que el derecho debe saber responder a manera oportuna y adecuarse al contexto que estamos teniendo.

Regular este derecho se hace cada vez más urgente por las legislaciones, a pesar de ser algo relativamente nuevo, pero el mundo digital y las migraciones de parte de los sujetos de forma permanente y más en el contexto actual que tenemos producto de la pandemia que afronta el mundo entero.

Para Nisa el origen más claro de la protección de datos será los Estados Unidos con ensayo publicado por Harvard Law Review conocido como “the righth to privacy” de autoría de Warren y Brandeis, por ser uno de los trabajos más aceptados para la conceptualización y teorización de la privacidad, pero también se refiere un antecedente que igual muestra importancia, del autor William Pitten que en 1963 acuña la frase “la casa de cada uno es su castillo”, haciendo referencia a la privacidad del sujeto y la imposibilidad de ser invadida por alguien, sea cual sea su posición social.

En esa línea Nisa señala que en el plano jurídico es antecedente más apropiado será del juez Thomas L. Cooley, quien en 1868 hace referencia a este derecho encuentra los elementos jurídicos necesarios en la constitución americana para su protección, por esta razón un sin número de jurisprudencias considera al derecho a la privacidad está incluido dentro la libertad de asociación reconocida en la primera enmienda, la misma

que garantiza a todo ciudadano norteamericano de mantener en privado su pertenencia a un grupo y evitar así el acceso de su privacidad por el Estado.

Fue en 1905 que, a partir de la resolución de la Corte Suprema del Estado Georgia en los Estados Unidos, se comprendió en términos jurídicos lo que es el derecho a la protección de datos personales, porque hace referencia a la vida pública y la intimidad comparativamente, esto generó una discusión recurrente en el ámbito jurídico sobre este derecho y su protección.

Los procesos legislativos sobre la protección de datos personales fueron demasiado lentos en relación a los antecedentes que los Estados Unidos fueron dejando, siendo que la necesidad de establecer mecanismos jurídicos claros era una necesidad urgente que atender.

La protección de datos ha expuesto la necesidad de construir teorías que respondan a esta realidad y puedan ser capaces de generar nuevos paradigmas al respecto desde un enfoque claro del derecho.

Esto podrá dar como resultado la unificación de los distintos postulados que se han construido a lo largo de los años, pero al mismo tiempo ha puesto en evidencia la imposibilidad de concretar en un solo criterio teórico, en ese entendido se ha formulado 4 postulados teóricos que exponemos al respecto.

- a) La Sphärentheorie o Teoría de las esferas o círculos concéntricos
- b) La teoría del mosaico
- c) La teoría del Right to Privacy
- d) La Restricted Access/Limited Control (RALC) Theory of Privacy

4. La Sphärentheorie o Teoría de las esferas o círculos concéntricos

Esta fue desarrollada por Heinrich Hubmann en 1957, quien establece la intimidad en 3 esferas, de ahí viene el nombre de la teoría, las cuales serían así.

La primera esfera es la más grande y esta abarca a una serie de acciones que abarcan a los espacios públicos que el mismo sujeto decide exponer y por lo cual su oposición no existe y se permite el conocimiento de las mismas.

La segunda se refiere a datos denominados confidenciales que se pueden haber producido en la primera esfera, pero que el sujeto no está dispuesto a que las mismas se hagan públicas y se mantengan en un ámbito privado, por lo tanto, su divulgación solo podrá ser producto de un sentimiento de confianza hacia la otra persona.

Por último, esta esfera se refiere a datos mucho más íntimos que no podrían ni siquiera renunciar a su privacidad, aun el titular lo decida así, por lo cual son de imposible acceso.

5. La teoría del mosaico

Esta teoría le corresponde a Fernando Madrid Conesa, quien, en 1984, quien no se encontraba de acuerdo con la teoría de las esferas por los errores que esta presentaba en su construcción y alejado de una realidad, por lo cual construye y presenta la denominada teoría del mosaico, la cual relativiza el concepto de datos, porque afirma que mucho depende de quién sea el receptor de estos, por lo cual lo privado y lo público se convierte en relativo.

Esta teoría indica que los datos en sí no resultan un gran problema, porque mientras ellos no se encuentran correlacionados y concatenados no representan un peligro a la privacidad, porque estos en conjunto podrán formar un mosaico de la personalidad del sujeto, así como que para establecer si un dato requiere de su protección o no será a partir del derecho a la intimidad, lo que lo hace más vulnerable.

6. La teoría del Righth to Privacy

Esta teoría está basada en la denominada ley de los agravios, propios de los países del Common Law. Es así que la Tort Law se divide en 3 secciones que son: a) wrongs against the person (daños contra la persona); b) wrongs against property (daños contra la propiedad); y c) Wrongs against people or property (daños contra la persona o la propiedad), esta teoría carece de un componente doctrinal al estar basada esencialmente en la ley y los fallos que puedan estar compuestos por el derecho natural y el derecho positivo.

Esta teoría está dividida en 4 estadios y son: (Nisa Ávila, 2021)

1. Intrusión en la soledad de la vida de una persona o en sus asuntos privados, protegido mediante la acción intrusion on an individual's privacy.
2. Divulgación de datos íntimos que afecten al individuo dueño de los mismos, protegido mediante la acción public disclosure of private facts.
3. Publicidad de dichos datos de forma que puedan desprestigiar a la persona frente a la opinión pública, protegido mediante la acción putting an individual in a false light in the public eye.
4. Apropiación del nombre de la persona, voz o imagen, protegido mediante la acción appropriation of some elements of an individual's personality.

Esta teoría expone una serie de requisitos de adecuación para su posible reclamación, es decir se evidencia el daño ocasionado al sujeto, de esta manera se hace posible la reclamación por el daño a la privacidad ocasionada que pueda ser demanda y claramente demostrable.

Esta teoría sostiene que, para proceder a una reclamación por el daño ocasionado a la privacidad del sujeto, debe tener una evidente situación de daño que se adecua necesariamente en 4 estadios y la ausencia de ello significará que no existe el daño reclamado.

7. La Restricted Access/Limited Control (RALC) Theory of Privacy

Esta teoría propuesta por Herman Tavani el 2007 que se publica en la revista *Metalphilosophy*, en la cual califica como ineficientes todas las demás teorías, por no responder a la realidad sobre este derecho en cuestión.

Tavani en su teoría denominada RALC (en español Acceso restringido / control limitado) realiza una tarea de unificación de las teorías a fin de responder adecuadamente la situación que afronta este derecho, en este afán realiza una distinción sobre cada uno de los aspectos relacionados a este derecho para así establecer que datos serían los necesarios a ser protegidos y que mecanismos son los mejores para garantizar su protección.

En este afán Tavani realiza una distinción entre lo que se comprende como privacidad e invasión de la privacidad, porque ambos no requieren una protección, además de establecer una clara diferencia entre gestión de privacidad y la justificación de los datos privados, porque muchas de ellas carecen de un mecanismo protector. (Nisa Ávila, 2021)

Finamente hace una apreciación sobre lo que es tangibilidad de los datos, criticando de sobremanera la visión por considerar como si fuera un objeto físico, cuestión que no corresponde, por lo cual el acceso a la información no significa tener el control de la misma.

Esta teoría responde mejor a la realidad que vivimos en torno a los datos personales y su protección, además de la teorización clara y pertinente.

8. Análisis jurisprudencial

Cuadro comparativo de jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional Plurinacional en referencia a la protección de privacidad ha resuelto una cantidad mínima de casos en los cuales se ha solicitado la tutela, los cuales pasamos a revisar a continuación:

Análisis jurisprudencial		
Jurisprudencia Constitucional	Derechos reclamados de tutela	Resultados de la reclamación.
0965/2004-R	derechos al honor, a la dignidad, a la imagen, a la intimidad y a la privacidad	El tribunal considera que se realizó el análisis correspondiente y por lo cual no amerita la protección
1738/2010-R	privacidad, dignidad, intimidad, decoro, honor	Se concede la tutela, pero las limitaciones del tribunal respecto a la difusión de contenidos en la red, resulta insuficiente la tutela.
2175/2012	derechos a la honra, honor, propia imagen y a la dignidad	El tribunal de garantías denegó la tutela solicitada por carecer de legitimación la demandante, siendo que los derechos reclamados no podrían ser atendidos al estar pendiente de resolución por autoridad judicial.
0090/2014-S1	derechos a la privacidad, intimidad, imagen, honra y reputación	La tutela se concede en algún aspecto de la reclamación que evidentemente no resuelve el daño ocasionado a los derechos reclamados.
0080/2014-S2	Derecho a la privacidad	Se denegó la tutela por haber interpuesto la acción contra sujetos que no tienen responsabilidad sobre el resguardo del material.
1084/2016-S3	derechos a la privacidad e intimidad, honra, honor personal y familiar, a la imagen, a la dignidad, a la autodeterminación informativa	Se denegó la tutela al carecer la demanda de legitimación pasiva y por lo cual el tribunal no tendría posibilidad pronunciarse al respecto.
0071/2019-S2	derecho a la intimidad y privacidad	Por errores en el procedimiento el tribunal concede en parte la tutela

FUENTE: Elaboración propia

9. Conclusiones

El máximo intérprete de la Constitución no ha logrado realizar una tutela efectiva de los derechos reclamados por diferentes circunstancias, estas en algunos casos referidas a cuestiones meramente formales, y otras por las limitaciones que tiene para lograr un efecto más profundo sobre su alcance y los resultados a partir de sus determinaciones.

Estos podríamos llamarlos defectos legales en razón de la falta de previsión por parte de la normativa, generando una imposibilidad de dictar medidas por parte del TCP que pueda si no resolver la situación de los derechos vulnerados, pero por lo menos sirva para atenuar, esto hace necesario para cambiar el escenario de los datos personales, entendiendo desde un aspecto mucho más amplio, porque la Constitución, como la ley del TCP y el procedimiento se han resumido en cuestiones que al parecer son excesivamente simplista, por no considerar las distintas implicancias que tiene el derecho a la intimidad, ligado a la honra, privacidad entre otros derechos conexos, han considerado que solo podremos tener acciones referidas a situaciones de omisión, corrección o acceso sobre los datos del sujeto y no más allá de aquellos.

Al respecto la practica ha expuesto la insuficiencia de la norma para lograr una protección adecuada, por distintas circunstancias, pero una de las más frecuentes está referida al uso, acceso y divulgación en medios digitales de situaciones que denominaremos intimas del sujeto, el mundo digital es cada vez más amplio y de difícil control por parte de los Estados y por ende las legislaciones se han visto desfazadas en esto, careciendo de mecanismos idóneos.

El mayor problema está en como logramos que las resoluciones puedan garantizar la protección de los derechos reclamados en tutela y revertir la situación que este afrontando el titular de ellos, pero pasa por un análisis mucho más profundo sobre la disposición normativa y las posibilidades que le otorga la norma para mejorar resultados.

En este sentido se hace necesario implementar una serie de previsiones normativas para fortalecer los resultados de acción de tutela constitucional, y la aplicación de alguna teoría sobre datos personales como la teoría del mosaico o la Righth to Privacy, que responden en cierta manera a las realidades y que los Estados están incorporando en sus legislaciones a fin de proceder a una garantía más óptima para los afectados.

La consideración de la teoría del mosaico referida a la posición donde se encuentren los datos nos lleva a entender de mejor forma la situación de vulnerabilidad de los datos o no, además de su individualidad hace mucho en referencia a la situación generar una peligrosidad por decirlo así, porque la agrupación de datos que muchas veces serían considerados irrelevantes puedan constituirse en una especie de mosaico del sujeto, es decir una descripción del mismo. Estas consideraciones son importantes de realizar a momento de elaborar una normativa e implementar mecanismos legales que sean suficientes para evitar la exposición de la intimidad del sujeto.

Entre otras de las teorías que sirven para contar con un sistema legal mucho más eficiente esta la Righth to Privacy, que esta adecuada más a los países del common law, donde los escenarios se dividen en cuatro estadios que hacen para ver la protección de la privacidad.

Referencias Bibliográficas

Álvarez-Valenzuela, D. (2018). Privacidad en línea en la jurisprudencia constitucional chilena. *Revista de Derecho Público*, (89), 11-32. doi:10.5354/0719-5249.2018.52027

Gil, E. (2016). Big data, privacidad y protección de datos. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Chen Mok, S. (2010). Privacidad y protección de datos: un análisis de legislación comparada. *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, 11(1), 111-152.

García, J. L. D. (2012). La privacidad como excusa para restringir la información de interés público. *Revista general de derecho constitucional*, (15), 7.

De Terwangne, C. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (13), 53-66.

Figueroa, R. (2013). El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección. *Revista chilena de derecho*, 40(3), 859-889.

Gómez-Barroso, J. L. (2018). Uso y valor de la información personal: un escenario en evolución. *El profesional de la información (EPI)*, 27(1), 5-18.

Maqueo Ramírez, María Solange; Moreno Gonzales, Jimena; Recio Gayo, Miguel. (06-2017). *Revista de Derecho*. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 80.

Mendoza Enríquez, O. A. (2017). *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 274 ss.

Minero Alejandro, G. (2017). Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 15s.

ONU. (10 de 12 de 1948). un.org. Recuperado el 13 de 09 de 2020, de un.org: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Piñar Mañas, J. L. (2010). *Protección de Datos Personales*. 16.

Piñar Mañas, J. L. (2010). *Protección de Datos Personales*. 16.

Pisón, J. M. (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 717-738.

Ramos, E. C. (2013). *Derecho Procesal Constitucional*. Cochabamba: Olimpo.

Saldaña, M. N. (2012). «The right to privacy»: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis. *Revista de Derecho Político*, (85), 195-239.

Cano, L. G. (2018). El Panóptico digital de la protección de datos personales en Colombia. *Revista Temas: Departamento de Humanidades Universidad Santo Tomás Bucaramanga*, (12), 125-140.

Unidas, N. (28 de 11 de 2020). <https://www.un.org/>. Recuperado el 28 de 11 de 2020, de <https://www.un.org/>: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html#:~:text=Los%20derechos%20humanos%20son%20derechos,religi%C3%B3n%20o%20cualquier%20otra%20condici%C3%B3n.&text=Estos%20derechos%20corresponden%20a%20todas%20las%20personas%2C%20sin%20discr>

Constitución Política del Estado (2009).

Ley del Tribunal Constitucional (027) de 06 de julio de 2010.

Código Procesal Constitucional (254) de 05 de julio de 2012.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).