

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

“Génesis histórico-normativa del derecho a la protección de los datos personales desde el derecho comparado a propósito de su fundamento”

Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Alumno: Ernesto Clímaco Valiente

Director: Ángel Llamas Cascón

Getafe-Madrid

2012

I N D I C E

I. INTRODUCCIÓN

II. RECORRIDO HISTÓRICO SOBRE LA GÉNESIS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL DERECHO COMPARADO

1. Los Estados Unidos de Norteamérica

1.1. El caso Warren – Brandeis

1.2 La influencia del artículo “Right to Privacy”: Olmstead vs. Estados Unidos

1.3 Los demás aportes de la “privacy”

1.4 De otras sentencias judiciales relevantes

2. Contribución histórica de Inglaterra en la protección de la intimidad de los datos personales.

2.1 Los documentos no oficiales.

a) El proyecto de Mancroft y los medios masivos de comunicación.

b) El Proyecto Lyon.

c) El Proyecto Walden.

d) Otros proyectos e informes no oficiales. La consolidación del estudio sobre la privacy

2.2. Los informes oficiales

a) El “*Younger Committee Report*”

b) El “*White Paper*” de Roy Jenkins

c) El “*Lindop Report*”

d) La “*Data Protection Act*” de 1984

3. Alemania y su aportación en la protección de la intimidad de los datos personales.

3.1. De los precedentes

3.2. La Ley del Censo y la decisión del Tribunal Federal Alemán

3.3. La Ley de Hesse

4. Génesis Histórica de la protección de datos personales en España

4.1 Debates parlamentarios y actos preparatorios del artículo 18.4 de la Constitución Española.

4.1.1. EL PRIMER DEBATE

4.1.2. EL DEBATE EN EL SENADO

4.2 La evolución de legislación española sobre protección de datos personales

4.3. Corolario histórico de legislación comparada en materia de protección de datos.

4.4. La relevancia de la sentencia 254/1993 del Tribunal Constitucional y su vinculación con el Convenio de Estrasburgo.

4.5. El artículo 18.4 y la LORTAD

5. Corolario histórico de legislación comparada en materia de protección de datos.

III. EL SIGNIFICADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

- 1. El perfeccionamiento evolutivo del catálogo de derechos fundamentales**
- 2. Generaciones de derechos**
 - a) De la primera generación**
 - b) De la segunda generación**
 - c) De la tercera generación**
- 3. Intimidad como fundamento preliminar del derecho a la protección de datos personales**
- 4. La evolución conceptual: de la intimidad a la protección de datos personales como derecho autónomo**

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. SU CONTENIDO ESENCIAL

- A) Aspectos preliminares**
- B) El contenido esencial del derecho a la protección de datos en España**
- C) Sobre la Ley Española de Protección de Datos de Carácter Personal**
 - C.1. Del sujeto activo**

C.2. Del sujeto pasivo

C.3. Contenido del derecho y de su protección

C.4. Del órgano de control

V. CONCLUSIÓN

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de mi recorrido académico formativo en España tuve la idea de querer colaborar con incrementar y amplificar los conocimientos sobre la protección de los derechos fundamentales vinculados a las nuevas tecnologías; su tutela en El Salvador es y ha sido prácticamente inexistente, por no decir la nula regulación existente en la materia, aspectos que sin duda han motivado la puesta en marcha en dirección a promover el trazado histórico y de fundamento por estos derroteros desde el derecho comparado.

En esa línea, todos los esfuerzos de estudios y trabajos realizados a lo largo del curso académico del máster oficial han ido orientados a descubrir cómo, en el derecho comparado europeo y en los Estados Unidos de Norte América, se ha logrado defender y rescatar, con un enfoque heterogéneo pero renovado, el derecho a la intimidad en relación con los datos personales en este ciclo de la historia constitucional en la que la tecnología en el campo de la informática ha tenido un avance vertiginoso que ha llegado a colarse e instalarse en zonas en las que hace no más de algunas décadas se consideraba poco probable.

Esa idea primitiva, después de un período de maduración apropiada, aunque quizá no suficiente, se materializa ahora en una regla, en una condición de subsistencia del Estado Constitucional y Democrático de Derecho salvadoreño, según la cual habremos de dejar al descubierto la necesidad de reconsiderar, con seriedad y visión de futuro, algunas zonas de penumbra vinculadas al radio de cobertura originario en la defensa del derecho a la intimidad de las personas y la tutela reforzada que desde hace varias décadas se les otorga a éste en latitudes como la europea.

Como es natural, si se tiene en consideración el lugar en donde se desarrolla esta tesina, haremos un especial énfasis en la génesis histórica y el desarrollo normativo sobrevenido en España, respecto del cual contamos con un repertorio de información abundante que nos permitirá aproximarnos al escenario vivido en esa época. Además, porque luego de indagar en la cronología histórica de la protección, primero, de la intimidad y más adelante, del derecho a la protección de los datos personales en los países de la Unión Europea, nos percatamos que, en su momento, España vivió un período de morosidad en la adaptación legislativa respecto de sus similares europeos en la materia, lo que sin duda nos será de inmensa utilidad a los salvadoreños a quienes nos tocará vivir

ese particular “momento” cuando a nuestro legislador le despierte el deseo y la voluntad de brindar protección a los datos personales frente al abuso de estos, eso sí, replanteando la tutela tradicional de la intimidad como quedará dicho.

Para ello, como punto de partida, se ha estimado necesaria la presentación de un análisis histórico evolutivo del derecho a la intimidad, vinculada a los datos personales, que nos conduzca al punto de surgimiento de modernos mecanismos de tutela que los distintos ordenamientos jurídicos han venido a reconocer como consecuencia de la aparición de nuevos peligros y amenazas derivadas de la tecnología de la época. La heterogénea terminología empleada así como la construcción de su concepto en lo referente a la protección de datos se irá haciendo patente conforme se avance en explicar las realidades jurídicas, políticas, sociales y culturales de cada uno de los países en el recorrido hacia el reconocimiento y los nuevos ámbitos de protección del citado derecho.

En ese sentido, nos hemos fijado hacer una exploración histórica sobre algunos indicios e intentos académicos y legislativos existentes sobre el tema en los diferentes países del globo, aunque con especial énfasis en Estados Unidos de Norteamérica y Europa, de cuyos ordenamientos y estudios se parte con la misión de dar a conocer al lector el perfil inaugural en la protección de algunas de las dimensiones del derecho a la intimidad, particularmente, las ligadas con la regulación normativa del uso y abuso de datos personales; la génesis propuesta nos servirá de base sólida para adoptar posición sobre la necesidad de redoblar esfuerzos para la conquista de una integral protección del derecho fundamental mencionado en El Salvador y para lograr penetrar en ciertos niveles de la vida política y jurídica de mi país con el único objetivo de atestiguar sobre la exigencia que, hoy por hoy, constituye una formal y pública aceptación sobre el reconocimiento inherente de ese derecho en una sociedad informatizada como en la que vivimos, como de la exigencia que comporta la discusión y pronta aprobación de una normativa protectora de tal categoría de derechos.

En ese recorrido histórico descubriremos también algunas de las versátiles posturas, criterios personales y construcciones teóricas de los autores en defensa de la protección de datos personales, así como las variadas diferencias en cuanto al modelo, al concepto y al fundamento preferido por uno otro país en esa línea. No menos útil será recordar los principales motivos que prueban la urgencia de su protección y los problemas de fondo que subyacen como justificantes de la cuestión debatida y del derecho que atañe

a estas breves líneas que, como veremos, no parte o se origina en la diversidad de latitudes de un derecho fundamental como denominador común, sino de varios de estos o, incluso algunos, defendiendo su carácter autónomo.

Como ya adelantábamos, para disponer de una perspectiva más completa y explicativa convendría iniciar el recorrido al puro estilo conservador, de forma cronológica, para adentrarnos así en las primeras ratio históricas que explicarían el cómo se propaga el germen de la protección de los datos de las personas en los distintos países europeos y en Estados Unidos de Norteamérica, lo que quizá logre revelar el elemento diferenciador e inspirador en cada uno de ellos así como el por qué de sus contrastes normativos, dato de trascendental importancia si lo que pretendemos es dar una visión comparada del quid.

De igual forma, intentaremos dar revista a la evolución normativa de algunos de los países europeos con mayor abolengo histórico en materia de protección de datos y, mejor aún, del debate surgido en torno a su mejoramiento progresivo para descubrir, una vez más, las bondades y dificultades cardinales que la práctica procesal e institucional estatal consideró necesario suprimir y mejorar a la luz de los casos que se resolvían, amén de los constantes avances tecnológicos que en ese tiempo se implementaban y dejaban en obsolescencia a la regulación misma.

Es importante conocer y revalidar la conveniencia que en aquellos momentos históricos significó la tutela de la intimidad y los datos personales para desgranar, con el juicio valorativo más objetivo posible, las utilidades y deficiencias de este nuevo sistema de protección del derecho aludido, los argumentos de aquellos autores escépticos frente a los más vanguardistas, así como cotejar las similitudes y desacuerdos entre los distintos regímenes jurídicos que irían surgiendo con el paso de los años y las experiencias comparadas.

Si se admite que todo dato histórico tiene por finalidad revelar hechos del pasado, lo que ahora se pretende es que al indagar en ellos, podamos obtener un dato fiable sobre ciertos acontecimientos relevantes para corregir el presente y mejorar el futuro. Entender los orígenes para comprender *-incluso comparativamente-* el presente, resulta una herramienta ventajosa que se ha utilizado en un sin fin de actividades y experiencias de la vida humana; el derecho no es la excepción. Quien no conoce la historia y su contexto corre el riesgo de repetirla cometiendo los mismos errores y fallos; pero conocerla nos

ubica en posición de tomar mejores decisiones logrando óptimos resultados sin sacrificar el tiempo ni el esfuerzo que ya ha sido ofrendado por otros a futuras generaciones.

En ese afán, el alcance metodológico de esta primera gran parte será el de ofrecer una exposición más o menos amplia de aquellos aspectos históricos y normativos considerados de mayor relevancia para el desarrollo del tema; éstos han sido seleccionados premeditadamente para justificar el significado práctico de la investigación, prescindiendo de aquellos que, por su condición, no forman parte de ese distintivo de sustancialidad requerido al efecto.

En fin, la importancia y la necesidad de describir cómo y en qué contexto histórico surgen los distintos mecanismos de tutela sobre la información personal automatizada de datos existente y cómo han funcionado y evolucionado éstos a través del tiempo, logran explicar por qué individuos e instituciones se hayan preocupados por fijar reglas objetivas sobre el tratamiento de datos personales y hayan previsto la urgencia de especificar procedimientos de garantía para sus titulares y, por consiguiente, hayan mostrado una empatía en la creación de una institución pública independiente, capaz de velar por el cumplimiento de las normas que integran este nuevo sector de derechos fundamentales de nueva generación.

El nacimiento de esta categoría o “generación” de derechos marca un punto de partida para suponer que la práctica de las relaciones económicas, sociales y culturales propias del ser humano, muchas veces supera los buenos deseos de las Constituciones por reconocer y proteger las más recientes categorías o dimensiones de derechos denominados “emergentes” o de “generación de avanzada”, que brotan por virtud de los vertiginosos avances tecnológicos y científicos imperantes en este nuevo siglo, amenazando gravemente con superar y burlar la esfera de protección mínima de los derechos de los ciudadanos frente al Estado y frente a los mismos particulares.

Que mejor forma de conocerlos para entenderlos que apelando a su surgimiento y a la evolución histórica de las primeras nociones del concepto, del contexto histórico en que se elaboran, de aquellas instituciones normativas y escenarios sociales concebidos originariamente y de muchos otros aspectos vitales, utilizando y aprovechando la técnica de la comparación para reconstruir y estimular nuestra capacidad crítica sobre el tema. Desde ya se subraya que el análisis comparativo como el que nos proponemos emprender desaconseja, sobre toda base, efectuar trasplantes legislativos o jurisdiccionales y, más

bien, permite adaptar, no adoptar, algunas ideas potencialmente realizables e implementables en países con ideas y contextos jurídico-políticos análogos.

Téngase en cuenta que en El Salvador no existe ningún precepto constitucional del que, por sí mismo, pueda derivarse o deducirse directamente el derecho a la protección de los datos personales; si bien la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar en su artículo 2, así como puede hacerlo alguna que otra norma de derecho internacional -nada explícita por cierto-, nos enfrentaremos al problema de cómo la gran mayoría de la doctrina europea se ha encargado de rechazar, casi de plano, la construcción del citado derecho teniendo como parámetro o referente único el derecho a la intimidad, algo que comparto de forma parcial si se tiene en cuenta la realidad constitucional salvadoreña en donde no existe el reconocimiento expreso de un derecho análogo al 18.4 de la Constitución Española.

No parece ocioso advertir en este estadio, como elemento clarificador de la apelación al criterio histórico que pretendemos hacer, que cuando el Parlamento Español decidió hacerse cargo del desarrollo normativo de su artículo 18.4 de la Constitución, que prevé limitaciones a la libertad informática, no tuvo que improvisar o inventar sobre la marcha, sino que se benefició de las enseñanzas del ya abundante derecho comparado existente en Europa y Estados Unidos de Norte América acerca de la cuestión y, sobre todo, tuvo en cuenta las previsiones del Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 de Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, ratificado el 27 de enero de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 274, de 15 de noviembre de 1985, apoyo de la Recomendación (87) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 y, especialmente, de la Directiva Europea 95/46/CE; en ese mismo sentido de utilidad o de beneficio estaría orientado en el análisis que ahora nos proponemos elaborar.

En relación con España y con el Convenio 108 antes relacionado nos detendremos y haremos un recorrido más exhaustivo que el resto de los ordenamientos comparados, porque consideramos que, al margen que algunos consideraron negativo y perjudicial el rezago en la política normativa de protección de datos española frente al resto de países europeos, en realidad veremos que España supo aprovechar la experiencia adquirida y materializarla positivamente en su inaugural legislación con novedades importantes y dignas de describir. La pista que nos guiará para encontrar el camino hacia el

descubrimiento de la esencia histórica de la protección de datos en España la encontraremos en los trabajos preparatorios del artículo 18.4 de la Constitución de 1978, con sus virtudes y reproches, de las discusiones y debates previos a la entrada en vigor de la primera legislación específica en materia de protección de datos (LORTAD 5/1992), pasando por las reformas e incluyendo la evolución integral de ésta transformada en su sucesora y vigente Ley de Protección de Datos Personales (LOPD 15/1999).

Algo nunca previsto por el Constituyente salvadoreño de 1983 fue sin duda la posibilidad de que el Estado o los particulares pudieran acumular cantidades ilimitadas de datos, de almacenarlos ordenadamente, de recuperarlos de manera inmediata y de transmitirlos o cederlos sin problemas de tiempo ni espacio; tampoco pudieron pronosticar el uso o el abuso que de estos se pudiera generar, como nunca le preocuparon las repercusiones negativas que sobre los derechos fundamentales de esta estirpe se producirían. El resultado de esta imprevisión es la creación de un tipo de poder ilimitado, no regulado; pero como todo poder se hace necesario someterlo a ciertos controles, controles que antes de esas fechas ya habían sido intuitivos y diseñados por otras naciones de quienes, a nuestro juicio, vale la pena conocer sus experiencias y aprender de ellas.

En tal contexto, son esos insoslayables puntos de partida los que a nuestro juicio explican de forma sistemática el origen y la evolución de la tutela del derecho a la intimidad y los datos personales en España; de ellos intentaremos extraer algunas conclusiones que nos permitan ser parte del esfuerzo en ruta al logro de una protección real y efectiva del derecho a la protección de datos personales en El Salvador.

Resulta preciso constatar cómo una visión panorámica de la floreciente historia del derecho a la intimidad en su dimensión de protección de datos personales y de las distintas culturas jurídicas imperantes e involucradas en ese recorrido nos ayudará, sin duda, a tener una perspectiva más certera y sosegada de nuestro momento evolutivo y nos ayudará, sobre todo, a no dar “patadas de ahogado” en aceptar ciegamente una inesperada y repentina amplificación de las variadas dimensiones del derecho a la intimidad, en especial, en lo que respecta a la protección y tutela de los datos personales informatizados.

Advertencia inevitable en esta primera parte de la investigación historicista y comparativa que realizaremos es que la tesis no se corresponde con definir la idoneidad, eficacia, inutilidad o inconveniencia de los modelos de protección que se expongan sobre

los diferentes países, más si aproximarnos a los mínimos comunes denominadores que en ellos se generalizan.

En punto y aparte, una segunda gran parte de esta tesina abordará el aspecto del fundamento del derecho a la protección de datos, de “cómo” estas nuevas dimensiones del viejo derecho a la intimidad van tomando una forma imprevista y diferente a la originaria concepción, al grado de verse en la necesidad de protegerlas y de reflexionar sobre las teorías que han dado explicación al creciente sentimiento separatista de autonomía e independencia de la protección de datos personales frente al derecho a la intimidad; en definitiva, pretendemos en este acápite saber qué hay detrás de las normas que regulan su eventual protección.

También creemos conveniente desentrañar acá el por qué estas normas tienen un determinado sentido y no otro, lo que no necesariamente implicará un enfoque estrictamente normativo sino más bien filosófico jurídico del tema para entenderlo. Una idea sobre el concepto de intimidad se ve forzada a realizarse, lo que implicará una reflexión lingüística para entender el objeto de estudio y su finalidad; será su resultado el que condicionará la delimitación jurídica de su contenido, su interpretación y su aplicación ulterior.

Tengamos en cuenta que hablar de intimidad como derecho no siempre ha sido hablar de protección de datos personales o de libertad informática; esta construcción doctrinal y jurisprudencial estuvo más bien influenciada por la creciente era tecnológica y el abuso que podía significar a los derechos individuales de las personas, que por una necesidad creada por factores inherentes a la evolución de los derechos; es pues, una respuesta a la ascendente búsqueda por regular una práctica social que, por virtud de la explosión tecnológica del momento, amenazaba con vulnerar tanto la noción restringida del derecho a la intimidad¹ como la noción más amplia ya apuntada y enfilada hacia la protección de datos personales en estricto sentido.

Esta visión, junto con los desafíos que representa, será un intento de aproximación general sobre la búsqueda del contenido del derecho en cuestión, así como un acercamiento a los fundamentos de su nueva descendencia y linaje en la palestra doctrinal, legal y jurisprudencial. Sus objetivos no pueden ni pretenden ir más allá de una aportación

¹ **MURILLO DE LA CUEVA**, Pablo Lucas, “*Informática y Protección de Datos Personales*” (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal),

bastante moderada de todos los aspectos y fisonomías que actualmente posee en el derecho comparado y en la praxis de su protección. Sin embargo, creo que el empeño en mostrar a la comunidad jurídica salvadoreña su comportamiento originario, su evolución, su fundamento, su contenido y su protección según los diferentes ordenamientos jurídicos que se abordan, vale la pena.

Por ello, en esta parte de la investigación, además de incorporar un enfoque normativo o un enfoque “antropológico” del derecho, nos circunscribiremos en describir un enfoque de contenido y fundamento del mismo, teniendo en consideración que hablamos de un derecho, en cualquier caso, sometido a límites jurídicos mas allá de los cuales su ejercicio resultaría ilegítimo. Ello implica, en suma, descifrar y delimitar su contenido esencial, lo que debe hacerse conciliándolo con los límites de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Con todo, veremos que en lo que no se advierten discrepancias teóricas, salvo algunas ya superadas, es en la forzada necesidad normativa de resistencia que los autores defienden, a capa y espada, frente a las intrusiones injustificadas de los poderes públicos y de los mismos particulares en la intimidad de los ciudadanos y en el uso ilegítimo de sus datos personales, lo cual debe gozar de amplias y modernas garantías para su respeto, como modernas sean las formas para su vulneración. No olvidemos que el movimiento tecnológico ha revolucionado de forma insospechada y trepidante las relaciones entre seres humanos, lo que reviste especial atención en las sociedades actuales en las que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han dado paso a nuevas formas de poder y control sobre los ciudadanos.

Nos parece que el momento para escribir estas breves líneas en clave histórica comparada, junto con el estudio del fundamento del derecho a la protección de datos personales, no puede ser más oportuno, teniendo en cuenta que en El Salvador estamos a las puertas de un debate importante *-aunque secundario de momento-* sobre el núcleo principal de la protección de los datos de las personas.

Al mismo tiempo, a más de cinco años de la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad y amparo ante la instancia constitucional salvadoreña respectiva, cuya jurisprudencia no alumbró el camino más correcto a seguir, no parece que pueda ni deba demorarse más tiempo el debate sobre la protección con carácter reforzado del derecho a la intimidad en su dimensión positiva de protección de datos de carácter

personal, o más concretamente, del derecho a la protección de datos personales. No podemos ni pretendemos defender desde ninguna trinchera académica o intelectual la pasividad abstencionista del Estado salvadoreño respecto de la protección del citado derecho; por el contrario, nuestra misión es demostrar que regular no es sinónimo de privar cuando lo que está en juego es un derecho fundamental; es más que evidente que todo ello no lo lograremos sin una pequeña ayuda del derecho comparado, de ahí la otra razón central de este trabajo, identificar su génesis para extraer su fundamento y contenido.

En efecto, es desde los inicios del conocimiento sobre el tema que tuve la intuición de que éste plantearía una atrayente problemática desde la visión de los derechos fundamentales y, especialmente, en lo que respecta a su protección en El Salvador; pero la extensa doctrina española y europea existente así como el tratamiento jurisprudencial registrado sobre el citado derecho me proporcionó las dosis necesarias de valentía para emprender la labor de investigación, aunque con la incertidumbre de poder llegar a las conclusiones deseadas; pero el sólo justificar su existencia y contenido y la importancia que en otras latitudes se le otorga al derecho a la protección de datos personales, constituye un avance de significativas proporciones si en contrapartida colocamos un orden constitucional en donde su sola existencia está tácitamente proscrita.

En conclusión, es dable afirmar que existen algunos puntos de partida insoslayables e identificables que nos permitirán explicar el origen, el fundamento y la evolución de este derecho y es esa la visión que nos hemos dado a la tarea de identificar, sin descuidar las limitaciones formales que este trabajo demanda.

Con ello, queda expuesto el esquema básico que utilizaremos a lo largo del trabajo encomendado, sin faltar por ello la presencia de sus múltiples singularidades, las que al mismo tiempo irán apareciendo por sí mismas. Como en todo trabajo de esta naturaleza se harán patentes algunas posiciones propias del autor que, aunque no son pretendidas ni casuales, son inevitables. Al fin y al cabo, ese es el objetivo que persigue la realización de esta tesina.

II. RECORRIDO HISTÓRICO-NORMATIVO SOBRE LA GÉNESIS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL DERECHO COMPARADO

1. Los Estados Unidos de Norteamérica

La historia del nacimiento del derecho a la intimidad en su moderna dimensión de protección de datos personales parte de la experiencia norteamericana. Se considera como el punto de partida de la construcción jurídica del concepto mismo del citado derecho -al que los estadounidenses denominaron "privacy"-, al estudio y opinión jurídica de un caso concreto denominado por la generalidad de los autores "*Warren-Brandeis article*", así como la ulterior publicación de ese estudio, hecho acontecido en diciembre de 1890. Antes de esta fecha no se puede negar que ya la sociedad americana tenía un concepto de "privacidad" -no de intimidad que no existe como tal- muy vago e indefinido, pueda ser porque no contemplaba tal derecho en su ordenamiento jurídico ni en la construcción jurisprudencial de sus tribunales.

Hay que reconocer, sin embargo, que algunos escritores del ámbito jurídico coinciden en que las primeras citas expresas a un derecho a la intimidad o privacidad, así denominado y con carácter autónomo, fueron obra de la destacada figura del juez Thomas MacIntyre Cooley (1824-1898), quien en su obra "*The Elements of Torts*" (1873), define el ahora derecho a la privacidad como "*the right to be let alone*", es decir, el derecho a ser dejado solo o de no ser perturbado o molestado por injerencias externas no deseadas.²

Este criterio así esgrimido fue defendido en diversas oportunidades en procesos judiciales, como en el fallo de *Brents vs. Morgan*, señalándose en él que se trata del derecho a gozar de la soledad: "*(...) el derecho que tiene cada persona de no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo*"³.

² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel y PIZZOLLO, citado por EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "*La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*". Palestra Editores. Lima, Perú. p. 94.

³ VÁSQUEZ RAMÍREZ, Jaime, "*Algunas nociones sobre el derecho a la intimidad*" [en línea], Universidad Nacional Federico Villareal, Perú, disponible para consulta en <http://www.aslijperu.org/c_procesal_penal/documentos/1244834806ALGUNAS%20NOCIONES%20SOBRE%20EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.rtf>

En 1859, el concepto no había pasado inadvertido para John Stuart Mill, quien estimó que “(...) sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente el individuo es soberano”⁴ -*over himself, over his own body and mind the individual is sovereign-*, haciendo alusión a esa capacidad autodeterminación e individualidad propia de todo ser humano.

Pero sin lugar a dudas no pueden desligarse los orígenes del derecho a la intimidad y a la vida privada de los aportes filosóficos propios del liberalismo elaborados por autores anglosajones como John Locke, Robert Price y el ya citado Jhon Stuart Mill, en los que afirmaban que la libertad y la autonomía personal serían el sustento de un régimen político que acabaría con el poder absoluto del gobernante, sirviendo de base para el desarrollo del constitucionalismo británico y moderno de corte individualista del siglo XVII y XVIII.

En estos aportes se destaca el que todo individuo es libre en la medida que es propietario de su propia persona y de sus capacidades. Será el individualismo posesivo la médula ideológica e histórica del derecho a la intimidad, el cual, dada su historicidad y positividad, está en constante evolución o cambio. En esta concepción liberal el derecho a la intimidad es básicamente una libertad negativa, un *estaus libertatis*, de no injerencia del estado o individuos en la subjetividad individual⁵.

No es posible negar que el artículo de Warren y Brandeis, del que nos ocuparemos luego, se vio influenciado por aquél célebre escrito realizado por E. L. Godkin en julio de 1890, un famoso comentarista social de la época y hacedor de opinión pública con mucho peso.

Éste mencionaba en uno de sus artículos que “(...) la privacidad es un producto moderno, uno de los lujos de la civilización, el cual no solo pasaba desapercibido, sino que era desconocido en las sociedades primitivas (...); “(...) el principal enemigo de la privacidad en la vida moderna es el interés de la gente de conocer los asuntos personales que en días después los periódicos divulgarán como chisme (...)”⁶.

Agrega Godkin además “(...) mientras que la comunicación fue solamente oral se divulgaban los hechos únicamente de persona a persona, sobre un área pequeña y eran divulgados

⁴ STUART MILL, John, “*On Liberty. Prefaces to liberty*”, Beacon Press, Boston, 1959.

⁵ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “*La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*”. Palestra editores. Lima, Perú, p. 94.

⁶ ADAMS ELBRIDGE, L., “*The Right to Privacy and its Relation to the Law of Libel*”, 39 American Law Review, 37, Enero-Febrero 1905, pp 37–58.

solamente en el círculo inmediato de conocidos (...); “(...) mientras que ahora la comunicación acerca de la privacidad es impresa, y fabrica una víctima con todos los defectos, mismos que son conocidos cientos de miles de millas de su lugar de origen, llevando la información con todos los detalles de una persona”⁷. A esto habrá que adicionarle el temor de que la información que sobre el individuo se proporcionara fuera exacta y ubicada dentro de contexto, pues una información incompleta puede ser igual de nociva para un individuo que una información aparente o falsa.

Con todo, lo que Godkin intentaba dejar en evidencia en “*The Rights of the Citizen: To his Own Reputation*”, y así lo hizo, fue delinear el peligro que podría acarrear para un determinado individuo la invasión ilegítima a su intimidad por parte de los periódicos de la época, más aun, cuando se hacían comentarios sobre la vida privada, personal o familiar en perjuicio de su reputación o su honor.

1.1. El caso Warren - Brandeis

El derecho a “ser dejado sólo” en la concepción y el pensamiento estadounidense, no alcanzaría un reconocimiento doctrinal adecuado sino hasta 1890, y será un referente obligado de cualquier estudio posterior sobre el tema.

Sobre los pormenores del caso Warren-Brandeis, vale la pena destacar que la controversia de éste se gesta en el seno de la vida política del abogado Samuel Warren y de su esposa, hija de un senador, lo que constituye un dato histórico importante a la hora de valorarle, por el impacto mediático que generó en la sociedad un acontecimiento como éste.

Samuel Dennis Warren, casado con la hija de un conocido senador de la República de apellido Bayard, de quien se dice llevaba una vida social “intensa” en su casa de Boston, fue objeto de comentarios y publicaciones en la prensa local respecto de algunas facetas que correspondían a su vida privada y, en especial, a la de sus hijas; esto incomodó al joven padre y abogado que decidió buscar ayuda jurídica. El jurista Samuel Warren calificó de exageradas y dramatizadas las publicaciones y noticias realizadas por la prensa de Boston en relación con la boda de su hija, detonante principal para buscar asistencia letrada.

⁷ Ídem

En virtud de ello, se vio en la necesidad de intercambiar opiniones con un jurista de reconocida trayectoria profesional, a efectos que le asistiese en determinar si el *common law* sugería la posibilidad de proteger el derecho a la *privacy*; este jurista era nada más y nada menos que Louis Dembitz Brandeis, brillante ex alumno de la Universidad de Harvard, activamente involucrado en la causa de los derechos civiles, con el que luego se asociaría y a quien más adelante nombrarían magistrado de la Suprema Corte de Estados Unidos.

La finalidad que perseguiría este artículo estaría en establecer la existencia de límites jurídicos que vedaran legítimamente la intromisión de la prensa en la vida privada de las personas para frenar las intrusiones sensacionalistas de ciertos periódicos de Boston que en esta ocasión, aducía, le habían perjudicado. Sería así, un intento de freno frente al inmenso poder de intromisión desarrollado entonces por la prensa estadounidense⁸.

Estando ambos al corriente del funcionamiento del derecho común norteamericano y teniendo Brandeis en cuenta el trabajo que le es encomendado, emprende la tarea de examinar a la luz de la Constitución, uno a uno, todos aquellos precedentes judiciales que pudieran estar vinculados de alguna forma con el caso concreto y que le permitieran reconocer la protección del derecho a la *privacy*. Como veremos, su estudio y resultado marcó una gran influencia en el desarrollo y evolución del derecho a la intimidad -*conocido en este mundo como "privacy"*-, aunque con una construcción jurídica muy particular frente a las de talante europeo.

En su formulación, Brandeis caracterizó el derecho a la privacidad como el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada de una persona, sobre todo, de los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía especialmente en aspectos de la vida doméstica y las relaciones sexuales.

Como parte del estudio que le fue requerido, Brandeis escribió un artículo ⁹ el cual publicó en el volumen IV, número 5 de la revista de derecho de la Universidad Harvard el 15 de diciembre de 1890, al que llamó "*The right to privacy*", que bien puede ser considerado un "clásico de la literatura jurídica"¹⁰ en el tema de protección del derecho a la intimidad y de particular interés en el campo de los derechos fundamentales, pues

⁸ FRONSINI, Vittorio, "Banco de Datos y Tutela de la Persona", Revista de Estudios Políticos, volumen 30, Nueva Época, 1982, p. 21.

⁹ El texto completo del artículo escrito en inglés por Brandeis, Louis Dembitz puede ser consultado en la dirección electrónica <<http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/225>>

¹⁰ PENDAS, Benningno y BASELGA Pilar, "El derecho a la intimidad", Madrid Civitas, 1995, p. 9.

además de ser un artículo que nunca termina de decir lo que tiene que decir *-porque se puede interpretar desde una perspectiva multiforme-*, es un texto que continúa diciendo mucho ciento diecinueve años después de su publicación.

Este artículo, con el tema central “derecho a la privacidad”, tiene un enfoque que fundamentalmente afirma que cada individuo debe tener una protección completa de su persona y de su propiedad como un viejo principio del derecho común, pero este derecho tiene que estar en continua redefinición para fijar los límites de su protección puesto que, desde sus inicios, por ejemplo, el derecho de propiedad de un individuo aseguraba sus tierras y su ganado, pero más tarde vino un reconocimiento de la naturaleza individual de la persona, a sus sentimientos y a su intelecto; “(...) *gradualmente el ámbito de esos derechos legales se fue extendiendo y ahora el derecho a la vida significa el derecho a disfrutar de la misma, el derecho a ser dejado solo, el derecho a asegurar la libertad individual incluyendo los privilegios civiles, haciendo que el derecho a la propiedad como tal, se extienda para abarcar todas las formas de posesión tanto tangibles como intangibles (...)*”¹¹.

Es decir, Warren y Brandeis se pronuncian por asegurar cómo, a partir del derecho general de la personalidad, nace el derecho a ser dejado solo o *privacy*; manifiestan así la necesidad de conceptualizar un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a su invasión por modernos mecanismos de interceptación o grabación que amenazan con la difusión indiscriminada de información privada, y es ésta una de las principales contribuciones de este artículo al desarrollo de los derechos fundamentales.

En él concluyó que, por deducción o inferencia, la Constitución y los precedentes judiciales efectivamente reconocían el derecho a la *privacy*. Su deducción se inscribió básicamente en advertir y documentar que el derecho a la *privacy* era factible y posible si se tenían en cuenta algunos precedentes relacionados a la violación de los derechos de propiedad, de confidencialidad, de autor y a casos de difamación.

Afirmó en su artículo que los derechos se deben de proteger atendiendo a su naturaleza, no solamente los derivados de un contrato o de un acuerdo especial, sino que existen ciertos derechos que no pueden ser englobados, en estricto rigor, dentro del

¹¹ WARREN Samuel y BRANDEIS Louis, “*The Right to Privacy*”, en *The Harvard Law Review*, No. 4, Boston, Harvard University, 1980. pp. 180 y ss. Texto en español: Samuel Warren y Louis Brandeis “*El Derecho a la Intimidad*”, Edit. Civitas, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, primera edición, Madrid, 1995, pp 22.

principio de la propiedad privada. El principio que se debe de aplicar a las aspiraciones individuales, las emociones y otros productos del intelecto humano es el derecho a la privacidad, sostenían.

De todo lo anterior se concluía que, por medio del derecho general a la *privacy*, era posible a una persona reclamar eficazmente ante los tribunales su derecho, pese a que la violación respecto de la que se demande se produjera por medio de la prensa y pese a que se tratase de bienes inmateriales como los pensamientos, las emociones y las sensaciones de una persona física.

De lo expresado en el mismo es dable colegir que Brandeis fue plenamente consciente de los riesgos que para la vida privada representaban las nuevas tecnologías de finales del siglo XIX; si estuviera vivo, daría cuenta ahora de que sus temores estaban más que fundados.

Realmente, el principal argumento de Warren y Brandeis en defensa del derecho a la privacidad fue la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su propia información personal; por esto afirmamos que el principio que fundamenta la protección de este derecho es el de su personalidad inviolable. A partir del momento de este reconocimiento el derecho a la *privacy* pierde su vertiente histórica más patrimonial para consagrarse como el derecho que posee cada persona para defenderse de intrusiones ajenas.

El concepto original del derecho a la privacidad refleja así una dimensión psicológica; para Warren y Brandeis el derecho a la privacidad es el derecho de toda persona a proteger su integridad psicológica ejerciendo control sobre aquella información que afecta a la personalidad individual por reflejar su propia autoestima: “(...) *el principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona*”¹².

Como vemos, las relaciones domésticas o familiares se constituyen, a partir esta construcción conceptual, como integrantes de una nueva esfera de protección de las personas, no existente, al menos no con esa intensidad y especificidad, previo a la formulación del derecho de propiedad. Así, Warren y Brandeis intentaron abogar por un

¹² GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “*Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 19.

sistema legal que a la vez que reconociera el derecho a la *privacy*, lo protegiera, porque reflexionaron que cuando la información sobre la vida privada de una persona es conocida por terceros sin el consentimiento del titular, se menoscaba el núcleo de la personalidad individual.

Como sucede con todos los derechos fundamentales existentes en el ordenamiento jurídico, estos autores consideraron no estar en presencia de un derecho absoluto; por ello, se aseguraron de advertir expresamente seis limitaciones al derecho que descubren a partir del *common law*:

“1. El derecho a la privacidad no prohíbe las publicaciones de aspectos que son de interés público o general.

2. El derecho a la privacidad no prohíbe la comunicación de algún tema, basada en su naturaleza privada, cuando la publicación se realice bajo circunstancias que pudieran representar un privilegio.

3. El derecho probablemente no garantice algún tipo de reparación por la invasión a la privacidad por publicaciones orales en ausencia de un daño especial (puesto que los daños causados por las comunicaciones orales se consideran insignificantes para el derecho).

4. El derecho a la privacidad se suspende en caso de que la publicación de los hechos se realice por el propio individuo o con su consentimiento.

5. La verdad sobre el contenido de lo publicado no significa una defensa (puesto que lo que se protege es el hecho de la divulgación, más no la verdad o falsedad de los hechos).

6. La ausencia de “malicia” en la publicación no representa una defensa”.

Desde la perspectiva que se observe diríamos que los orígenes del derecho a la *privacy* en los Estados Unidos de Norteamérica surgen como una reacción ante las posibilidades invasivas de la tecnología y, en especial, de la prensa; el artículo de Brandeis es el precursor pero no el último.

1.2 La influencia del artículo “Right to Privacy”: Olmstead vs. Estados Unidos

Después del impacto causado con su publicación, Brandeis, con una carrera jurídico-político profesional prometedora, continúa su recorrido como experto del derecho relacionándose con las altas esferas de la judicatura y la política.

Pasados casi cuarenta años de haber escrito y publicado el artículo citado, Brandeis, ahora como magistrado de la Suprema Corte de Estados Unidos (1916-1939), escribe un

famoso y conocido voto disidente en el caso *Olmstead vs. United States*, decisivo para la interpretación ulterior de la cuarta enmienda de la Constitución de ese país, referente central sobre el que se sustenta el núcleo de la *privacy*.

No cabe duda que este voto fue el producto de una especial y continua preocupación de su autor frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad individual, especialmente, frente a aquellos que permitían la interceptación y grabación por oficiales federales de conversaciones en las líneas telefónicas privadas.

Algunos de los detalles sobre el caso, que creemos relevantes reproducir, yacen sobre lo siguiente: En 1928 tocó a la Suprema Corte de Estados Unidos pronunciarse sobre una supuesta violación a la cuarta y quinta Enmiendas sobre escuchas y registro de conversaciones telefónicas de las actividades ilegales de comerciantes de alcohol practicadas por oficiales del gobierno.

Apoyándose en una serie de precedentes, la decisión de la mayoría de la Corte apreció que las escuchas telefónicas no constituían una violación de la prohibición de la Cuarta Enmienda, es decir, no se configuraban como "*irrazonables requisas y registros*" (*unreasonable searches and seizures*) *de personas y domicilios*". Consideraron que la prohibición se refiere a la requisita de cosas materiales, pero que en este caso no existió tal requisita, pues se obtuvo la evidencia por escuchas telefónicas y no se penetró en las casas ni en las oficinas de los imputados; es decir, la evidencia se obtuvo mediante el uso del sentido de la audición; quienes interceptaron las voces proyectadas no estaban en la casa de ninguno de los que hablaban por teléfono, lo que no se corresponde con la literalidad de la Cuarta Enmienda, se argumentó.

No obstante el razonamiento planteado por la mayoría, Brandeis se deslinda de la interpretación literalista efectuada en relación con la Cuarta Enmienda y en uno de sus votos disidentes más célebres y notables, reivindica una interpretación dinámica y abierta de la Constitución capaz de adaptarse a los cambios que se dan en los ámbitos tecnológico, político y social.

Al igual que hizo treinta y siete años antes en *The Right to Privacy*, Brandeis mostró una legítima preocupación frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad, especialmente, aquellos que podían interceptar las comunicaciones por cable, afirmando que la invasión de la privacidad de la comunicación telefónica es mucho peor que la de la correspondencia, porque cuando se intercepta una línea de teléfono se invade la

privacidad en ambos extremos de la línea y, en consecuencia, el uso como prueba de hechos revelados por esa intromisión constituye igualmente una violación de la Constitución.

Prácticamente sostuvo y argumentó, con los preciosismos jurídicos que le caracterizaban, que la cuarta enmienda no protegía el derecho de propiedad sino el derecho a ser dejado solo, ampliando el ámbito de protección garantizada literalmente por ésta.

Un fragmento importante de lo expresado en su memorable voto disiente recalcó:

“El tiempo provoca cambios, originando la existencia de nuevas condiciones y propósitos. Un principio para estar vivo debe ser objeto de una aplicación más amplia que el mal que ha originado su nacimiento. Esto es particularmente cierto en las Constituciones. Por tanto, en la aplicación de la Constitución nuestra consideración no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que pueda ser (...)”. “Mecanismos más sutiles y extensivos de invadir la privacidad están disponibles por el gobierno. El descubrimiento y la invención han hecho posible para el gobierno la revelación en los tribunales de lo que es susurrado en la oscuridad. El progreso de la ciencia en proporcionar al gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de lo que el gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducirlos en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados”¹³.

Como claramente se puede advertir, lo que Brandeis intentó rastrear en su razonamiento fueron los límites a la intromisión del Estado en la vida privada de las personas; será a partir del voto mencionado y parcialmente transcrito, que la IV Enmienda encuentre el principal sustento de la *privacy*. Fue él pues, quien valoró que el derecho a la vida privada es el más amplio de los derechos y el más estimado por los hombres civilizados.

Con el pasar de las décadas y dada la influencia del artículo citado, jueces, tribunales e incluso legislaturas reaccionaron positivamente reconociendo, poco a poco, más y más, el derecho a la *privacy* de los ciudadanos norteamericanos, al grado que su

¹³ SALDAÑA, María Nieves, “La Protección de la Privacidad en la sociedad tecnológica”. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos, en Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 9, número 18, segundo semestre 2007.

opinión disidente se convertiría en mayoritaria cuatro décadas más tarde en el caso *Katz vs. United States*¹⁴.

1.3 Otras sentencias judiciales relevantes

Pasando página y centrándonos ya en el ámbito propiamente judicial, una sentencia importante en esta línea se dicta en el año de 1965, específicamente, en el caso *Griswold vs Connecticut*¹⁵. Marcó un verdadero hito cuando el Supremo Tribunal Norteamericano definió el derecho a la intimidad como un derecho autónomo y específico, como una verdadera emancipación de cualquier otro derecho y como un parámetro único para la toma de decisiones íntimas.

Se trató de un caso donde se estimó inconstitucional *-por violatorio de la intimidad en sentido estricto-*, la prohibición de vender, distribuir y utilizar anticonceptivos, reconociendo como parte del derecho a la privacidad de una pareja, el decidir acerca de su utilización.

El caso básicamente se desarrolla en el seno de una asociación particular cuyos directivos aconsejaban a parejas casadas acerca de la utilización de métodos anticonceptivos, a pesar de la existencia de una ley del Estado de Connecticut que declaraba ilegal la utilización de tales métodos y aconsejar sobre ellos.

La Suprema Corte entendió finalmente como intimidad, la autonomía para tomar decisiones de naturaleza íntima. Aunque la Corte no reconoció categóricamente el derecho a la *privacy*, sí se mostró de acuerdo, de forma expresa, con la conexión directa de éste y otros derechos reconocidos por la Constitución y sus Enmiendas.

El núcleo de la decisión habla sobre los “derechos periféricos” *-peripheral rights-*, formados por emanaciones de aquellas garantías que les ayudan a existir y a tener sustancia. Por ejemplo, en el derecho de asociación, en la cláusula de no autoinculpación y en la libertad de conciencia, como en muchos otros derechos, existen zonas de intimidad. Esa categoría, resultante de la interrelación con otros derechos, constituía un verdadero

¹⁴ En esta sentencia se definen dos aspectos de contenido importantes de la Cuarta Enmienda: 1) el deber de la persona de demostrar que el Estado tenía una actual y subjetiva expectativa de que la evidencia o información obtenida no estaría disponible al público; y 2) que esa expectativa de privacidad debe ser razonable en el sentido de lo que la sociedad reconoce por tal. El texto completo en inglés de esta sentencia se puede consultar en la página web <http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>

¹⁵ Esta sentencia puede leerse íntegramente en inglés y ser traducida por la herramienta de google en la página web <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=381&invol=479>

derecho protegible por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de legítima invocación judicial; de ello ya se había encargado de señalarlo la Corte en casos como *Mapp vs. Ohio* o cuando declaró inconstitucional la Ley de Connecticut por invadir el derecho a la intimidad de la relación matrimonial pero, fundamentalmente, por la interpretación creativa que hace de la Constitución.

Otros precedentes judiciales relevantes que se vinculan de alguna forma al tema *privacy* son el caso *New York Times vs. Sullivan* en 1964, mediante el cual se instaura la denominada doctrina de la “real malicia” o “*actual malice*” y su influencia en los límites en la libertad de expresión¹⁶. O el controvertido y notorio caso *Roe vs Wade*, en el que se reconoce el derecho de las mujeres de abortar en caso de embarazos no deseados.

Un proceso judicial que también dejó huella y que no quisiéramos dejar en el tintero es el caso *Whalen vs. Roe* en 1977, en el que la Suprema Corte reconoce el conflicto entre el interés individual para impedir que se difundan datos personales y el interés de disponer de información para tomar ciertas decisiones importantes.

En el caso *Whalen vs. Roe*¹⁷ que mencionábamos, se cuestionaba la constitucionalidad de la legislación de Nueva York que requería se remitiese a las autoridades estatales competentes el nombre y la dirección de los pacientes que recibían prescripciones facultativas de drogas con fines médicos, como el opio y sus derivados, metadona y anfetaminas, al objeto de su inclusión en una base de datos estatal computarizada y centralizada.

Aunque la Suprema Corte declaró constitucional la ley estatal, al considerar que el interés del Estado de Nueva York en adoptar soluciones tendentes al control de la distribución de drogas peligrosas era un legítimo ejercicio del poder policial estatal, ésta reafirmó el derecho de la persona a mantener la reserva de su información personal, afirmando que la “zona de privacidad” protegida constitucionalmente por la libertad sustantiva de la Decimocuarta Enmienda no sólo ampara la autonomía individual en la toma de decisiones importantes sino también el “interés” individual en evitar la revelación

¹⁶ Según García San Miguel, este caso sentó las bases para la regulación de la difamación en el país y ejerció igualmente una gran influencia en la legislación y jurisprudencia de los demás países occidentales. Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión, en **GARCÍA SAN MIGUEL** y otros, “*Estudios sobre el derecho a la intimidad*”, Madrid, Tecnos, Universidad de Alcalá, 1992, p.16.

¹⁷ Para consultar el texto completo de la sentencia se puede acceder a la traducción realizada por Enrique Guillén López, web <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/16sentenciasupremoamericano.htm>

de asuntos personales.

Decía: “Los casos catalogados de protección de la “privacidad” han involucrado realmente al menos dos clases diferentes de intereses. Uno es el interés individual en evitar la revelación de asuntos personales, y otro el interés en la autonomía individual para tomar cierta clase de decisiones importantes (...)”. “Sin embargo, no hemos dicho la última palabra sobre estos asuntos. Somos conscientes de la amenaza para la privacidad implícita en la acumulación de gran cantidad de información personal en los bancos de datos informatizados y en otros enormes archivos del gobierno. La recaudación de impuestos, la distribución de los beneficios sociales y de la seguridad social, la administración de la salud pública, la dirección de las Fuerzas Armadas y el cumplimiento de las leyes penales, requiere el mantenimiento ordenado de gran cantidad de información, la mayoría de la cual es en esencia personal y potencialmente embarazosa o perjudicial si es revelada. El derecho a recopilar y usar tal tipo de datos con propósitos públicos está normalmente acompañado de una correspondiente obligación estatutaria o administrativa de evitar revelaciones injustificadas”¹⁸.

En ese mismo año y bajo esa misma línea de argumentación también es válido recordar el caso *Nixon vs. Administrator of General Services*, en el que se instaba al Presidente Nixon a revelar comunicaciones personales a los archiveros del gobierno en atención al relevante interés público del material reservado; la decisión no fue otra que una reproducción de los argumentos esenciales del caso *Whalen* adaptados al caso concreto.

Desde entonces, las principales sentencias de la Corte relacionadas con el tema de la intimidad han estado vinculadas a temas de sexualidad y a la preservación de su privacidad; el problema práctico en este punto estriba en que la tendencia, con el correr de los años, ha sido la de hacer prevalecer la libertad de información o expresión frente al derecho a la privacidad, lo que en más de alguna ocasión ha tenido fuertes detractores.

Como podemos concluir, artículos relevantes como “*The Right to Privacy*” de Warren-Brandeis, o “*Privacy*” de Prosser, así como mucha de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica relacionada, han significado un paso trascendental para su reconocimiento, de incalculable valor para nuestra época en la evolución sobre el derecho a la intimidad, porque gracias a sus buenas ideas y criterios unificadores y vanguardistas, han colaborado, cada quien por su lado, en preparar el

¹⁸ *Idem*.

camino para definir los alcances y límites de este derecho. Es ahora que vemos los frutos de sus ideas e ideales y, lo que antes parecía invención, fantasía o quimera, ahora se torna realidad y necesidad.

En definitiva podemos afirmar que la prolija doctrina y la jurisprudencia que crece alrededor de este derecho en Estados Unidos de Norteamérica ha sido tremendamente significativa, en especial, en lo relativo a su evolución conceptual y sus resultados, las cuales podemos centralizar en cuatro áreas: 1. Libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisiones indebidas en la esfera privada; 2. Garantía de respeto a las opiniones personales en materia de asociación o creencias; 3. Tutela de la libertad de elección sin interferencias; y 4. Posibilidad de los individuos o grupos de acceder y controlar las informaciones que les atañen.

Lo anterior es precisado por Westin¹⁹ en su obra "*Privacy and Freedom*", en la que el autor define la privacidad como "*el derecho al control de la información referente a uno mismo*"; o "*el derecho de los individuos, grupos o instituciones a determinar por sí mismos, cuando, cómo y hasta qué punto se puede comunicar a terceras personas información referida a ellos*". Citamos a Westin porque, como podemos observar, posee un texto clave para hablar de privacidad. Su definición, aunque de antigua data, continúa aún vigente, pues no obstante los medios y las formas de protección sin duda han cambiado desde 1967, la substancia de su concepto no lo hace²⁰.

Como veremos a continuación en este recorrido histórico, sin perjuicio de las influencias de los otros pensamientos teóricos, esta concepción de la privacidad en el contexto anglosajón, vinculada primero a la idea dignidad humana para luego relacionarse con la idea de libertad, es la que mayor secuela ha tenido en el lenguaje universal de la protección de los datos personales, en tanto que pasa de ser un derecho de exclusión de los

¹⁹ WESTIN, Alan F., "*Privacy and Freedom*", Atheneum, Nueva York, 1970

²⁰ Repicó en la doctrina de la época, como ilustre e influyente en el tema de intimidad informática o "privacy", el nombre de William Lloyd PROSSER, Decano de la Facultad de Derecho de Universidad de Berkeley (1948-1961), quien en 1960 hizo historia con la publicación también de un artículo en el Número 383 de la California Law Review que reflexionaba sobre el mencionado derecho. Este artículo, que denominó "*Privacy*", se basó en la publicación de cientos de casos resueltos previamente por la Corte de los Estados Unidos; en él enumeró cuatro áreas -o ilícitos civiles indemnizables o "*torts*"- en donde, a su criterio, regía el derecho a la intimidad o privacidad: **1)** contra la intrusión en la reclusión o soledad, o en los asuntos privados propios; **2)** contra la revelación de actos privados embarazosos; **3)** contra la publicidad que coloca a uno en una falsa imagen ante el público; **4)** contra la apropiación del nombre de uno en beneficio de otro.

demás del ámbito privado a ser el espacio de soberanía de un individuo considerado en su dimensión integral, de acceder y controlar sus propios datos.

2. Contribución histórica de Inglaterra en la protección de la intimidad de los datos personales.

Debido a muchos factores de identidad significativos y marcados entre el Reino Unido y Norteamérica, como por ejemplo la influencia cultural, la dependencia económica y su coincidencia de lenguaje, por mencionar algunos, el debate inicial sobre la intimidad o *privacy* en Estados Unidos de Norteamérica se trasladaba directamente a Inglaterra.

Como veremos e intentaremos acreditar más adelante, fueron muchos los intentos en Inglaterra por lograr la inserción del concepto "*right to privacy*" [*derecho a la privacidad*] y, más aún, de una norma jurídica que protegiera expresamente el derecho a la privacidad o intimidad de las personas y de sus datos personales, habida cuenta de las particularidades del sistema jurídico y político inglés pero, sobre todo, por el diferenciado funcionamiento del aparato jurisdiccional en relación con su tradición de *common law* [*derecho común*].

Se citaran en contexto todos aquellos antecedentes que se denominan "oficiales", de cuyos contenidos nos haremos cargo brevemente para cumplir con la extensión máxima de este trabajo; no obstante, también creemos que existen otros precedentes que, si bien no poseen ese reconocimiento oficial, gozan de igual trascendencia como actos preparatorios e influyentes de la *privacy* y de la ley que finalmente se dictaría en Inglaterra.

Como bosquejo básico y general de nuestro recorrido, el escenario histórico temporal en que nos encontramos partirá de los comienzos de la década de los 60's, para terminar con la etapa última al dictado de la *Data Protection Act* [*Ley de Protección de Datos*] inglesa de 1975.

En un previo y breve análisis histórico inauguramos este apartado apuntando que si de forma simultánea en los Estados Unidos de 1960, William Prosser delimitaría el concepto de *privacy* individualizado y sistematizándolo, un año más tarde, pero al otro extremo del mundo Lord Mancroft trasladaba el eje de la discusión sobre la privacidad o intimidad a Inglaterra centrándola en los conflictos de aquélla y los medios masivos de comunicación; este caballero es quien impulsa el primer aporte sobre la *privacy* al

presentar en Inglaterra el primer proyecto sobre la materia a la Cámara de los Lores, aunque como veremos oportunamente, aquél no evolucionó como él hubiese esperado.

También será digno de apuntalar, desde una perspectiva descriptiva y siempre en clave histórica, los malogrados pero destacados proyectos de Mancroft en 1961, de Lyon (1967), de Brian Walden (1969), de Kenneth Baker (1969), de Leslie Huckfield (*Control of personal information*, 1971), sobre los que ahondaremos más adelante.

Un año más adelante aflora el informe de Kenneth Younger, el conocido "*Younger Report*" (1972); fue éste el que daba vida a un Comité, "*Younger Committee*", que consideraría que el concepto de *privacy* como tal no podía ser definido de manera satisfactoria, a la vez que disentía de la conceptualización de la *privacy* como el derecho a ser dejado solo "*right to be let alone*". A pesar de esta limitante conceptual y de lo acertado de sus razonamientos, el Parlamento inglés imprimió tanta presión sobre el informe que éste tuvo que ser retirado por su creador.

Descubriremos, además, los detalles del "*White Paper*" de Roy Jenkins sobre las relaciones entre la *privacy* y la informática presentado en 1975, en el que se abandonan definitivamente los debates sobre la *privacy* en general para concretar la atención en el problema de los bancos de datos personales, con lo que se inaugura una nueva dirección en el debate sobre la *privacy*.

Luego de este proyecto emerge el *Lindop Report*, al que nos referiremos con un énfasis añadido por las razones que más adelante veremos, quedando zanjado así el camino para la sanción de la conocida *Data Protection Act* (1984) reguladora de la intimidad en lo atinente a la faceta de los datos personales.

2.1 Los documentos no oficiales.

a) El proyecto de Mancroft y los medios masivos de comunicación.

Lord Mancroft, decepcionado con los estándares periodísticos existentes en la época, introdujo en 1961, junto con algunos miembros de su partido, un proyecto de ley que intentaba regular la privacidad de las personas. Fue el primer intento, del que se tiene memoria en Inglaterra, que pretendía proteger mediante una ley especial el concepto mismo de privacidad. El memorándum explicativo de envío del proyecto de ley al Parlamento Inglés decía que su objeto era dar a todo individuo una suerte de protección contra la invasión a su privacidad tanto como fuere deseable para el mantenimiento de la

dignidad humana, mientras se protege también el derecho de las personas de mantenerlas informadas de todos aquellos asuntos que razonablemente les conciernan.

Teniendo el objetivo claro, Mancroft da forma al proyecto de ley y una vez finalizado, lo presenta a la Cámara de los Lores. Como ya lo adelantábamos, el proyecto de ley regulador del derecho a la privacidad se enfocaba en la simbiosis intimidad-privacidad y medios masivos de comunicación, los denominados “*mass media*”, procurando proteger la privacidad de los datos de las personas frente a las publicaciones no consentidas.

El proyecto y su contenido establecían, principalmente, la idea de un derecho general a la privacidad en el caso de los periódicos, el cine, la radio y la televisión, quienes en principio no tienen responsabilidad por dar publicidad de los asuntos de una persona cuando ésta no haya dado su consentimiento.

Debemos recordar que nuestra ubicación histórico-geográfica es Inglaterra, en donde la libertad de prensa es, y siempre ha sido, un bastión muy respetado *-sino desconfiado-* y, por ello, siempre difícil de limitar. Pero a la par de esa libertad también es cierto que fue una verdadera lucha *-que a esta fecha continúa-* encontrar un punto de equilibrio y de armonía entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad o privacidad, dilema que se viene acrecentando con más intensidad con el surgimiento de las nuevas tecnologías²¹.

El ataque de la prensa, como era de esperarse, fue feroz, al grado de publicar artículos en contra del proyecto en los que se insinuaba que el derecho o la libertad de prensa era el derecho por excelencia frente al que nadie podía competir. En ese marco, se creó una ilusoria confusión entre lo que debería ser público y aquello que debería permanecer privado; el temor de la prensa radicaba en lograr reconocer a tiempo si la ley sería usada por aquellos que deseaban evadir otras leyes para prohibir la publicación de informaciones relevantes. En definitiva, las críticas fueron severas, seguramente, por la malinterpretación de la prensa de una agresión a su propia libertad, o más bien, a la libertad que estaban acostumbrados practicar.

En una segunda lectura del proyecto en la Cámara de los Lores, la prensa escrita continuaba criticando el proyecto de ley, esta vez, por ser excesivamente vago y carente de justificación suficiente. Se adujo, incluso, por el periódico *The Guardian*, que era un

²¹ **THE TIMES**, Londres, 22 de octubre de 1969

principio cardinal y una de las más preciadas libertades que cualquiera se sienta libre de decir la verdad, aunque fuese desagradable. Además, que si cualquiera pudiera ser penalizado o sancionado por decir la verdad, debería existir una razón muy convincente que lo impidiera. En ese mismo sentido se pronunció The Observer.

Mancroft, al sentir la férrea oposición de los medios de prensa al lado del poco apoyo del gobierno y del Parlamento a su propuesta, se da por vencido y explica su fracaso diciendo: *"(...) fui incapaz de establecer una distinción precisa entre lo que el público tiene derecho a conocer y lo que un hombre tiene derecho a conservar para sí mismo"*²².

Ciertamente, el principal argumento de sus detractores fue que Mancroft no logró claramente definir en su proyecto términos como "interés público" y "consentimiento" porque ello podría significar un verdadero banquete para los abogados que se aprovecharían de tales imprecisiones para limitar a la prensa, quizá, con la sola ambición de retrasar la publicación de una noticia.

Uno de los principales detractores del proyecto Mancroft fue Lord Chancellor, quien defendió la libertad de prensa consiguiendo, con su demagogo pero convincente discurso, que el proyecto no fuera aprobado. Pese a que no discrepó con el principio esencial, sostuvo que con una ley como esa se corría el riesgo o de no tener una acción eficaz, o bien, de limitar la libertad de prensa: *"Sin duda sería posible que el Parlamento confiase a los Tribunales la tarea de decidir en qué circunstancias un periódico podría esgrimir con éxito un interés público para su propia defensa; esto, sin embargo, atribuiría a los Tribunales un poder discrecional tan vasto que, de hecho, los convertiría en virtuales censores de la prensa. Mi opinión es que un desarrollo de este género no es ni deseable ni aceptable"*²³, sostuvo para cerrar su oposición.

Si bien el intento Mancroft fracasó, es imposible negar su implacable huella en el esquema de la protección de la privacidad que años después se fundase con la entrada en vigor de la Privacy Act Inglesa.

Por su lado, Mario G. Losano hace los siguientes comentarios del proyecto de ley presentado por Lord Mancroft en relación con los *mass media* [medios masivos], en Inglaterra en 1961:

²² *Ibid*.

²³ PRATT, Walter F. "Privacy in Britain" [Trad.], Londres 1979, pp. 140 y ss.

“El proyecto de ley presentado por Lord Mancroft se halla todavía vinculado al concepto de la Privacy violada por los mass media, en cuanto establece un «general right of privacy» en el caso de que periódicos, cine, radio y televisión den publicidad a los asuntos de una persona sin que ésta haya dado su consentimiento”.

“En una sociedad celosa de su libertad de prensa, como la inglesa, pone de manifiesto cuál es la característica (y también el problema) de todas las leyes sobre Privacy, encontrar un punto de equilibrio aceptable entre la protección de la intimidad individual y los derechos a la información de los mass media, realizando en este campo específico los principios generales de una sociedad democrática”.

“La ponderación entre estos dos elementos se nota claramente en la formulación dada por Lord Mancroft mismo. La finalidad de su proyecto es para él la de dar a cada individuo una ulterior protección contra la protección de su privacy, como es deseable para la salvaguardia de la actividad humana, protegiendo al mismo tiempo el derecho del público a ser informado acerca de los asuntos que puedan interesarlo”.

Como lo expresa este autor, la propuesta de Mancroft trata de ofrecer una protección ulterior en relación a la ya prevista por leyes existentes. También en las más modernas leyes acerca de la *privacy*, tanto anglosajonas como europeas continentales, el principio esencial será siempre el siguiente: *“las normas de protección de datos personales, complementan normas ya existentes en cada ordenamiento llevando hacia adelante la tutela del ciudadano. De otra parte, sin embargo, la protección asegurada al ciudadano no es total, se puede divulgar una noticia reservada, incluso, si el ciudadano no lo ha autorizado, teniendo en cuenta el interés público o la conducta o posición de la persona. El proyecto Mancroft propone este principio de equilibrio: todo lo que es razonablemente de interés público debe ser ponderado con la conducta o la posición del individuo en el momento de la publicación”*²⁴.

Con todo y sus imprecisiones e incertidumbres, por ejemplo en el tema de aquello que consideró “noticias reservadas”, el mérito de su proyecto consistió en haber clarificado a la sociedad que las penas o sanciones existentes en la ley, a la fecha de realizado el estudio, no eran coherentes con la realidad inglesa, pues no disponían de los medios idóneos para garantizar la protección adecuada de la privacidad de las personas frente a

²⁴ LOSANO G., Mario.” *Los orígenes del "Data Protection Act" inglesa de 1984*”, Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.18.

los medios de información masiva. Un primer esfuerzo en la búsqueda de normar y proteger la privacidad de las personas en Inglaterra estaba hecho.

b) El Proyecto Lyon.

Después del proyecto de ley presentado por Lord Mancroft en 1961, no hubo otro sobre privacidad hasta 1967. Sin embargo, ello no fue óbice para que la controversia estuviera servida y surgieran en la doctrina nuevos conceptos sobre el significado de privacidad durante el entretiempo.

Dado este período de renovación política en el tema de la privacidad en Inglaterra, se maduraron dos proyectos de ley cuyos objetivos fueron valiosos para el avance del concepto y su significado. El primero en introducirse fue en 1967 por Alexander Lyon; definió en su proyecto el derecho de privacidad como el derecho de toda persona de preservar la reclusión de sí mismo, de su familia y de su propiedad frente a cualquier persona.

La finalidad perseguida por el proyecto Lyon fue, según afirma Losano G. “(...) *proteger a la persona de toda interferencia irracional y seria que viole la separación entre lo público y la persona misma, su familia o su propiedad*”²⁵. Lyon replicó que era necesario que figurase en la ley un derecho a ser dejado en paz si una persona simplemente deseaba que le dejaran en paz.

Así como en el informe de Warren-Brandeis y el proyecto de Lord Mancroft se enfocaron en la prensa como la principal amenaza a la privacidad, para Lyon la prensa representó una amenaza secundaria; la principal prioridad de amenaza que debía ser limitada sería la tecnología, representada particularmente por los aparatos de vigilancia electrónica para el espionaje corporativo y la intervención telefónica. Para ejemplificarlo, Lyon proporcionó dos ejemplos de intromisión, uno relacionado con el periodismo y otro con la televisión, pero si bien ilustraban un punto relativamente importante sobre el tema, no era el de mayor peso. Lyon sugirió que la parte más importante de su proyecto de ley era la protección contra las muchas formas de espionaje industrial que se habían convertido demasiado comunes o habituales en esos últimos meses.

²⁵ *Ibid.*

La propuesta de Lyon tampoco prosperó, pero sí trajo a la palestra del debate interesantes puntos no advertidos por su predecesor y claramente marcó con ellos una nueva fase en el desarrollo del concepto de privacidad en Inglaterra.

Desde los debates del proyecto en adelante, el péndulo de la opinión pública, antes más inclinada por la protección de la libertad de prensa, empezaría a inclinarse a favor de cierta protección de la privacidad de las personas. Muchos de los casos controversiales de la época habían influido a que así fuera.

Aparte de las pocas virtudes del proyecto Lyon expresadas antes, algo que también debe rescatarse de éste fue su carácter progresista, de ahí su verdadera importancia. En él se había "(...) *precisado por primera vez el poder del tribunal para evaluar el daño causado por la violación de la privacy*"²⁶. Sobre el tópico, el proyecto atribuyó a los tribunales dos poderes: a) reconocer el resarcimiento de un daño; y b) garantizar una "*injunction*" en el caso que pareciera justa o conveniente.

Lyon explicó vehementemente ante la Cámara de los Comunes que en una comunidad civilizada, en donde vivimos encima el uno del otro, debe haber un área de la vida en donde la persona o el individuo tenga el derecho de mantenerla para sí mismo.

c) El Proyecto Walden.

Un tercer e importante proyecto que viene abonar al nuevo impulso de regulación de la privacidad en Inglaterra, fue presentado a la Cámara de los Comunes a finales de noviembre de 1969 y se denominó proyecto de Ley Walden.

Este proyecto marca un acento importante en el tema de la *privacy* y, fundamentalmente, en lo que a protección de datos se refiere. En la discusión del proyecto aparece por primera vez, de forma explícita, el traslado de atención de los políticos en la tutela de los datos personales de los *mass media*, a aquellos memorizados por ordenadores. Se infiere y define, con meridiana precisión, el concepto de *privacy* ahora por la vía de la identificación de actuaciones susceptibles de vulnerarla.

La primera lectura del proyecto en la Cámara de los Comunes se produjo el 26 de noviembre de 1969. Al introducir directamente la Ley al Parlamento se hizo énfasis en que ésta no iba instruida en contra de la prensa, como muchos medios lo consideraban: su

²⁶ LOSANO G., Mario. *Los orígenes del "Data Protection Act" inglesa de 1984, cuadernos y debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.20

objeto principal sería prevenir que se proporcionara información para un propósito específico y fuera usada para uno diferente desnaturalizándose, dándole así vida al principio que ahora se conoce como de finalidad.

Reiteró su preocupación sobre la posibilidad de que los expedientes contenidos en las bases de datos de las computadoras serían compilados o recolectados sin el conocimiento de la persona concernida. El proyecto presentado fue bien visto por todos los que intervinieron en esa primera lectura, debido a que se reconocía, casi de forma unánime, la necesidad de regular el derecho de información protegiendo algunos contornos de la privacidad de las personas; pero como había ocurrido siempre en anteriores intentos, el principal pero o preocupación de la gran mayoría era la multiplicidad de significados interpretativos con se concebía el concepto de *privacy*.

En vista de las críticas que tuvo que soportar su proyecto en esa línea, Walden, más que intentar definir el concepto de privacidad, sugirió que el contenido del derecho debía asociarse con una serie patrones que proporcionarían un panorama acerca del significado de su concepto.

Dijo: *“Derecho a la privacidad significa el derecho de toda persona a ser protegida de toda intrusión en relación consigo mismo, su casa, su familia, sus relaciones y comunicaciones con otros, su propiedad y sus negocios, incluyendo también la intrusión con: a) acciones de espionaje, vigilancia o similares; b) la escucha o grabación no autorizada de discursos; c) la toma no autorizada de imágenes; d) la lectura o la copia no autorizada de documentos; e) el uso o la revelación no autorizadas de informaciones reservadas de hechos (incluyendo los nombres, la identidad o similares) con el fin de causar cualquier molestia a la persona o de falsear su imagen pública; f) la apropiación no autorizada del nombre o de la identidad del sujeto, o bien de la semejanza con el sujeto con ventaja para un tercero”*²⁷.

Lo que en definitiva perseguía Walden con su proyecto era lograr castigar la intrusión no justificada o no autorizada en general pero sin referencia a los medios de comunicación a través de los cuales ésta se realiza.

La importancia de su principio general es no fragmentar el problema, pues hacerlo equivaldría caer en una serie de anomalías en donde algunos comportamientos estarían prohibidos por la ley pero otros quedarían fuera de esa proscripción; en ese caso, serían

²⁷ PRATT, Walter, *“Privacy in Britain”*(trad.), Londres, 1979, p. 180.

estos últimos los que generarían mayores controversias, entretanto algunos de los comportamientos no prohibidos podrían ser peores que los prohibidos.

Las principales críticas del proyecto Walden provienen de aquellos actores de la política y economía inglesa proclives por la libertad de prensa y de información, a pesar de que Walden insistió en que sus cláusulas no iban orientadas a limitar a la prensa en los términos que ya expresamos antes.

Frente a las críticas, Walden no bajó la guardia y manifestó a sus opositores: *“Me han enseñado siempre que la prensa no tiene mayores derechos ni mayores obligaciones que los ciudadanos privados. Si hacemos decaer este principio y decidimos que las leyes del país no se aplican a la prensa, que gozaría así de una cierta inmunidad, no pasará mucho tiempo antes de que el Parlamento y la opinión pública comiencen a hablar de leyes específicas para la prensa”*²⁸.

Sin perjuicio de la notable madurez que alcanzaba el concepto de *privacy* en la opinión pública y en la arena política con las discusiones del proyecto Walden, éste sucumbe a sus pretensiones en la Cámara de los Comunes después del debate de la segunda lectura. Sin embargo, su influencia fue tal que es acá, en este momento histórico, en donde se gesta la intensión popular y colectiva de crear un comité encargado de estudiar a fondo el tema de la *privacy*, con el cometido que propusiera al Parlamento, en un tiempo prudencial, un proyecto de ley sobre la *privacy*.

d) Otros proyectos e informes no oficiales. La consolidación del estudio sobre la *privacy*

1969 es un año en el que se cierra la discusión sobre la privacidad en general y se abre un nuevo período de debates sobre la *privacy* de datos memorizados en terminales computarizadas, dejando en desfase los datos contenidos en formatos físicos o manuales.

Al igual que Walden, un miembro de la Cámara de los Comunes, Kenneth Baker, presenta un nuevo proyecto de ley dedicado a la privacidad de datos personales informatizados; paralelamente, Lord Windlesham lo hace en la Cámara de los Lores.

Aunque estos proyectos, más dispuestos al extremo de la vigilancia de datos, no tuvieron el progreso legislativo previsto, impulsaron el estudio sobre la existencia de un Registro en el que se inscribirían los denominados “códigos de conducta” para los bancos

²⁸ KENNETH YOUNGER, “*Report of the Committee on Privacy*”, HMSO, Londres, 1972, par. 641.

de datos personales; es decir, una oficina especial en donde se debería de notificar y registrar cualquier banco de datos existente después de su creación. Como veremos más adelante, la idea de esa figura registradora de datos pronosticó un desarrollo extraordinario del germen de autoridad garantista en línea de las instituciones que deberían acompañar la iniciativa de protección, que depurada, se incorporaría en la Data Protection Act de 1984.

En 1970 un informe muy valioso para la evolución del concepto *privacy* fue el elaborado por el Comité "*Justice*" [Justicia], organismo perteneciente a la Comisión Internacional de juristas de cuyo seno se extrajo el Comité, con la idea de dedicar unas cuantas líneas académicas al tema de la *privacy*.

Para lo que nos interesa de este breve ensayo, el Comité publicó un informe el 16 de enero de 1970 titulado "*Privacy and the Law*" [Privacidad y Ley]. Según afirma Losano²⁹ el informe parte de comprobar que en la sociedad de la época la relación de equilibrio entre la libertad del individuo a ser dejado solo y la libertad de otros de saber lo que legítimamente desean saber presenta un equilibrio desventajoso para el individuo; la propuesta del informe se enfocaba pues en restablecer el equilibrio perdido.

El rápido desarrollo de las tecnologías intrusivas hacían notar, cada vez mas, que era necesario crear un catálogo completamente nuevo de ilícitos indemnizables o "*torts*", de infracciones a la privacidad en donde todas las sustanciales e irrazonables infracciones serían accionables por sus titulares. Dado que la intrusión era la sancionable y no el medio empleado para ello, la solución que debía darse se generaba a partir de un derecho general a la *privacy* para luego dar definiciones y acciones de defensa concretas para repeler los ataques.

Aunque muy cuestionado, lo importante de este informe, además de sus acertados enfoques sobre el problema, fue que probó ser un catalizador para la creación del Younger Committee sobre el cual nos referiremos más adelante.

Llegando a febrero de 1971, se hace público en Inglaterra un proyecto con el nombre de "*Control of Personal Information*" [El Control de la Información Personal], siempre con orientación hacia la protección de datos personales almacenados informáticamente.

²⁹ LOSANO G., Mario. "*Los orígenes del "Data Protection Act inglesa de 1984"*", Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.18.

Este proyecto fue presentado por Leslie Huckfield, miembro de la Cámara de los Comunes.

Lo que más importa destacar de este proyecto es que su finalidad principal fue la de establecer dos autoridades decisivas dentro del esquema de la protección de datos personales informatizados: un tribunal y una inspección de los bancos de datos. Además, el hecho que serían éstas las que autorizarían a los gestores de los bancos de datos con informaciones personales y facultarían a las autoridades citadas a tomar todo tipo de medidas, preventivas o represivas, que fueran necesarias, dentro de ciertos límites preestablecidos, para prevenir el abuso de las informaciones memorizadas en los bancos de datos.

Como mencionábamos supra, para el logro de tales cometidos, el proyecto prevé la existencia de dos órganos de control: el tribunal y la inspección. La configuración del primero estaría integrada por cinco juristas especializados junto con diez expertos del mundo industrial y tecnológico.

El poder del tribunal, según este proyecto, sería muy amplio, aunque sus competencias estarían bien definidas; desde ordenar el borrado de datos o correcciones en un banco de datos por ser incompletos, irrelevantes o por no cumplir la finalidad para lo cual fueron recogidos, hasta ordenar a un gestor de datos el pago de daños por haber obtenido información de forma fraudulenta o sin autorización. Como se advierte, su estructura funcionaría más bien al puro estilo de un tribunal judicial, con poderes más amplios que el que le otorgó el proyecto Baker al denominado “*Registrar*”.

La inspección, en cambio, puede ser asemejada a la policía judicial cuyo inspector general en jefe dirigiría a varios inspectores de campo, quienes gozarían de facultades como las de acceder a los edificios privados o públicos para verificar plenamente su cometido.

Todos estos detalles sobre el modelo de protección que demandan los ciudadanos ingleses, seguida de la plasmación sintetizada por los entendidos en la materia, irían moldeando los contornos de la ley que próximamente se dictase, e influenciando el sentimiento, ahora sí casi generalizado de los ciudadanos, en torno a esta figura de protección de sus derechos.

La siguiente gran contribución en lo que a *privacy* en Inglaterra se refiere es la efectuada por el “*National Council for Civil Liberties*” [Consejo Nacional de Libertades Civiles]

en la publicación llamada "*Right to Privacy Bill*", en donde se mantendría siempre la preocupación de los ingleses por proteger la libertad de prensa.

Además del alto grado de aprobación general, su principal finalidad era la de extender la protección del individuo contra toda interferencia no razonable de su derecho a la privacidad, con lo que se lograba eximir a los periódicos y otras formas de publicación de estas medidas, limitando los tipos de pruebas deducibles en juicio.

En el ámbito meramente procesal, la publicación se preocupó de que no se admitiesen en los tribunales pruebas obtenidas por un particular de manera impropia. Se preocuparon también de controlar los cuestionarios de las empresas que hacían rellenar a quienes pedían datos para su admisión, inquietándoles solamente el tipo y la naturaleza de preguntas formuladas antes y durante el empleo.

Con todo podemos afirmar que, aunque con algunos matices, unos más acentuados que otros, un dato en común que compartían los proyectos y las propuestas señaladas era que todos considerarían a la intrusión injustificada y no consentida de la *privacy* como un verdadero delito contra el individuo y una ilegalidad que daría lugar a una demanda civil.

Por lo tanto, todos los proyectos preveían la posibilidad de interponer una demanda ante los tribunales civiles para acreditar el daño causado y obtener una indemnización acorde con el grado de intrusión en la vida privada de la persona concernida. Quizá si apuntar que el grado de intrusión no fue compartido por todos los proyectos, pues unos se inclinaban por una intrusión "*disestressing and embarasing*" [penosa y embarazosa], otros por una intrusión "sustancial e irrazonable" y, otros añadían el componente de intrusión "seria".

Y, finalmente, se distinguiría entre aquéllos que considerarían justificada una publicación cuando esta fuese "razonablemente" de interés público, mientras que la otra parte de los proyectos se inclinan por considerarla justificada en tanto sea "absolutamente" de interés público.

2.2. LOS INFORMES OFICIALES

a) El "*Younger Committee Report*"

La conformación total del Comité "*Younger*" no fue anunciada hasta el día 13 de mayo de 1970. Desde esa fecha y hasta la publicación de su trabajo el 12 de julio de 1972,

Kenneth Younger y su Comité necesitaron de aproximadamente 40 sesiones y estimaron como materiales escritos autorizados las propuestas y opiniones de cerca de 130 organizaciones, así como más de un centenar de cartas que reconoció relevantes a los efectos encomendados.

Se ha estimado a este reporte como uno de los más completos documentos gubernamentales preparatorios de una ley sobre privacidad en el mundo entero. En él se constata que *“la opinión pública de los países desarrollados sitúa el respeto de la vida privada en el lugar prioritario de sus aspiraciones de protección de los derechos humanos”*³⁰.

Como ya se adelantaba, el origen de este Comité fue el producto del segundo debate del proyecto de ley de Brian Walden *-Right of Privacy Bill-*, el cual a su vez se basaba principalmente en un proyecto previo del derecho a la privacidad publicado por el *“Justice Committee”*.

Un punto importante de retener es que al Comité se le había facultado para hacer el estudio en referencia al derecho de la *“privacy”* solamente en relación con el sector privado y a efectuar recomendaciones para dar mayor protección a este derecho; sin embargo, con un buen tino investigativo, el reporte *Younger* parte diciendo que el derecho a la *privacy* tiene connotaciones importantes e indiferenciadas en todos los campos, tanto en el público como en el privado. Debido a esas connotaciones, su estudio tuvo como términos de referencia ambos escenarios.

Tal cual se indica en el párrafo que precede, ya lo advertía el propio informe del Comité cuando al hablar sobre su finalidad decía: *“(…) considerar si hay necesidad de una normativa para dar una posterior protección tanto al ciudadano individualmente considerado como a los intereses comerciales e industriales contra cualquier intrusión en la privacy provocada por personas, organizaciones o empresas, y presentar recomendaciones al efecto”*³¹.

Como en toda ley de esta naturaleza, el Comité se encontró con el sensible inconveniente de definir la *privacy* y, además, que esa definición fuera coherente, justa y equilibrada con los dos derechos en juego: la intimidad de las personas, por un lado, y la libertad de prensa y comunicación por otro. Ya de sobra era conocido que ese problema en

³⁰ **REBOLLO DELGADO**, Lucrecio, *“El Derecho Fundamental a la intimidad”*, Editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2005, p. 128. También en *“Price of Privacy”*, 1971, p. 36

³¹ **KENNETH**, Younger, *“Report of the Committee on Privacy”*, HMSO, Londres, 1972, par. 1.

particular fue el que costó la vida política de muchos proyectos e intentos de regular la *privacy* en Inglaterra.

Precisamente, el inconveniente con que el Comité se encuentra a la hora de conceptualizarla fue el de cómo definir los límites del derecho a la privacidad cuando tales límites convergen con el ejercicio de otros derechos fundamentales con importantes intereses en juego. Aunque el concepto no pudo ser satisfactoriamente definido por el Comité, se lograba inferir del informe que el peso del problema radicaba en una opción política, esto es, en la selección de una preferencia que decidiera de una vez por todas hasta adonde unos intereses podrían incidir positivamente en uno de los derechos y limitar a los demás.

Para ello, el informe cita dos definiciones de *privacy* que fueron proporcionadas por Alan Westin. La primera define la *privacy* como "*the state of solitude or small group intimacy*", es decir, el estado de soledad o la intimidad de los grupos pequeños.

La segunda definición dice: "*Privacy is the claim of individuals, groups of institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others*". Es decir, la *privacy* sería el derecho de los individuos, de los grupos y de las instituciones a determinar de qué manera y hasta qué punto las informaciones que les afectan pueden comunicarse a otros.

Avanzando ya en el contenido del informe logramos advertir, *prima facie*, que las variadas propuestas recibidas por parte de los diversos sectores de la sociedad fueron vigorosamente debatidas, de las cuales la mayoría resistieron el ataque de forma hostil, principalmente, por la prensa.

Para lo que a efectos prácticos atañe, el informe rendido se dividió en cuatro secciones: Una primera que hablaba sobre la evolución del concepto de *privacy*. En esta parte, el informe fijó su atención en descubrir una correcta definición del concepto *privacy* en los intentos y debates realizados en el "*Committee on Privacy of Justice*".

Los dos motivos principales por los que éste Comité no logró definir la *privacy* fueron los siguientes: "a) El primer motivo consiste en el contenido emotivo del término «*privacy*», ya que, en la mayor parte de veces, muchas de las cosas que deseamos proteger de las interferencias de terceros resultan ser sentimientos, creencias o comportamientos completamente irracionales; y b) El segundo motivo consiste en el hecho de que la extensión del significado del

- 8) *En la estructura de un sistema informático se fijarán también los términos más allá de los cuales las informaciones no quedarán conservadas en la memoria;*
- 9) *Los datos memorizados deben ser cuidados; debe disponerse de unos instrumentos y de una organización para corregir los errores y para actualizar las informaciones;*
- 10) *Se debe poner mucha atención al memorizar juicios de valor*"""""""""""33.

Como podemos observar de su naturaleza, aunque con excepción de este último, todos los demás son principios de procedimiento, que no son sugestivos sobre la esencia de la recolección de datos de las personas; y es que, el foco de atención de estos principios estaba dirigido hacia la información computarizada, la que tenía su antecedente en el Código de Conducta de la Sociedad Británica de Computación de 1971.

Quizá lo más destacable en términos de importancia hacia futuro es que estos principios fueron ampliamente aceptados por la comunidad política, jurídica y social y, por tanto, incorporados en el Lindop Report de 1978, el White Paper de 1982 e, incluso, en la Ley sobre Privacidad de 1984 como se verá.

Con clara influencia de este informe, se logró concluir en él que una política efectiva de protección de datos tenía que contar con tres objetivos: 1. minimizar las intrusiones o interferencias injustificadas; 2. maximizar la imparcialidad y justicia; y 3. crear expectativas legítimas y realizables de confidencialidad. Con estos objetivos en mente, la legislación que se dictara iría por buen camino.

Además, sobre el concepto de *privacy*, el Comité es persuadido indirectamente por sus predecesores a ser restrictivo pero realista con la idea de sociedad y el carácter dualista de la *privacy*. Al respecto dijo: *“Por ello desembocamos en la conclusión de que el tipo de conducta contra la cual se puede reclamar una protección legal, en base a una violación de la privacy, debería limitarse a una conducta dañina y molesta (injurious or annoying conduct), que afecte voluntariamente a una persona concreta o a un grupo de personas; además, la violación de la privacy debe ser el principal ilícito objeto de queja”*34.

Otro de los problemas relevantes sobre el tema es el que aborda el Comité “*Younger*” en relación con los bancos de datos personales almacenados en ordenadores;

³³ BENNETT, Colin J., *“Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States”*, 1a. edición, p. 98, Editorial Cornell University, 1992, p.98.

³⁴ KENNETH Younger, *“Report of the Committee on Privacy”*, HMSO, Londres 1972, par. 63

debe recordarse que ya en los informes Baker y Huckfield se hicieron algunos alcances al respecto; este Comité trata de complementarlos en profundidad.

Una de las conclusiones de esta profundización oficial es que el Comité tiende a negar la existencia de un peligro actual pero se anticipa a la existencia de un peligro potencial. Considera que el inconveniente del ordenador y su relación negativa con la *privacy* es más un problema de aprehensiones y temores que un problema de hechos y datos estadísticos; sin embargo, no deja de mencionar cómo, en supuestos hipotéticos, puede eventualmente verse la *privacy* amenazada; es decir, trata de verle como un problema de tipo abstracto y no como uno concreto, al mismo tiempo que identifica el supuesto de hecho que, aunque no se confirma, se sospecha de él.

Según las opiniones del público recogidas por el Comité a lo largo de su vida funcional, se observan tres sectores sobre los cuales la sociedad ha puesto un énfasis añadido.

En primer lugar, en la continua compilación de perfiles personales, tanto en la vida pública como privada, así como el poder incontrolado del que gozan los encargados de las informaciones o datos de las personas. En segundo lugar, la correlación de informaciones, pues los computadores permiten unificar informaciones sobre un mismo sujeto recogida en tiempos y lugares diferentes e, incluso, por personas diversas. Y, en tercer lugar, la facilidad con que un extraño de esa información compilada puede acceder a ella.

Finalmente, dos aspectos que también merecen la pena destacar del “*Younger Report*” es que, en primer lugar, su exhaustividad llega hasta valorar todas las leyes inglesas existentes a la fecha que podrían, de alguna forma, vincularse a la idea de la *privacy* y su protección; de hecho, el informe dedicó una buena parte de sí a definir, en cada norma, el tipo de conducta privada que regulaba y la protección a la *privacy* que ésta proveía.

Sobre las propuestas de futuro, el Comité propone la creación de una “Comisión permanente”, en la cual sus miembros deberían estar representados por expertos de la informática y científicos vinculados al tema; esta Comisión debería tener amplias facultades para recopilar información sobre los bancos de datos existentes. Quedaba abierta la posibilidad a esta Comisión de recibir reclamaciones de particulares por violación de alguno de los diez principios propuestos sobre la *privacy*. La vigilancia en la adaptación temporal de estos principios a la realidad social y tecnológica fue otra de las

facultades que se le atribuían. Todo banco de datos debería tener un “responsable”, lo que el Comité denominó “*Supervisory Officer*”, figura que no era de gran novedad si se tiene en cuenta que, por ejemplo en Reino Unido, se preveía una figura análoga en el caso del propietario de una mina y el cumplimiento de la ley que les regula.

b) El “*White Paper*” de Roy Jenkins

Llegado el año de 1979, Roy Jenkins presenta al Parlamento Británico un informe, titulado “*Computers and Privacy*” [*privacidad y ordenadores*], materializado físicamente en un libro de color blanco, en cuyo interior contenía un detallado estudio sobre el mundo de la informática y algunas propuestas del gobierno para la elaboración de una ley sobre datos personales.

Con el “*White Paper*” de Roy Jenkins sobre las relaciones entre la *privacy* y la informática, se abandonan definitivamente los debates sobre la *privacy* en general para concretar la atención en el problema de los bancos de datos personales en particular.

En su parte inicial, el “*White Paper*” inicia advirtiendo las potenciales causas de peligro que la informática representa para la *privacy* y las resume de la siguiente forma: “1) informaciones no cuidadas, incompletas e irrelevantes; 2) posibilidad de acceso a la información por parte de personas que no deben o no necesitan tener acceso; 3) uso de la información en un contexto distinto, o bien para finalidad diversa de aquella para la cual se han recogido los datos”³⁵.

La primera de estas se refiere a que los bancos de datos informatizados deben contar con todos los antecedentes necesarios y suficientes para que, aquel que llega a conocerlos, no induzca en error en perjuicio del titular de la información.

La segunda va orientada a la limitación real y tecnológica a la información, en el sentido que sólo las personas autorizadas tengan acceso a ella. Sobre esto, el “*Jenkins Report*” fue muy acertado al expresar que la salvaguardia de la intimidad requiere que las personas autorizadas para acceder a la información no abusen de la confianza [*breach of confidence*] en virtud de la cual la han obtenido.

Vinculado a lo anterior, también se procuró que el uso de la información, aunque fuese obtenida de forma lícita, no puede ser utilizada con una finalidad distinta de la cual

³⁵ WHITE PAPER, “*Computers and Privacy*”, HMSO, Londres, 1975, par. 8

se recopiló inicialmente; si se utiliza de esa última forma el informe lo catalogaba como un ilícito penal.

Para nosotros el *White Paper* lo que en realidad representa, es una toma de posición unívoca del gobierno en el tema de la privacidad, en el que se dedica a formular algunos estándares de funcionamiento de los bancos de datos al tiempo paralelo de crear una propuesta sobre la autoridad administrativa que debería supervisar el cumplimiento de los estándares y su cumplimiento o su violación.

Muy ilustrativo resulta reproducir algunas de las frases que definían esta política: “Desde el punto de vista del Gobierno, ha llegado el momento en el que quienes usan los ordenadores para operar con datos personales (por lo que pueden ser responsables) no pueden erigirse ulteriormente en los únicos jueces del hecho de que sus sistemas salvaguarden suficientemente la intimidad”³⁶.

El Gobierno no quiso parecer impositivo en la formación del órgano de control; más bien propuso la formación de un Comité -*Data Protection Committee*- que se encargara de instituir lo relativo a las facultades y composición orgánica de esta autoridad; sin embargo, lo que sí era absolutamente inaplazable para el gobierno era su creación y funcionamiento, sin importar las características finales que lo describieran. El nombre sugerido por el libro blanco para esta autoridad era el “*Permanent Statutory Agency*”.

El Comité al que nos referimos en el párrafo precedente sería una especie de solución experimental transitoria previo a la instauración definitiva de la “*Statutory Agency*”. Sus facultades serían institucionales y certificadoras, es decir, servirían tanto de registro como de autorización de los gestores de datos y de aplicadores de medidas de tutela frente a eventuales violaciones de los principios inspiradores. Potestades de opinión en materias económicas o jurisdiccionales no estarían marginadas de su competencia, lo que logra deducirse del deseo del gobierno de instituir una autoridad que se autofinanciase, posiblemente, de la tasa que se cobraría por el registro de cada banco de datos.

Como en todos los intentos por regular la *privacy*, el Comité analizó que dentro de las exclusiones de regulación en el ámbito público deberían estar la seguridad nacional, los bancos de datos orientados a prevenir y reprimir el delito y los datos médicos, aspectos

³⁶ WHITE PAPER, “*Computers and Privacy*”, HMSO, Londres 1975, par. 30

muy delicados y sensibles para el Estado, incluso, en esos momentos de la historia de los datos en relación con su calidad.

Con todo, quedaría allanado el camino para el último paso preparatorio antes de la sanción de la conocida *Data Protection Act* de 1984, reguladora de la intimidad en lo atinente a la faceta de los datos personales.

c) El "*Lindop Report*"

En 1975, Sir Norman Lindop publica un informe complementario al "*White Paper*" al que su le conoció como el Reporte Lindop, dividido en seis partes.

Como no podía ser distinto, la primera parte de este reporte versó sobre los antecedentes existentes al concepto de *privacy*, desde su más cercano precedente -el Libro Blanco- como de otros proyectos oficiales y no oficiales. De igual forma y en esa misma primera parte, se analizaron los problemas existentes en otras latitudes europeas sobre el tema de protección de datos, tecnología y *privacy*, porque muchos de sus similares a esa fecha ya contaban con avanzadas experiencias en la materia.

El sondeo de opinión pública relleno la segunda parte del informe. En coincidencia con otros modelos, existían en Inglaterra reticencias y posiciones contrarias a la aprobación de una ley sobre la *privacy*, principalmente, por quienes poseían el control de los medios de comunicación y por aquellos políticos influenciados.

Este sondeo logró advertir al menos tres razones importantes en que se fundaba la oposición: a) El carácter emotivo del temor a un control global de la sociedad mediante el uso de ordenadores, que ni el Libro Blanco ni el *Younger Committee* habían logrado acreditar mediante pruebas físicas o empíricas de casos reales; b) El deber de aplazar o reemplazar la legislación sobre protección de datos y *privacy* por una especie de período de prueba sobre la base de la voluntariedad de los gestores de los bancos de datos informatizados; en palabras elegantes, la creación de un código deontológico o código de conducta para el manejo de los bancos de datos existentes; y c) el costo de las medidas para garantizar la *privacy*; costes económicos y beneficios obtenidos en protección de la *privacy* no se correspondían entre sí.

La tercera parte del reporte se encargó de lograr el equilibrio y una armonía entre una propuesta de ley como la del Libro Blanco, junto con las autoridades ahí concebidas y los bancos de datos preexistentes. La pregunta era ¿qué datos proteger? ¿los de las

personas físicas o los de las jurídicas también? La conclusión a que se llega es que únicamente se debería de proteger por esta legislación los datos de las personas físicas, pero dando una razón de peso *-no necesariamente legítima-* para descartar a las jurídicas: que estas últimas están protegidas por otras ramas del derecho ya existentes y operativas como el derecho societario, el de patentes, la de derechos de autor o aquella relativa a las informaciones reservadas en relación con el secreto comercial, entre otras.

Las excepciones a la regulación serían el tópico general de la cuarta parte del informe, refiriéndose a temas, al igual que el "*White Paper*" de Jenkins, como seguridad nacional, prevención y represión del crimen y datos médicos, pero ampliándose a sectores como bancos de datos de la policía, datos escolares y bancos de datos estadísticos o con fines de investigación.

Muy en consonancia con la tercera parte del informe, la quinta etapa procuró advertir incompatibilidades entre la nueva legislación que se pensaba someter a debate político y la legislación ya en vigor, amén de la jurisprudencia que venía desarrollándose en los tribunales sobre la *privacy* a lo largo de este camino de fallidos pero influyentes intentos legislativos.

En último lugar, como todo informe de esta naturaleza, las conclusiones que llevarían a capitanear la necesaria dictación de una nueva legislación sellarían la finalización del informe.

Aspectos de radical importancia para el desarrollo ulterior de una ley de protección de datos en las mencionadas conclusiones estaban presentes en este informe. Lograr finalmente, aunque no de manera categórica, definir el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la futura ley era un logro de incalculables proporciones.

Paralelamente, los arquetipos o caracteres de datos personales protegibles y sujetos a la nueva ley serían: la recogida, el registro sobre toda clase de soporte, el archivo, la combinación de varias informaciones, la modificación o destrucción, la transferencia de un lugar a otro, la visualización, la comunicación a los interesados o la publicación del resultado final de las anteriores operaciones.

Como ocurrió con el "*White Paper*", si bien se discutió en éste y aquél la naturaleza del órgano de control, también fue un tema arduo de discusión el de si el control debería ser obligatorio o facultativo.

La “*Data Protection Authority*” como autoridad contralora era la ganadora de los debates pero con ciertos alcances: se sugirió que las dos funciones investigativas sobre vulneraciones a la *privacy -de registro y de control-*, no debían concentrarse en una sola autoridad. Un modelo de separación de facultades se consideró el más adecuado; no se especificó con plena certeza en el informe si debía tratarse de órganos independientes entre sí o vinculados orgánicamente de alguna manera, pero sí de dualidad de autoridades con competencias diferenciadas.

En relación con la obligatoriedad o no de la normativa a dictarse, el informe ponderó dos posiciones: una, al puro estilo de la *Privacy Act* de Estados Unidos de Norteamérica, voluntaria, esto es, cuya adhesión a la futura ley debía ser potestativa para todo gestor de datos y cuya interpretación por éste era libre e independiente; y la otra, obligatoria, que es la línea que sigue la recomendación efectuada por el informe “*Lindop*”, al considerar que no sería correcto para los ciudadanos la vigencia de una ley cuyos principios generales fuesen susceptibles de aplicación diferenciada en las distintas situaciones punibles; esta concepción no era posible descifrarla a un ciudadano inglés celoso del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

No obstante, la influencia de la ley estadounidense caló en algunas esferas del informe dando énfasis a la flexibilidad de la normativa en lo que se llamarían códigos de conducta o deontológicos que deberían existir y que garantizarían la seguridad jurídica en la aplicación de la normativa sobre la *privacy*, por servir de equilibrio entre los intereses de las personas y de aquellos gestores de los bancos de datos. Recordemos que estos estarían diseñados para adaptar los principios generales de la ley a las exigencias de cada sector particular.

Ahora bien, si las normas vienen definidas como una especie de principios, aunque de obligatorio cumplimiento, estos principios dan un margen de flexibilidad importante a la hora de la aplicación de los mismos a un caso concreto. De ahí la necesidad de la “*Data Protection Authority*” como unificadora del criterio más correcto en aplicación de la ley.

Sobre los códigos de conducta, también denominados códigos deontológicos por el informe, Losano³⁷, al referirse al informe “*Lindop*”, advierte cinco ventajas:

³⁷ LOSANO G., Mario.” *Los orígenes del "Data Protection Act" inglesa de 1984*”, Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. P. 49

“I. En la redacción de estos Códigos la «Authority» estaría permanentemente en contacto con los gestores o directores de los bancos de datos a través de las asociaciones que los representan: nacería de esta suerte una estrecha colaboración entre la autoridad de control y los gestores de los bancos de datos”.

“II. La informática se caracteriza por mutaciones tecnológicas muy rápidas, mientras que la enmienda de la ley sobre protección de datos, por el contrario, resulta necesariamente lenta y laboriosa; basta pensar en la elaboración de esta ley precedida por diez años de discusiones; un código conducta elaborado por la misma autoridad de control puede ser modificado, por el contrario, mucho más rápidamente”.

“III. Ya que la ley sobre la privacy aparece en Inglaterra relativamente tarde, existen ya sectores en los que la elaboración de datos personales ha encontrado una reglamentación consuetudinaria: estas costumbre pueden incluirse en los códigos de conducta para no provocar alteraciones en la actividad de los sectores ya consolidados”.

“IV. Muchos gestores de bancos de datos son en realidad gestores de servicios diversos; el ciudadano recibiría una protección mayor si el mismo gestor del banco de datos aplicase más códigos de conducta, según la actividad desarrollada”.

“V. Por último, la clasificación de las personas vinculadas por la ley «permitiría a la Data Protection Authority organizar su propio plan de trabajo, proyectando y siguiendo un plan progresivo de aplicación de las normas que tenga en cuenta los riesgos relativos a las variadas actividades conectadas con la elaboración de los datos, tomando en consideración también la facilidad con la cual ciertos código pueden formularse y la rapidez con la cual los gestores de los bancos de datos pueden modificar sus propios procedimientos para adecuarse»”.

La “Data Protection Authority” sería entonces la piedra angular de todo el sistema que se estaría diseñando sobre la protección de datos personales en Inglaterra. El registro, las autorizaciones o licencias, la publicidad, la facultad investigativa y sancionatoria, entre otros aspectos importantes, son algunas de sus características destacables.

Para el logro de ese cometido controlador y equilibrador de derechos, la ley pensó en la creación de un sistema de registro público independiente de cualquier otro poder para la protección de los datos personales; se combinaron medidas sancionatorias que controlarían de forma represiva cualquier infracción existente a estos principios y a las normas de la nueva legislación.

Como órgano de control, tres características deben subrayarse en relación con esta autoridad:

1. Debería tener experiencia comprobada para la regulación de datos en las diferentes facetas en que estos oscilan, tanto en los bancos de datos de las instituciones públicas como aquellos que estén en poder de los privados; representar a la comunidad en su conjunto y poseer independencia en su actividad junto con el máximo grado de responsabilidad pública compatible con esa independencia, que será económica y funcional.

2. Estar completamente dotada de los medios adecuados para alcanzar el fin propuesto. Su estructura organizativa se estructura sobre la base de dos entes que la conforman, un "*Governing Board*" [mesa directiva], con funciones de dirección y de dirimir las controversias que se susciten entre gestores de datos y titulares y el ejecutivo de la autoridad de control, integrado por un grupo de personas ampliamente representativas de la sociedad en general; y un "*Executive*" como órgano auxiliar del primero.

3. Deberá ser responsable en la manera en que ejerza sus atribuciones, lo que implica que ante su irresponsabilidad deberá existir un control sobre quien controla. Según el derecho inglés, el indicado sería el "*Council of Tribunals*", el cual ejerce una vigilancia general sobre los tribunales administrativos y sus investigaciones públicas. Este sería el órgano de última *ratio* que debiera proteger tanto a gestores de bancos de datos y titulares de los datos de decisiones arbitrarias del "*Data Protection Authority*"

d) La "*Data Protection Act*" de 1984

Finalizada la fase del "*Lindop Report*", con discusiones, aprobaciones, controversias, anuencias, modificaciones, reformas y adiciones en cuanto a su contenido, queda entonces nivelado el terreno para que sea dictada y aprobada, por fin, una Ley en el Parlamento Inglés sobre la materia; la culminación de todo este proceso daría como resultado a la denominada "*Data Protection Act*" de 1984.

Su aprobación parlamentaria fue posible por la férrea batalla librada por aquéllos que estaban convencidos acerca de la necesidad imperativa de controlar lícitamente las bases de datos informatizadas en poder del Estado y de los particulares. Se puede presumir que esta novedosa legislación se introdujo para contrarrestar los riesgos planteados por el desarrollo de los sistemas de información informatizados.

No obstante la existencia de un largo recorrido de debates, informes y estudios pre-legislativos, resulta cierto el hecho que esta legislación se ve influenciada, de manera directa a mi juicio, por el reconocimiento, a escala internacional, de normas jurídicas dictadas en el seno de la Comunidad Europea, como por ejemplo del conocido “Convenio para la Protección de las Personas con respeto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal”, de 28 de enero de 1981.

Dentro de ese supuesto, lo apuntado también nos hace deducir que parte del impulso o del interés, aunque sea mínimo, por contar con una legislación como ésta, pudo deberse al hecho de evitar un posible aislamiento de parte de los miembros de la Comunidad Europea en la transmisión de datos personales mas allá de sus fronteras, ya que en virtud de un principio de reciprocidad, las leyes extranjeras prohíben enviar datos personales de sus ciudadanos a aquellos estados que no provean una protección análoga a la del estado de origen.

Como fuera, esta primera Ley de Protección de Datos inglesa³⁸ contaba con ciertos principios rectores, breves pero muy cristalinos, que expresaban el desenlace terminal del conjunto de ideas sobre el tema y la inspiración final sobre cómo los datos personales debían reconocerse frente a los demás. Se decía que los datos personales deberían ser:

1. *[Tratados de manera justa y lícita].*
2. *[Obtenidos para fines determinados y legítimos].*
[Adecuados, relevantes y no excesivos].
[Precisa y actualizada].
[No se conservarán más tiempo del necesario].
[Procesados de conformidad con los derechos individuales del titular de los datos].
[Mantenerlos razonablemente seguros].

Estos principios fueron el eje del proyecto, siendo su finalidad principal procurar que se aplicasen de modo razonable y eficaz en beneficio de todos los ciudadanos como garantía del ejercicio de los demás derechos reconocidos constitucionalmente.

Sin duda que una ley basada en estos principios básicos, esenciales, no constituiría un obstáculo en la circulación de las informaciones como inicialmente se pensaba; tal es el

³⁸ “*Data Protection Act*” vigente y aprobada por el Parlamento en el año de 1998. El texto completo en inglés puede consultarse íntegramente en la web <http://www.opsi.gov.uk/Acts/Acts1998/ukpga_19980029_en_1>

caso, por utilizar un símil, de lo que acontece con las leyes de tráfico, que no constituyen un obstáculo vial al transporte vehicular, por el contrario, facilitan el tráfico de vehículos con reglas claras de circulación.

Sin que eso deje de ser cierto, también lo es que cualquier ley sobre la protección de datos personales como ésta, constituye un compromiso valioso sobre la tutela de bienes jurídicos a menudo en conflicto entre sí, lo que proporciona un mérito laudable si se tiene en cuenta que la disyuntiva inmanente del derecho a la intimidad y de protección de datos personales está vinculada con libertades públicas tan potentes como la de expresión y prensa.

No podemos negar que, como la mayoría de obras nuevas de creación legislativa, el camino de la aplicación y de las consecuencias prácticas fue muy difícil de concretar, sobre todo por el estancamiento y poca concreción de los principios rectores transformados en ley vigente; al otro extremo de la valoración, el intelecto académico de los profundos debates y estudios previos así como la experiencia empírica posterior conquistada por Inglaterra es de incalculable precio para sí misma y para todos aquellos que se han visto y se verán influenciados, de una y otra forma, por su naturaleza evolutiva muy particular en lo que a protección de datos personales se refiere.

3. Alemania y su aportación en la protección de la intimidad de los datos personales.

En el tema de la protección de datos personales, Alemania irrumpe con mucha fuerza a partir de 1983. Su incursión en el tema, como no ha venido siendo habitual en otras latitudes como las comentadas, fue producto de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 15 de diciembre de 1983, con ocasión de verificar la inconstitucionalidad de la Ley del Censo de Población aprobada el 4 de marzo de 1982 por el Bundestag; se impugnaban supuestas vulneraciones de los derechos reconocidos en los artículos 1, 2, 5 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn.

Esta trascendental decisión representó un enorme paso en la elaboración de la teoría de lo que los alemanes dieron en llamar y llaman hasta la fecha “autodeterminación informativa”, lo que conforme a la terminología empleada en este trabajo he llamado derecho a la protección de los datos personales, aunque reconociendo que ambos

conceptos no parten de un tronco común de tan fácil identificación, pero sí poseen una finalidad ulterior análoga.

3.1 De los precedentes.

Como premisa a la explicación posterior, viene bien citar a DENNINGER³⁹, quien explica y aclara que el derecho a la autodeterminación informativa no es un invento del Tribunal Constitucional Federal, ni de hecho ni de nombre. Esta sentencia lo que viene es a completar una línea jurisprudencial especial de los tribunales alemanes con respecto al derecho general de la personalidad; nótese entonces que la extracción jurisprudencial del derecho a la “autodeterminación informativa” la obtienen los alemanes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a diferencia de Estados Unidos que la extrae del concepto de privacidad, con los matices propios, o de España, inicialmente derivada del derecho a la intimidad.

Tanto la Ley Fundamental de Bonn como el intérprete supremo de ésta han partido de la base de que el hombre es una “*personalidad capaz de organizar su vida con responsabilidad propia*”⁴⁰, es decir, que el individuo tiene la capacidad para influir en su propio ambiente social y, por tanto, decidir dónde, cuándo, cómo y en qué contexto quiere o no presentarse en ese ambiente social.

Algunos de los precedentes jurisprudenciales de esta sentencia, a la que nos referiremos con más detalle a continuación, son importantes de identificar y reconocer debido a la notable influencia que sus fundamentos aportaron a la vida jurídica de Alemania sobre la protección de los derechos de la personalidad.

Una de las más conocidas y pertinentes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán sobre el tema fue aquella que la doctrina identificó en su momento como “el caso *Mickrozensus*”, en la que el Tribunal elabora e instaura una especie de protección basada en la llamada “teoría de las esferas”⁴¹ –*Spärentheorie*–, según la cual se establecía una

³⁹ DENNINGER, Erhard, “*El derecho a la autodeterminación informativa*”, citado por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “*Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*”, Actas del Coloquio Internacional Celebrado en la Universidad de Sevilla los días 5 y 6 de marzo de 1986, Madrid, Edit. Tecnos, 1987, p 271.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 272

⁴¹ La teoría de las esferas identifica: a) una esfera íntima; b) una esfera privada y c) una esfera individual. Se basa en la intensidad social de la conducta. (es muy abstracta e irreal). Para explicarla mejor, podemos decir que es aquella en la que, a grandes rasgos, se distinguen ámbitos de acción del individuo de extensión radial, a modo de círculos concéntricos, cuyo centro más cercano corresponde a lo secreto, su periferia a aquello que

protección diferenciada de acuerdo con el mayor o menor grado de afectación de la intimidad.

Esta concepción teórica restrictiva, aunque amplia para el momento histórico en que fue dictada, fue abandonada en favor de una tutela considerablemente más amplia, cuyos basamentos quedaron sentados en el fallo conocido como “sentencia del censo” - *Volkszählungsurteil*⁴².

Como ya lo pronosticábamos, la construcción del derecho fundado en esa sentencia se erige desde la autodeterminación de la vida íntima de la personalidad humana. El derecho a la autodeterminación como tal, ha sido objeto de constante perfeccionamiento jurisprudencial como veremos. El juicio Lebach es una clara muestra de ello.

En este proceso tramitado ante la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional Alemán tuvo la ocasión de ponderar un caso relativo a la existencia de una información televisiva repetida, sobre un delito grave, no amparada en un interés informativo actual y que ponía en peligro la resocialización del autor. Se consideró en ella hasta qué punto otras personas tienen el derecho a exponer en público una imagen de la vida de una persona en su totalidad o acontecimientos determinados de la misma.

Los supuestos de hecho de este caso versaron sobre la prohibición que el Tribunal Constitucional hizo a la cadena de televisión ZDF de emitir un programa documental sobre el asesinato de cuatro soldados. La emisión iba a realizarse dos años después de producida la condena, precisamente cuando uno de los cómplices iba a obtener la libertad condicional. El Tribunal destaca la relevancia del principio de rehabilitación de las personas condenadas, al que se recurre para limitar la difusión de noticias judiciales. Según la sentencia, se produce una colisión entre la libertad de información y la protección de la personalidad del individuo, que no puede resolverse estableciendo reglas de prevalencia, sino sólo a través de la ponderación de bienes controvertidos caso a caso.

Como regla general, cabe establecer la preferencia de la libertad de información en el caso de las informaciones actuales sobre hechos delictivos, pero tratándose de la repetición de la información y que, además puede poner en peligro la resocialización del

atañe a la individualidad de la persona, y una franja intermedia correspondiente a la intimidad, en que se sitúa aquello que se desea mantener al margen de la injerencia de terceros. Prescindiendo del valor pedagógico de la teoría de las esferas, lo cierto es que ésta muestra dificultades para establecer que ha de calificarse como íntimo, lo que le fuerza a recurrir a criterios subsidiarios que no hacen más que acentuar su escasa eficacia.

⁴² COTINO HUESO, Lorenzo, “*Libertad en Internet*”, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 2007.

autor, el Tribunal consideró que tiene preferencia la protección de la personalidad frente a la libertad de información.

El razonamiento efectuado por el Tribunal fue de tres niveles: En el primero, constató una colisión entre la protección de la personalidad y la libertad de información; por otro, estableció que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre el delito grave, exista una prioridad de principio o *prima facie* a favor de la libertad de información; finalmente, decide que, bajo cuatro condiciones *-información repetida, no amparada ya por un interés informativo, sobre un delito grave y que pone en peligro la resocialización del interesado-*, la protección de la personalidad prevalece por sobre la libertad de la información. Falla así a favor del demandante.

De igual forma, desde la sentencia pronunciada en el caso *Eppler*, existe ya un precedente sobre la protección contra la imputación de declaraciones no hechas y la protección contra la degradación de la imagen como simple objeto del debate público, elevándola como una categoría o dimensión protegible del derecho general a la personalidad.

Otro antecedente se observa en 1971, específicamente, en un informe encargado por el Ministerio Federal del Interior; en su contenido ya se hacía alusión a definiciones como “derecho a la autodeterminación informativa sobre la imagen de una persona o grupo de personas” o el “derecho a la autodeterminación del ciudadano referente a la imagen de su propia persona”.

Como queda indicado al menos, los precedentes referidos sirven como base para colegir de ellos ciertos vestigios de interrelación con el concepto de autodeterminación informativa alemana, concepto que se construiría más sólidamente en la sentencia dictada contra la Ley del Censo Poblacional que a continuación se aborda.

3.2. La Ley del Censo y la decisión del Tribunal Federal Alemán

En relación con este nuevo derecho podemos afirmar que para el Tribunal Federal Alemán consistió en la defensa de la persona de preservar su vida privada; a simple vista parecería que la creación de este concepto fue tarea fácil, pero para valorar con propiedad su aparente simplicidad, habrá que tener en cuenta, a la par, el hecho de que el texto constitucional Alemán no contemplaba, en ninguno de sus preceptos, un derecho a la protección de datos personales, a la intimidad, ni, mucho menos, a la informática.

La esencia de este derecho de autodeterminación informativa *-Recht auf informationelle selbbsbestimmung-*, se resume en la sentencia como aquella posibilidad del individuo de determinar quien, qué y con qué finalidad puede conocer o utilizar un tercero datos que le afectan. De esta forma, intimidad no es solo el aislamiento o la reserva del individuo, sino también el control de lo externo a nosotros y que nos pertenece o, al menos, le pertenece a nuestra vida privada.

El Tribunal Constitucional Alemán, en la sentencia citada, completó el catálogo de los llamados derechos constitucionales de la personalidad, a pesar *-como dijimos-* de la inexistencia en la Ley Fundamental de 1949 de un derecho específico como el erigido. Así, sobre la base del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal garantizó la continuidad de las libertades básicas consagradas con anterioridad.

Para entrar fugazmente en algunos detalles de la sentencia citada, tenemos que el recurso contra dicha norma fue interpuesto por simpatizantes del movimiento de “los verdes”, quienes *prima facie* obtuvieron una resolución cautelar del Tribunal Constitucional el 13 de abril de 1983, por la que se suspendió la entrada en vigor de la Ley del Censo⁴³; posteriormente, obtuvieron la decisión definitiva estimatoria parcial sobre el fondo del recurso.

La Ley del Censo Poblacional que se impugnaba era aquella mediante la cual se compelió a los ciudadanos a responder un interrogatorio que abarcaba una serie de datos privados, con el supuesto fin de mejorar el aprovechamiento de los recursos sociales. Aunque los datos eran revelados de forma anónima, el problema estribaba en que éstos serían cotejados con los registrados en los Estados Federados *-Länder-*, y ello, hipotéticamente, permitiría identificar a sus titulares.

Es interesante también destacar el planteamiento que realizan los actores al interponer el recurso contra la ley en relación a la amenaza que representa el tratamiento automatizado de los datos personales; y es que, centran la atención de sus argumentos no sólo en la calidad de los datos personales sino, fundamentalmente, en el tratamiento informatizado de éstos, es decir, en el método adoptado por el Estado para la recopilación de los datos.

⁴³ **DARANAS PELAEZ**, Manuel (trad), “*Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán*”. Ley del Censo, BJC, número 33, 1984.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional germano señala que la proliferación de centros de datos permitió, gracias a los avances tecnológicos, producir una imagen total y pormenorizada de la persona *-un perfil de la personalidad-*, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano, como lo acuña este precedente, en “hombre de cristal”, que de ahí en más se utilizaría para denominar al ciudadano común inmerso en la sociedad actual, al que debe protegerse de este riesgo de omnisapiencia pública⁴⁴.

El Tribunal Federal fue rotundo en su decisión expresando que la persona posee un derecho de libre decisión y libre disposición sobre sus datos personales y que puede decidir qué es lo que otros pueden saber sobre él. Si bien confirmó la validez de la mayor parte de la ley, obligó a realizar modificaciones en ciertos puntos, en su mayoría, relativos al modo en que se podía autorizar la recolección y almacenamiento de los datos, lo cual significó, finalmente, que el censo se postergara por cuatro años con un considerable costo para el Estado⁴⁵, pero con un papable beneficio para los particulares.

El punto fundamental de la argumentación del *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional] fue la consagración del concepto “autodeterminación informativa”. Según este concepto es el ciudadano quien debe decidir sobre la cesión y uso de sus datos personales. Este derecho *-se dijo-* puede ser restringido por medio de una ley por razones de utilidad social, pero respetando el principio de proporcionalidad y garantizando que no se produzca la vulneración del derecho a la personalidad; por ello el Estado tiene el deber de adoptar precauciones de índole organizativa y de derecho procesal susceptibles de contrarrestar el peligro de vulneración del derecho de la personalidad; pone así de manifiesto la insuficiencia de medios de protección que hasta entonces reconocían los ordenamientos jurídicos alemanes.

La sentencia es inequívocamente clara en sus argumentos y en las dificultades que la desprotección de esta nueva categoría del derecho a la intimidad y vida privada significaba para los ciudadanos.

En un pasaje de ésta se dijo lo siguiente: *“Es posible, en efecto, mantener permanentemente disponible un gigantesco acopio de datos para el número que se quiere de oficinas*

⁴⁴ **BAUZÁ REILLY**, Marcelo, “*La protección jurídica de los datos personales y los servicios de información comercial y crediticia*”. Extraído del punto 5 del artículo del citado autor, cuyo contenido puede consultarse en la página web <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=220>>

⁴⁵ **KOMMERS**, Donald, “*The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*”, Durham, Londres, 1989, p. 332

con facultad de recabarlos, aparte de que los posibles numerosos receptores (en medida indeterminada) de los datos del censo demográfico ya suelen disponer normalmente de bancos propios de datos, los cuales suministran elementos de juicio adicionales que se pueden relacionar con las informaciones del censo poblacional. En virtud de esta evolución de los condicionamientos tecnológicos, es posible producir una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva -un perfil de la personalidad-, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en 'hombre de cristal'”⁴⁶.

Nótese cómo se declara lícita la recogida de gran parte de los datos del censo referidos al nombre, apellido, dirección, estado, nacionalidad, utilización de la vivienda, fuente de los medios principales de subsistencia, datos académicos y profesionales, rama de actividad, pero declara ilícitos, entre otros, los preceptos relativos al cotejo de datos para ser utilizados contra las personas obligadas a suministrar esa información, seguramente, porque se pensó que los datos podían sufrir desviaciones de la finalidad respecto de la cual fueron inicialmente recogidos.

Desde ya sugerimos la lectura íntegra de la sentencia para lograr comprender el contexto en que se dicta y de cómo el Tribunal construye y amplía el catálogo de derechos fundamentales por esta vía.

Sin embargo, y aunque no es nuestra tarea principal, no creemos ocioso reproducir a continuación algunas partes de aquélla que consideramos más significativas en relación con el aporte alemán en la tutela del derecho a la protección de los datos personales.

“Las limitaciones de este derecho a la “autodeterminación informativa” sólo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho”.

“(…) en la clave de bóveda del ordenamiento de la Ley Fundamental se encuentra el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre (…)”. El derecho general de la personalidad (...) abarca (...) la facultad del individuo, derivada de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida (...); la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos de protección del individuo contra

⁴⁶ **DARANAS PELAEZ**, Manuel (trad), *“Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán”*. Ley del Censo, BJC, número 33, 1984, p 137.

la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona”.

“El derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y utilización de sus datos personales.

“(…) la elaboración automática de datos ha ensanchado en una medida hasta ahora desconocida las posibilidades de indagación e influencia susceptibles de incidir sobre la conducta del individuo, siquiera sea por la presión psicológica que supone el interés del público en aquélla (...). La autodeterminación del individuo presupone (...) que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vayan a realizar o, en su caso, a omitir (...). El que no pueda percibir con seguridad suficiente que informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación (...). Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo renunciará presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales”.

“De este modo un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo la elaboración automática de datos, ninguno “sin interés”.

Posiblemente es del contenido de esta sentencia de la que podemos extraer y sintetizar, más claramente, el silogismo utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán que le mueve a proteger una parte del derecho general de la personalidad vinculado a la protección de los datos personales informatizados. Concretamente, se desgaja de ésta el que los valores fundamentales como la libertad y la dignidad conllevan el derecho del individuo de autodeterminarse; es de ahí que se deriva la facultad de la persona de deducir, básicamente por sí misma, cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida; para el Tribunal, su no reconocimiento menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad del individuo.

3.3. La Ley de Hesse

Dicho aquello, es momento de remontarnos a los precedentes puramente legales o normativos, en cuyo caso no podemos dejar de mencionar uno en especial por la

indiscutible influencia que originó, incluso, en el núcleo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1983. Es una Ley que se dicta en el Land de Hesse el 2 de octubre de 1970, la que se cataloga como la génesis de las leyes sobre protección de datos personales en Alemania⁴⁷.

Se trata de una iniciativa legislativa histórica en esta materia, de hecho la primera de este tipo en Alemania, limitada, sin embargo, a la esfera del control sobre los acuerdos y procedimientos de la administración pública del Land, pero no por ello de primera línea. A pesar de sus límites de territorio y de contenido, esta ley suscitó un fuerte interés en el mundo del derecho no solo dentro de Alemania, sino también fuera de sus fronteras.

La componían 17 artículos con aspectos muy particulares que no sólo regulaban la utilización de los centros de información electrónica administrados por las autoridades públicas de Hesse, con una referencia precisa al respecto del secreto (art. 3) y al derecho de control sobre los datos (artículo 4), sino también instituía por primera vez un órgano de vigilancia adecuado, el *Datenschutzbeauftragter* o Comisario para la protección de los datos (arts. 7-15); es decir, un magistrado público con independencia de instrucciones u órgano alguno y con una competencia específica en el campo de la gestión pública de los ordenadores electrónicos y de la aplicación de la ley; sus atribuciones pueden compararse a las de un *Ombudsman* en la materia, en este caso, con la labor específica de velar por el cumplimiento de la ley en relación con el aseguramiento de la confidencialidad en el manejo de los datos de los particulares, entre otras⁴⁸.

Esta ley no federal se difundió en muchos Länder de toda Alemania, al grado que el 24 de enero de 1974 también el Land del Rin-Palatinado promulgó una ley análoga. De igual forma, el 27 de enero de 1977 el Parlamento de la República Federal Alemana dictaminó una ley sobre la protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales que comprendía cuarenta y siete artículos y un anexo, y luego fue seguida por otras diez leyes análogas de algunos Länder y de Berlín Oeste, así como por una ley eclesiástica sobre la protección de los datos de la iglesia evangélica y un reglamento

⁴⁷ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “*La Protección de Datos Personales en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*”. Editorial Edisofer S.L., Madrid 2002, p 28.

⁴⁸ También poseía la facultad expresa, según el artículo 10, de detectar los desajustes en la división de los poderes entre los órganos constitucionales del Estado u otros entes públicos.

(*Anordnung*) sobre la misma materia de la Iglesia católica de Alemania Federal, en conformidad con el artículo 10 de la ley federal anteriormente mencionada⁴⁹.

En todas estas legislaciones el centro de gravedad de las mismas, así como su denominador común, era la facultad de elección que tendrían las personas sobre la revelación o no de información que directamente les concierne; fue esto lo que se constituyó en el núcleo de la autodeterminación informativa, referida al conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas identificadas e identificables; es pues el reconocimiento de ciertos derechos y libertades de los ciudadanos y, con ello, las medidas técnicas, institucionales y organizativas inclinadas a evitar la manipulación, pérdida o destrucción de los datos.

4. Génesis Histórica de la protección de datos personales en España

| Como hemos logrado observar de los antecedentes de Estados Unidos, Reino Unido y Alemania, la historia de la humanidad ha conquistado grandes espacios en materia de libertad de información y de expresión y, poco a poco, se ha ido dando paso hacia la conquista de otros derechos y libertades que florecen de forma inesperada por la evolución de la sociedad; un ejemplo ostensible de ello es el derecho de protección de datos personales que emerge a la luz del perfeccionamiento científico, tecnológico y de los derechos que se ven involucrados en su marcha.

En España, como en muchos países de la región y del globo, fue el desarrollo del comercio electrónico el que *prima facie* puso en evidencia la necesidad de un incremento en la protección de los datos personales de sus ciudadanos, sin menospreciar los grandes hitos normativos y jurisprudenciales que en su momento marcaron la historia europea y española en este camino.

Las primeras referencias importantes sobre el derecho a la protección de datos personales en la península ibérica los encontramos desde los trabajos preparatorios del artículo 18.4 de la Constitución Española de 1980, hasta la actual Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de 13 de diciembre de 1999. Entremedio, algunos ingredientes adicionales muy importantes, que merecen a nuestro juicio ser comentados,

⁴⁹ **FRONSINI**, Vittorio, “*Bancos de Datos y Tutela de la Persona*”. La información citada fue extraída de una publicación electrónica de los Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. El artículo completo puede consultarse directamente en la página web http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_030_022.pdf

sazonaron lo que ahora comprende el núcleo mínimo del citado derecho, el cual se construyó pausadamente a lo largo de más de una década, e incluso hoy, se sigue transformando. Fueron principalmente esos acontecimientos los que a nuestro parecer acentuaron e imprimieron la evolución de su concepto, de los cuales a continuación intentaremos hacernos cargo.

4.1 Debates parlamentarios y actos preparatorios del artículo 18.4 de la Constitución Española.

Según publicación de 5 de enero de 1978, en el Boletín Oficial de las Cortes (BOC), el Parlamento Español propuso la redacción siguiente: 18.4 *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”*⁵⁰. Esta transcripción literal es la que podemos etiquetar de “original”, porque fue la propuesta inaugural de las Cortes Generales del Estado Español que luego, como tendremos oportunidad de distinguir, sufrió alguna que otra adición; aunque lo importante no es la transformación que soporta su texto literal sino el debate que ha llevado a que ésta se formalice.

En general, la relevancia del momento histórico fue tal que se presentaron un gran número de reformas al texto del anteproyecto de la Constitución Española; más de tres mil según se advierte de Informe de la Ponencia a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas; sin embargo, en lo que dice relación con el artículo que nos interesa, las enmiendas se redujeron sustancialmente, pero no por ello gozaron de un amplio margen de avenencias y desavenencias y de alguno que otro debate acalorado.

Aunque la valoración general de los redactores del anteproyecto era meritoria y respetable por el amplio consenso logrado, algunas de las opciones propuestas por los grupos parlamentarios estaban orientadas a suprimir el apartado 1 y 4 del artículo 18⁵¹,

⁵⁰ Uno de los antecedentes que sin duda influyó sobre el Constituyente Español en la composición de este artículo relativo a la regulación de los datos personales y la informática fue la redacción del artículo 35 de la Constitución de Portugal de 1976, el cual establecía: 1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tener conocimiento de lo que conste en forma de registros automatizados acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. No se podrá usar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos.

⁵¹ El grupo parlamentario Unión de Centro Democrático por ejemplo.

aduciendo que su contenido ya se incluía tácitamente en el artículo 20.6 ⁵², el ahora 20.4 de la Constitución Española.

Otros, por su parte, proponían la sustitución de palabras como “*informática*” por “*información*” para delimitar la amplitud de la primera. La modificación propuesta por el grupo parlamentario mixto, presidida por el sr. Gastón Sanz del Partido Socialista de Aragón, rezaba: “*La ley limitará el uso de la informática y de cualquiera otros procedimientos que pudieran dañar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos*”, teniendo como telón de fondo la limitación de las tecnologías o de cualquier otro signo o procedimiento técnico capaz de vulnerar el honor y la intimidad, adelantándose a su momento, en el sentido de que la vulneración derechos no sólo podía serlo por el uso inadecuado de la informática.

La enmienda número 117 del grupo parlamentario de la Minoría Catalana propuso la siguiente redacción: “*4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”, puntualizando con ello que la informática podía incidir no sólo en el derecho a la intimidad y el honor, sino en el pleno ejercicio de otros derechos fundamentales.

El Partido Socialista, en cambio, centró su atención en eliminar la palabra “*ciudadanos*” por tratarse de un derecho predicable de todas las personas. Otros⁵³, por razones de técnica legislativa quizá, se inclinarían por algo más elaborado y preciso. Según su porvenir cronológico, veamos los debates suscitados en torno a este precepto.

4.1.1. EL PRIMER DEBATE

El día 5 de mayo de 1978 se dio cita al primer debate parlamentario en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución redactado.

Para lo que resulta de nuestro interés, el debate del artículo 18 tuvo cabida en la sesión novena de fecha 19 de mayo de ese mismo año⁵⁴.

⁵² La propuesta fue de don Carro Martínez, del grupo parlamentario Alianza Popular.

⁵³ Como el sr Modoro Leoncio, portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, quien redactaría lo siguiente: “La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional.

⁵⁴ Ver el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 70 que recoge el debate parlamentario en http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF

El triunfo de la enmienda propuesta por el grupo parlamentario Minoría Catalana fue arrollador. Casi en general, los partidos ahí representados optaron por avalar los caracteres progresivos que reviste la evolución de la informática en un país como España pero, a la vez, optaron por asegurar expresamente los límites constitucionales de la informática mediante cláusulas de garantías o de control.

El señor Solé Turá se adhirió a la propuesta de la Minoría Catalana decidiendo, en nombre del grupo parlamentario que representaba, que se debían establecer límites de control a los controladores, en clara desconfianza de los abusos de poder que esto podía significar en beneficio del Estado y en perjuicio de los particulares. Al igual que el señor Solé Turá, muchos de los demás partidos representados se adhirieron plenamente a la redacción propuesta por la Minoría Catalana.

Una vez saneadas las enmiendas propuestas por los diferentes grupos parlamentarios representados en el Congreso de los Diputados para esta parte del artículo 18, la propuesta se aprobó por unanimidad y el debate quedó cerrado y listo para el dictamen del Senado.

4.1.2. EL DEBATE EN EL SENADO

Como un inoportuno espectador de una película cinematográfica que comparte el final de ésta con los demás asistentes antes de comenzar, habrá que adelantarnos a decir que en el Senado, la propuesta enviada por el Congreso de los Diputados sobre el artículo 18.4 no sufrió enmiendas pero sí propuestas y discusiones interesantes de las que valdría la pena reproducir en lo que a este punto interesa y extraer de ellas conclusiones de interés ulterior. La discusión de este artículo tuvo lugar el 24 de agosto de 1978.

Las enmiendas 145 y 261 presentadas por el sr. Cela y Trulock *-Asociación Social Independiente-* y Zarazaga Burillo *-Grupo Mixto y Partido Aragonés Regionalista-* respectivamente, fueron las más importantes, por no decir las únicas.

La primera estaría centrada más en un tema de forma que de fondo, esto es, en un aspecto propio del lenguaje; sin embargo, por razones desconocidas, fue retirada más adelante por la Asociación Social Independiente, al menos, las relativas a los apartados 1, 2 y 4 del artículo 18 de la Constitución Española.

La segunda retomaría un aspecto del debate ya controvertido pero superado en la fase del Congreso de los Diputados, vinculado menos a la ampliación de su literalidad y

más hacia otros posibles derechos fundamentales que podrían resultar transgredidos por virtud del uso o abuso de la informática; como se dijo, se trató de un tema de discusión parlamentaria que obedeció más al contenido del precepto que a su redacción o forma.

La redacción sugerida por ese grupo de senadores, señores Gastón y Sancho Rof, propuesta en su momento en el seno del debate parlamentario en el Congreso de los Diputados, sería retomada en el Senado y se sugiere para el precepto la siguiente redacción: *“4. Para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la ley limitará la utilización de la informática y otros procedimientos o técnicas que puedan atentar contra los citados derechos”*.

En su intervención el señor Zarazaga pidió *in voce* se incorporara la palabra *“y social”* seguida de *“familiar”*, por considerarla más amplia, lo que permitiría abarcar aspectos de futuro que en ese momento no podían predecirse o al que la legislación no le sería posible anticipar, sosteniendo que la ciencia y la técnica iban a una velocidad muy superior a la que podía alcanzar el procedimiento legislativo.

Luego de su intervención hicieron uso de la palabra los señores Antonio Pedrol Rius y Martín Rotortillo Baquer L. para expresar su apoyo del señor Zarazaga. El sr. Antonio Jiménez Blanco, representando los intereses de Unión de Centro Democrático, insistió en suprimir el apartado 4, pero finalmente la votación por las enmiendas sucumbió por 18 votos en contra, 3 a favor y 3 abstenciones para, finalmente, alcanzar una mayoría de 22 votos en contra y sólo dos abstenciones, manteniéndose así la redacción enviada por el Congreso al Senado.

Algo que quizá resulte de interés para este estudio histórico son los argumentos esgrimidos el 27 de septiembre de 1978, es la intervención que realizó el sr. Zarazaga, la que a continuación nos permitimos transcribir parcialmente:

“Señor Presidente, señoras y señores Senadores, este voto particular pretende cambiar el texto del Congreso que dice: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos », por el siguiente: «Para garantizar el honor y la intimidad personal, familiar y social de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la ley limitará la utilización de la informática y otros procedimientos o técnicas que puedan atentar contra los citados derechos». Cuando hace unas semanas defendimos en la Comisión esta enmienda, hoy convertida en voto particular, pretendimos dar a conocer nuestra opinión de que los

textos legales deben ir delante de los acontecimientos sociales y asimilar los nuevos descubrimientos de la ciencia y de la técnica. En aquella ocasión dijimos que era una lástima que una de las enmiendas retiradas por el señor Cela no hubiera subsistido para ser aprobada, ya que entre otras cosas eliminaba la frase del derecho a la propia imagen, que había quedado obsoleta aun antes de ser aprobado el texto constitucional. En el espacio de tiempo que ha transcurrido hasta este debate, se ha constituido en esta misma Cámara una Comisión de investigación de las escuchas telefónicas en el Consejo General Vasco, y además, como señalan los medios de comunicación, ha estallado un pequeño «Watergate» alrededor de unos procedimientos que evidentemente entran en el contenido de este artículo, aunque como señalábamos en nuestro voto particular, desborda el entorno personal y familiar y penetra, naturalmente, en el ambiente social. Para ser previsores, tenemos que situarnos en el futuro, porque vendrán, además de los «niños probeta» y el «niño clónico», que ya comentamos en el debate de la Comisión, otras escuchas telefónicas o vendrán otros procedimientos para poner en práctica, por ejemplo, la capacidad de transmisión de mensajes por ondas luminosas en lugar de hacerlo por ondas eléctricas o radioeléctricas, que son las que se usan actualmente, y que van a aumentar nada menos que mil veces la capacidad de los canales de comunicación. Además, vendrán otras muchas técnicas –no sólo la informática-, y resulta imprescindible prevenir y prepararnos para ellas adecuadamente y no quedarnos desplazados en la carrera, aun antes de haber salido de la meta”.

“Estas nuevas técnicas que he mencionado, son, en verdad, como llamadas de atención de que el futuro está ya aquí, mientras nosotros nos seguimos moviendo en disquisiciones decimonónicas”⁵⁵.

Como vemos en las citas reproducidas, el propósito principal de este senador y su grupo representado fue dejar establecida o, al menos advertida, la relación evolutiva de inferioridad a superioridad que existía, y persiste aún, entre la evolución de la legislación y la informática, la ciencia y las innovaciones tecnológicas, algo sin duda determinante para establecer un estatuto normativo acorde con la modernidad de los cambios en esas materias. Si bien este llamado de atención no tuvo el eco suficiente en el Senado, ya que fue rechazado por 221 votos frente a 42 a favor y 2 abstenciones, no podemos bacular en decir lo atinado de su trasfondo jurídico, válido incluso a estos días.

⁵⁵ Diario de Sesiones del Senado, número 60, 1978, p 2981 y ss. El texto íntegro en formato PDF puede consultarse en la página web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_060.PDF

Dicho lo anterior y retomando la fase legislativa que finalizaba, ninguna enmienda de las propuestas en el Senado en relación con el apartado 4 del artículo 18 del anteproyecto de Constitución Española prosperó. El texto continuó siendo el mismo sin que se incluyeran las variaciones que se intentaron incorporar a razón de enmiendas.

Finalmente, el 28 de octubre de 1978 una Comisión conjunta o mixta entre el Senado y el Congreso sobre el proyecto de Constitución, aprobó el texto que tras votarse en referéndum convocado y aprobado por los ciudadanos españoles al efecto, fue sancionado por el Rey de España el 27 de diciembre de 1978, quedando así instaurado el nuevo período constitucional español y, en especial, lo que a la postre se regularía en relación con este apartado 4 del artículo 18 en materia de protección de datos personales.

4.2 La evolución de legislación española sobre protección de datos personales

Con tanta proyección prevista en la discusión parlamentaria sobre el artículo 18.4 de la Constitución Española, cualquiera hubiera podido augurar que el desarrollo legislativo que se avizoraba sería de “pronto despacho”; nada más alejado de la realidad. Como veremos, sería hasta el año de 1992 que España contaría con una legislación capaz de desarrollar el apartado 4 del artículo 18, vinculado a la protección de los datos personales; fueron así catorce años para que el mandato encontrara eco legislativo. Sin perjuicio de lo anterior, también vale la pena hacer alusión a cierta normativa internacional de la que los tribunales españoles echaron mano para iniciar a forjar el sendero de la tutela a la protección de los datos personales.

Como ya lo adelantábamos en líneas previas, desde la aprobación de la Constitución de 1978, el panorama Español varió de forma significativa; frente a ella, una de las novedades más encubiertas pero incorporadas *expresis verbis* en la Constitución Española fue aquella relativa al derecho a la intimidad personal y familiar vinculada al uso de la informática contenida en el artículo 18.4.

Podrá advertirse del desarrollo de esta parte del trabajo que la protección de tal derecho fue garantizado, desarrollado y protegido, en un primer momento, en el marco de Convenios Internacionales suscritos por España; siguiendo esos avances muy de cerca, el propio Tribunal Constitucional lo hacía con ocasión de tramitar y fallar en un proceso de amparo constitucional, esto en ausencia de una ley interna que desarrollara tal mandato; en seguida, por la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad

Personal y Familiar y a la Propia Imagen de 1982; diez años más tarde, por una Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal para, finalmente, en 1999, perfeccionar la protección en una Ley de Protección de Datos de Carácter Personal que permanece vigente a la fecha.

Ya hemos venido insistiendo en que esta protección, aparentemente programática, nace de forma originaria por el Constituyente de 1978 y se desarrolla a partir de una serie de interpretaciones, unas comunitarias, otras parlamentarias y algunas jurisdiccionales sobre el precepto en mención.

En el período de intermedio -1978/1991-, se sancionan leyes específicas y se dictan normas dispersas pero conexas con el tema; es hasta que surge la Ley 5/1992 que se crea un importante andamiaje institucional -*Agencia de Protección de Datos (puesta en marcha en 1994), el Registro Público de ficheros informáticos, el Comisario, la Comisión, inspección, etc.*- y procedimental garante y respetuoso de lo que ahora se suele denominar libertad informática, protección de datos personales o, simplemente, autodeterminación informativa.

En apoyo y perfeccionamiento de ésta se dictan los reglamentos de desarrollo, entre ellos el Real Decreto 428/1993 de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos y el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992.

Con poco margen a equivocarnos es posible afirmar que el motor que impulsó la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal fue el mandato constitucional del artículo 18.4 de la Constitución Española y la patente inspiración del Convenio del Consejo de Europa número 108, al que más adelante nos referiremos.

El artículo primero de esa Ley Orgánica expresamente lo señala de esa forma⁵⁶, aunque también debe destacarse que, previo a esta ley, existió un vestigio primitivo denominado Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor,

⁵⁶ “Artículo 1. La presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”. El texto íntegro de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal puede consultarse en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-lo5-1992.t1.html#a1

a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁷, pero como muchas normas, los remedios previstos en ésta fueron realmente insuficientes para abarcar los avances tecnológicos que a finales de siglo se estaban presentando, aparte que el objeto de protección no era necesariamente coincidente con el concepto de datos personales que se estaba gestando en otros países de Europa.

Ocho años más tarde de su entrada en vigencia, el 14 de enero de 2000 para ser exactos, es derogada la Ley Orgánica 5/1992 y en sustitución se dicta la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, vigente a la fecha. Interesante será resaltar que el reglamento de ejecución de esta ley se regula por un Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en el que se abordan aspectos procesales con más y mayor especificidad que lo dispuesto en la ley que desarrolla.

Por lo demás, el Código Penal español de 1995 había tipificado, por vez primera, supuestos delictivos que se refieren a lesiones particularmente graves de la autodeterminación informativa o de la intimidad en los artículos 197 y siguientes.

A todo ello hay que añadir la primera *-aunque no la única-* Ley Autonómica que se ha dictado en este ámbito: me refiero a la Ley 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática, dictada por la Comunidad de Madrid, la cual ha creado y puesto en funcionamiento la Agencia de Protección de Datos de Madrid.

Siguiendo esa misma tónica de protección autonómica nace la Agencia Catalana de Protección de Datos (APDCAT), la que se crea mediante Ley 5/2002, de 19 de abril, iniciando sus actuaciones en octubre 2003, luego de lo cual lo hace el País Vasco por medio de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

4.4. La relevancia de la sentencia 254/1993 del Tribunal Constitucional y su vinculación con el Convenio de Estrasburgo.

Una pieza de cardinal importancia en la consolidación de la protección del derecho contemplado en el 18.4 CE que cerró la brecha entre mera existencia legal y el afianzamiento de la eficacia práctica en relación con este derecho, fue la sentencia dictada por Tribunal Constitucional Español identificada con referencia 254/1993. Esta marcó un

⁵⁷ El texto íntegro de la Ley Orgánica 1/1982 puede consultarse en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-1982.html

hito significativo en la protección de datos en España y de ahí la necesidad de dedicarle algunas líneas en este acápite de antecedentes, a su contenido⁵⁸.

Como premisa previa habrá que resaltar que, sin duda, el momento histórico y coyuntural en el que se interpone la demanda de amparo constitucional por el actor ante el Tribunal Constitucional Español –*coyuntura advertida en torno a la ausencia de regulación normativa interna del derecho en cuestión*–, pronosticaba que la sentencia que se dictaría, desde antes de la decisión misma, poseería un atractivo objeto de análisis en relación con desarrollo del derecho a la protección de datos personales y, en especial, con los contornos que el Tribunal delinearía al contenido esencial de éste y con las manifestaciones concretas protegibles de aquél por vía del amparo constitucional conforme con el artículo 53.2 C.E.

La sentencia aludida se desarrolló en el marco de un proceso de amparo constitucional interpuesto ante el Tribunal aludido; fue promovido mediante escrito de fecha 14 de julio de 1990 por don Francisco Javier Olaverri Zazpe, contra la denegación presunta del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministro del Interior de la petición de información sobre los datos de carácter personal que obraban en ficheros automatizados de la Administración del Estado; asimismo, se reclamó contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona y la del Tribunal Supremo –*Sala Tercera, Sección Octava*– que confirmaron la denegación administrativa presunta. Pidió el actor en su momento se declarase inconstitucional la denegación presunta de la Administración tomando como parámetro de control los artículos 18.1 y 18.4 ambos de la Constitución.

Este derecho, alegó el actor, está recogido de igual forma en el artículo 8, letras a) y b) del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal dado en Estrasburgo en 1981.

Lo interesante e importante de la sentencia en lo que al derecho de protección de datos respecta, estribó fundamentalmente en tres tópicos, a saber: uno, reconocer o desconocer la existencia de un derecho fundamental de “libertad informática” y, aplicando el principio de eficacia directa de la Constitución, hacerlo valer frente a la Administración Pública pese a considerarle un derecho fundamental de configuración legal; en segundo lugar, lograr definir la existencia de un nuevo derecho instrumental como mecanismo de

⁵⁸ El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en la página web de la Agencia de Protección de Datos siguiente: https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_constitucional/common/pdfs/x13._Sentencia_254-1993_de_20_julio_1993._def.pdf

garantía de los derechos de intimidad y vida privada y dotarlo de contenido mínimo en ausencia de ley reguladora que lo determinase; y, en tercer lugar, reconocer que los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución; es decir, determinar el alcance normativo del citado derecho con criterios interpretativos convincentes y ayudado del Convenio de Estrasburgo en materia de protección de datos personales; incluso, hay quienes sostienen que es la sentencia la que crea o funda la existencia de un derecho autónomo o nuevo, la libertad informativa, también llamada en Alemania autodeterminación informativa y por nosotros protección de datos personales.

Debe decirse y registrarse entre líneas el hecho que al dictar el Tribunal Constitucional Español la sentencia comentada, ya había entrado en vigencia la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal; pero de ahí deriva, a nuestro juicio, su especial alcance: que no fue ésta el instrumento jurídico justificante ni vinculante para dictar el fallo, al menos no directamente.

Tanto la inexistencia de desarrollo legal interno a la fecha de formalizada la petición por el afectado a la Administración, como estar en presencia de un convenio internacional suscrito por España y, por ende, válido y vigente en relación con la materia objeto de análisis por el Tribunal Constitucional, colocaron un ingrediente llamativo para comentar, con mayor vehemencia, la sentencia aludida y sus fundamentos jurídicos por quienes se dedicaron a la materia.

Dejando de lado las excepciones preliminares y los incidentes procesales propuestos por las partes intervinientes y desestimadas por el Tribunal Constitucional en su parte inicial, la resolución permite comentar varios aspectos jurídico-jurisprudenciales de talante general que resultan interesantes para cualquier lector y que pueden y merecerán también cierta atención; particularmente captan nuestra curiosidad las razones o el por qué del reconocimiento expreso, pero reservado a un segundo plano en este acápite, que realiza el Tribunal Constitucional Español del “derecho a la protección de datos” o la “libertad informática” en la sentencia objeto de este análisis.

Como punto de partida del ítem a desarrollar, creemos necesario recurrir al tenor literal del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto

al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo y abierto a firma de cada Estado el 28 de enero de 1981.

Lo haremos para ilustrar al lector a partir de dónde se construye el fundamento jurídico propuesto, para luego citar aquellos fundamentos atinentes expresados por el Tribunal Constitucional Español, en adelante TC, en su sentencia 254/1993, y así centrarnos en la conexión que el TC hace de los artículos 18.1 y el 18.4 de la Constitución Española y el caso controvertido, sin faltar por ello la presencia de sus múltiples singularidades, las que al mismo tiempo irán apareciendo por sí mismas.

Dos cosas importantes que destacar: El Convenio de Estrasburgo determina en su artículo 1 lo siguiente: *“El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona”*.

Por su parte, el artículo 8 letras a) y b) distingue: *“Cualquier persona deberá poder: a) conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad contralora del fichero; b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no del fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible”*.

El Convenio 108 adoptado por la Comunidad Europea en 1981 es el primer instrumento internacional que procura reglar el fenómeno del tratamiento automatizado de datos correspondientes a personas naturales desde una perspectiva que trasciende a la legislación interna y cuyo contenido informaría a diversas legislaciones europeas originadas durante la década de los ochenta, con miras a disponer de una normativa comunitaria para hacer frente a una previsible proliferación de leyes nacionales que en su día hicieran difícil su armonización.

Los datos históricos nos revelan que el 26 de septiembre de 1973, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una resolución, la número 22, cuyo contenido versaba sobre la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos electrónicos de datos en el sector privado; al cabo de un año adoptó otra resolución de similar inspiración y contenido orientada a los bancos de datos del sector público; pero por

su naturaleza de simples recomendaciones, sin carácter vinculante para los Estados miembros, no prestó los efectos deseados.

Debido a la falta de eficacia de estas recomendaciones, el Consejo de Europa propuso y aprobó el 22 de septiembre de 1980 un instrumento jurídico al que denominó “Convenio sobre la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal”, conocido como “Convenio de Estrasburgo”, por haberse aprobado en esa ciudad Gala.

El ámbito de aplicación del Convenio era comprensivo del procesamiento de datos desde su almacenamiento hasta borrado inclusive verificado en el sector público y privado, con tal que él se refiriese a personas naturales y fuese realizado por medios informáticos; sin embargo, el Convenio admitía que los Estados miembros facultativamente extendiesen sus disposiciones a agrupaciones de personas con o sin personalidad jurídica, así como a los datos personales que fueren objeto de tratamiento no automatizado.

Se ocupó también del flujo internacional de datos de carácter personal, abogando por disponer de una “protección equivalente” en la legislación aplicable a quienes participaban de la transmisión, a efectos de evitar que ellas dieran lugar a soslayar la aplicación de la normativa de los Estados partes.

Especial atención presta el Convenio 108 al auxilio mutuo que impone a los Estados partes, para cuyos efectos supone la existencia de una o varias autoridades en el derecho interno de cada uno de ellos, las que encausan la cooperación institucional entre las partes, así como la asistencia a los interesados residentes en el extranjero en el ejercicio de sus derechos.

Los Estados Parte del Convenio se obligaban a adoptar en su derecho interno las medidas necesarias para dar efecto a los principios fundamentales de protección de datos a que adscribía el instrumento. Como se puede colegir, el Convenio operó como mínimos de regulación, por lo que no se constituía como derecho uniforme en la materia, ya que los Estados podían soberanamente dictar un derecho interno distinto desarrollado según su mayor o menor grado de generosidad con las normas del Convenio.

Sin relegar lo anterior a un segundo plano, observamos que en la sentencia en cuestión el actor invoca como parámetro de control, legitimador del proceso de amparo incoado, el artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución; ello para efectuar la conexión de la

posible vulneración sufrida con un derecho de rango constitucional, disposiciones que a su tenor literal prescriben: *“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

Lo primero que llama poderosamente la atención al Tribunal es lograr determinar y resolver el alcance normativo del Convenio de Estrasburgo en esta materia, teniendo en cuenta la ausencia de desarrollo y regulación legislativa en España y las particularidades del caso concreto planteado, tanto en su forma como en el fondo.

Una primera afirmación del Tribunal Constitucional nos indica que el Convenio de Estrasburgo puede desplegar algunos efectos sobre los derechos fundamentales, es decir, sobre aquéllos derechos ya reconocidos expresamente por la Constitución Española, pero siempre acorde a lo expresado por el Constituyente en el artículo 10.2 CE. Este último determina: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.*

Como bien lo señala el TC en su resolución *“(...) es lo cierto que los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución”*, aludiendo al considerando jurídico 6.

Transformando la cita previa y utilizando para ello un criterio a contrario podríamos concluir afirmando que, de momento, la “creación” de derechos fundamentales vía un tratado internacional válido para España “es harina de otro costal”; con esa expresión queremos hacer referencia a la imposibilidad de que por medio de un tratado internacional válidamente ratificado por España se admita la incorporación de derechos fundamentales a la carta política, algo que inclusive ha rechazado expresamente el propio TC.

Pareciera ser, y así puede ser interpretado a partir de la cita transcrita, que el Convenio de Estrasburgo no crea nuevos derechos, sino únicamente la derivación de uno ya preexistente pero inactivo en el artículo 18.4, cuyo contenido mínimo se llenará de sentido y alcance con lo expresado en el artículo 8 del Convenio de Estrasburgo a falta de norma interna que lo haga.

Superada la dificultad sobre el alcance y efectos de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico Español, el TC considera oportuno hacer citar el concepto de *“eficacia inmediata y directa”* de los derechos constitucionales reconocidos, cuestión que a mi juicio goza de un pacífico consenso según la doctrina y la jurisprudencia (principio general de aplicabilidad inmediata STC 15/1982, fundamento jurídico 8).

Puede predicarse entonces que tal característica se emplea para fundamentar correctamente la sentencia, al expresar el TC lo siguiente: *“Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos”*.

En ese marco, no podemos desconocer que existe un mandato expreso del Constituyente al legislador para que dote de contenido y alcance a los derechos incluidos en el artículo 18.4, lo que a la fecha de interposición del proceso de amparo que origina esta sentencia, había sido simplemente incumplido.

Tal incumplimiento no perjudicó la posibilidad para que el TC pudiera salvaguardar los derechos fundamentales del actor, porque tanto derechos como libertades reconocidas en la Constitución no son principios programáticos dejados al arbitrio y a merced del legislador, precisamente, por esta característica de eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales.

Dilucidada y anotada la anterior premisa, el Tribunal se enfrenta a un nuevo problema con una interrogante igual de trascendente que la anterior: ¿Es necesaria una ley en sentido formal para dotar de contenido y alcance de un derecho fundamental *-reserva de configuración legal?* O ¿es posible que un Convenio Internacional como el de Estrasburgo de 22 de septiembre de 1980 pueda sustituir al legislador ordinario en este punto, teniendo en consideración el mandato expreso del Constituyente, facultando a la ley para hacerlo? Si es afirmativa la respuesta, cabría preguntarse entonces, ¿Qué contenido y cuál es el límite del contenido y alcance del derecho que desarrolla dicho Convenio? ¿Surte efecto directo el Convenio o sólo lo hace por vía interpretativa?

Anticipando la respuesta concluiríamos sosteniendo que el TC resuelve el dilema apelando al denominado “contenido mínimo, provisional” del derecho a la protección de los datos personales, aún en ausencia de reconocimiento expreso y desarrollo legislativo, derivando su justificación, como última *ratio*, del Convenio de Estrasburgo, al manifestar: *“La realidad de los problemas a los que se enfrentó la elaboración y la ratificación de dicho tratado internacional, así como la experiencia de los países del Consejo de Europa que ha sido condensada en su articulado, llevan a la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades”*.

Ya dijimos que el Convenio de Estrasburgo es un instrumento internacional ratificado por el Estado Español y, por tanto, válido y vigente en España, con rango ley desde el 1 de octubre de 1985.

En él se incorporan dos apartados que coinciden sustancialmente con lo solicitado por el actor a las autoridades demandadas: a) conocer la existencia de un fichero de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad contralora del fichero; y b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no del fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible.

El TC en la sentencia dictada separa los planos de constitucionalidad y legalidad ubicando al tratado internacional en el segundo supuesto. En esta línea consideramos que, de los argumentos preliminares proporcionados por el TC en su resolución, no parece clara la advertencia que el Convenio de Estrasburgo, en particular el artículo 8, satisfaga la exigencia de remisión al legislador del artículo 18.4 C.E.; y es que, a nuestra opinión, no podría ser de forma distinta por cuanto en España, los tratados internacionales funcionan como “instrumentos de interpretación” y no se integran a la C.E. sino quizá para concretar el contenido o determinar un cierto sentido de los derechos fundamentales.

Enormemente ilustrativa sobre este punto resulta citar parte del fundamento jurídico de la sentencia 36/1991, en la que el TC expone sin ambages la función de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico Español: *“Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a*

establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso"; el subrayado es nuestro.

Definido lo anterior y retomando el rumbo trazado en los considerandos de la sentencia 254/1993, el TC orienta su fundamento en verificar la existencia o no de una lesión o afectación ilegítima al derecho a la intimidad del 18.1 y 18.4 y se abstiene de cotejar si ha existido lesión, afectación o incumplimiento del artículo 8 del Convenio de Estrasburgo, pues tal aspecto no incumbe a la jurisdicción constitucional por no ser materia de amparo, sino a la legalidad ordinaria.

La transcripción anterior ya arroja algunas líneas aclaratorias sobre este aspecto. El derecho fundamental de intimidad del artículo 18.1 C.E., vinculado con la garantía constitucional prescrita por el artículo 18.4, funciona en este contexto como criterio decisivo de constitucionalidad de la decisión en general y, en particular, del actuar de la Administración en este caso concreto.

Por el contrario, el Convenio de Estrasburgo sirve al TC sólo como un indicio o como una señal más para verificar e interpretar el alcance del contenido mínimo, temporal, de este nuevo derecho en relación con la garantía específica prescrita: la limitación en el uso de la informática del artículo 18.4 C.E.

En correspondencia con lo anterior podríamos rematar la idea diciendo que esta defensa especial precisada expresamente por el Constituyente proporciona los pinceles

adecuados al artista *-al TC-* para dibujar, con criterio abierto, los perfiles mínimos de su contenido a la luz de la garantía del 18.4 C.E.

La médula del asunto estribaría entonces en aceptar o descartar si los tratados internacionales en general, o si el Convenio de Estrasburgo en particular, pueden sustituir al legislador ordinario en este punto, teniendo en consideración el mandato expreso del Constituyente en el artículo 18.4 de la C.E.

Para contestar esta interrogante tenemos que reconocer la inexistencia de regulación normativa interna del mandato expreso del Constituyente derivado del artículo 18.4 de la C.E., al menos en ese momento histórico concreto; su ausencia, creemos, desencadenó que el contenido esencial o mínimo del derecho a la intimidad, vinculado claro está a la garantía en el uso de la informática del citado artículo, tuviera que delimitarse de algún modo.

Dos alternativas se avizoraban: una primera, que el TC debía hacer una labor de arquitectura jurídica creativa importante, artificiosa si se quiere, para delimitar esos contenidos mínimos valiéndose de métodos interpretativos, de la doctrina y del derecho y jurisprudencia comparada para hacerlo, con la dificultad manifiesta de carecer de razones sólidas que legitimaran su decisión; y la segunda, utilizar como soporte principal de su decisión y argumentación un instrumento internacional válidamente celebrado y publicado oficialmente por España que desarrollaba, aunque de forma mínima, la garantía del 18.4 de la C.E. en cuanto al uso de la informática o datos de carácter personal, para dotar de contenido mínimo temporal a una de las manifestaciones protegidas especialmente por el Constituyente del derecho a la intimidad como la mencionada supra.

No habría que olvidar tampoco otra peculiaridad de gran fuste: la existencia, al momento de proveer la decisión, de una Ley Orgánica 5/1992 que prácticamente prescribía una regulación y un desarrollo pormenorizado del derecho a la protección de datos personales, aunque inaplicable al caso concreto por el principio de irretroactividad, no por ello desconocida y marginada al extremo por el TC. Por otra, una jurisprudencia pacífica en cuanto al valor de tratados internacionales en el sistema jurídico interno: alcance meramente interpretativo. Y finalmente, una jurisprudencia uniforme y respetada en cuanto a la eficacia directa de los derechos constitucionales aun ante ausencia legislativa y de la posibilidad interpretativa del TC para identificar el contenido esencial

de los derechos, indisponibles incluso por el legislador ordinario, pero utilizables por el intérprete supremo y último de la Constitución.

Con esos insumos jurisprudenciales y legales, no existía duda razonable más que admitir que la balanza valorativa del TC se inclinaría por la opción segunda, teniendo en cuenta que su decisión adoptaría legitimidad mayoritaria si se valoraran -como se hizo-, directa o indirectamente, expresa o tácitamente, todos los aspectos reseñados antes; y qué mejor manera de legitimar su decisión que apoyándose en una norma válida de derecho interno, el Convenio, que determinaba un contenido previamente acordado por los Estados firmantes y que, casualmente, su contenido era compartido incluso por la Ley de Datos vigente a la época de dictada la sentencia, la LORTAD.

Los tratados internacionales válidamente celebrados por España, insistimos, son criterios interpretativos, insumos utilizables a la hora de concretar el contenido de un derecho fundamental. Dice el TC: *“Un primer elemento, el más «elemental», de ese contenido, es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: El uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues, como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”*. El subrayado es nuestro.

Siendo así, acertadamente a nuestro juicio, el TC dota de contenido mínimo a la libertad informática, le imprime autonomía propia y le otorga una protección reforzada a una de sus manifestaciones concretas de la intimidad, la cual se encuentra puntualizada en el artículo 18.4 de la C.E.

Al hacerlo, el TC afirma que el contenido mínimo del derecho que en esta sentencia reconoce vinculado al uso de la informática previsto en el citado artículo, requiere: *“(…) que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades”*, es decir, el control sobre los datos relativos a las personas.

Salvo un voto particular que formula el Presidente del Tribunal, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, la sentencia se resuelve de manera favorable a los intereses del peticionario del amparo, anulando las decisiones atacadas y reconociendo la vulneración al contenido esencial del derecho a la intimidad informática al despojarlo de su necesaria protección, obligando así a las autoridades administrativas demandadas le comuniquen al actor, sin demora, la existencia o no de ficheros automatizados con datos de carácter personal que dependan de la Administración Civil del Estado, sus finalidades y la identidad y domicilio de la autoridad responsable del fichero; además, comunicarle en forma inteligible aquellos datos personales que le conciernen de los ficheros sobre los cuales la autoridad tuviera las necesarias facultades, dejando a salvo la posibilidad que la información fuese denegada, siempre que dicha negativa se encuentre justificada en legal forma.

A nuestro parecer, lo importante de la sentencia en procura de la protección de datos en España es que el TC afirma que el ejercicio del derecho a la intimidad en el marco de la protección de datos a la que hace referencia en artículo 18.4 de la C.E. requiere, según el texto literal de ésta, de la *interpositio legislatoris*, pero ello no obsta para que la garantía al citado derecho-libertad pueda ampliarse en cuanto al contenido esencial, ya sea por mandato del legislador o por interpretación del máximo intérprete de la Constitución a través de la redefinición de los contornos del contenido esencial del derecho a la intimidad, ampliándolos hasta el grado de darle cabida a la protección de datos conforme el 18.4., por la vía de la referencia instrumental de lo contemplado en el Convenio de Estrasburgo de 28 de enero de 1991. El TC no utiliza este Convenio para fundamentar su decisión, pero si se ayuda de él para precisar el contenido esencial del derecho fundamental como indicio racional de la existencia de una efectiva infracción constitucional a falta de norma interna que lo regule; de ahí su importancia histórica en la órbita de la protección de datos personales en España.

4.5. El artículo 18.4 y la LORTAD

Es unánime la afirmación, a la que nosotros nos adherimos, que indica que fue hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, conocida como LORTAD, que finalmente se da cumplimiento en España al mandato constitucional del artículo 18.4

de la Constitución y a las obligaciones internacionales contraídas por España tras la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa al que aludimos en los párrafos precedentes de forma individual.

El motivo principal *-aunque no el único como repararemos-* que sin duda impulsó la promulgación de la LORTAD, fue el mandato constitucional del artículo 18.4 de la Constitución Española⁵⁹, eso sí, catorce años después de ordenada.

Se sostiene también que reforzó a que el Gobierno de turno pusiera voluntad política para sacar el proyecto de ley existente en el parlamento el sonado escándalo de enero de 1992, que trascendió a la opinión pública tras el descubrimiento por la policía de una red que traficaba con datos personales procedentes *-presuntamente-* de ficheros automatizados de titularidad pública. Creemos que, junto a ésta particularidad, se fueron fraguando una progresión variada de acontecimientos importantes que finalmente se torcieron en favor de armonizar voluntades y dictar, de una vez por todas, la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

Sin que ello deje de ser cierto, se debe reconocer que el empujón definitivo al Gobierno para la presentación de esta normativa en las Cortes Generales vino dado, fundamentalmente⁶⁰, por tres documentos de importantísima trascendencia en el ciclo de la protección de datos en España.

En primer lugar, el Convenio de Europa de 28 de enero de 1981, para la Protección de Personas con relación al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, ratificado por España el 27 de enero de 1984.

En segundo lugar, el acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles entre las fronteras comunes, que contempla el funcionamiento del llamado Sistema de Información Schengen, complejo y eficaz sistema

⁵⁹ El artículo 18 prescribe: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

⁶⁰ Decimos “fundamentalmente” debido a que para González Murrúa, también influyó el escándalo acontecido en España en enero de 1992, el cual trascendió a la opinión pública tras el descubrimiento de la policía de una red que traficaba con datos procedentes *-presuntamente-* de ficheros automatizados de titularidad pública. Véase el artículo de **González Urrúa**, Ana Rosa “*El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*”, Universidad del País Vasco, Working Paper número 96, Barcelona, 1994, pp. 3

de tratamiento de datos personales de que se sirve Europa especialmente para fines policiales y de seguridad, que supone que todos los Estados partícipes se comprometen a intercambiar información con las diferentes policías siempre que éstas cuenten con una normativa interna que brinde un nivel de protección adecuado cuando menos igual al previsto en el Convenio 108.

Finalmente, la Propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 24 de septiembre de 1990, relativa a la protección de las personas en lo relativo al tratamiento de datos personales (propuesta SYN 287), modificada el 15 de octubre de 1992⁶¹.

Esta Directiva constituye a la fecha el texto de referencia, a escala europea, en materia de protección de datos personales. Crea un marco regulador comunitario destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea (UE). Con ese objeto, la Directiva fijó desde su entrada en vigencia límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicitó la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de la protección de los mencionados datos.

El objetivo fundamental de esta Directiva era así lograr en la UE la libre circulación de datos personales susceptibles de tratamiento informático o que han sido tratados informáticamente, lo que debería impulsar y favorecer el comercio intracomunitario. Previo a su redacción, el problema que se observaba era que las fronteras a la libre circulación de datos personales podían constituir un obstáculo para el ejercicio de una serie de actividades económicas a escala comunitaria, falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan los cometidos que les incumben en virtud del Derecho comunitario, tal como lo dice el considerando 7 la Directiva.

Por su lado, también se expresaba en ella que los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional (considerando 56 de la Directiva), aspecto que compartimos plenamente.

Sin embargo, para alcanzar la creación de este espacio de “libre de circulación de datos personales”, se creyó preciso satisfacer una condición indispensable sin la cual no es

⁶¹ Hoy Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 24 de octubre de 1995.

posible el anterior objetivo: armonizar el nivel de protección que ofrecen las distintas legislaciones de los Estados miembros en lo relativo a la protección del derecho de la intimidad frente al uso de la informática. Esta armonización normativa se realiza a forma de un nivel único, esto es, asegurando un alto nivel de protección dentro de toda la Unión Europea; así lo expresaba el considerando 10 de la Directiva: *“La aproximación de dichas legislaciones no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección de la Comunidad”*, en sintonía con el art.8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950.

La incorporación de la Directiva 95/46/CEE al ordenamiento jurídico español comporta un cambio radical en la regulación de los supuestos internacionales de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, al grado de que la adecuación de la normativa interna se vería comprometida sustancialmente y se dictaría a la postre una legislación totalmente nueva acorde con los principios informadores de esta Directiva; la LOPD.

La necesidad de una ley que controlara la circulación de los datos en el ámbito jurídico español *-como debería serlo en todos los países que poseen ficheros informatizados de datos-* era evidente desde hacía tiempo no sólo por los compromisos internacionales que España había suscrito sino, más concretamente, por la creciente y vertiginosa informatización de amplias esferas de la vida social y los notorios y cada vez más numerosos episodios en los que particulares han hecho *-y hacen a la fecha en muchos países-* de la venta de datos personales informatizados, una fuente de beneficios económicos carente de todo control por los afectados, amén de que tanto archivos públicos como privados no poseen la seguridad precisa para garantizar su reserva.

Hay que tener presente que los datos no son ya simplemente informaciones que se solicitan para prestar servicios a la Administración o a las empresas, sino que se les considera elementos susceptibles de tráfico económico, mercancías a las cuales se les asigna un valor económico y se fomenta su intercambio.

La propuesta de Directiva Europea a la que hemos hecho referencia fue el resultado de la conjunción de algunos textos europeos, fundamentalmente la alemana y francesa⁶².

Sobre la base de esa influencia, cabe destacar la diferenciación jurídica planteada en la propuesta en relación con el sector público y el privado al puro estilo germano. De igual forma ocurre en lo referente al tratamiento de los datos, en tanto que, al igual que la normativa alemana, todo tratamiento de datos es lícito, haciendo girar las condiciones y presupuestos de validez en el consentimiento del afectado⁶³ dándose equivocadamente a entender que la sola prestación del consentimiento ya significaba licitud y legitimidad, cuando en otras latitudes el tratamiento de datos es ilícito por antonomasia, siendo lícito sólo que la ley así lo prevea y permita.

En lo que se refiere a la influencia francesa, debemos reconocer que el artículo 14.2 de la Propuesta de Directiva resulta ser una transposición de la Ley Francesa; ésta se inclina en reconocer el derecho del interesado a no tener que someterse a ninguna decisión administrativa o privada que implique una apreciación de su comportamiento fundada únicamente en un tratamiento automatizado de datos personales que de una definición de su perfil o de su personalidad. Igual referencia a la legislación Francesa se da cuando el artículo 7 y 11 de la Propuesta de Directiva obliga a notificar a la autoridad de control la creación de un fichero en el sector público y, algunas veces, cuando se trate de ficheros del sector privado, aunque debemos reconocer que la Ley Francesa obligaba a notificar a dicha autoridad en todos los supuestos.

Con todo, esta Propuesta no prosperó debido a las críticas sufridas, fundamentalmente por la diferenciación de tratamiento de ficheros públicos y privados y por la notificación obligatoria de la creación de ficheros en los sectores públicos y privados, pero sí sirvió como una base inicial para aproximar posturas de los diferentes Estados en la materia que se pretendía regular, de ahí su peso e influencia en la primera -*aunque no la última*- legislación Española de protección de datos personales.

⁶² **HEREDERO HIGUERAS**, Manuel, *“La Directiva Comunitaria de protección de datos de carácter personal”*, pp. 31 y ss. Para una explicación más en profundidad sobre las aportaciones de Alemania y Francia en la directiva véase **HERRÁN ORTÍZ**, Ana Isabel, *“El Derechos a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales”*, Dykinson, 2010, pp 120 y ss.

⁶³ Se colige de los artículos 5 y 8 de la Propuesta De directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea.

5. Corolario histórico de legislación comparada en materia de protección de datos.

Luego de haber conocido los principales precedentes históricos vistos desde la perspectiva del derecho comparado veamos ahora, a modo de conclusión, un trazado cronológico sobre el surgimiento de las principales legislaciones sobre la protección de la intimidad en la protección de datos personales.

Siguiendo el orden sistemático evolutivo y cronológico expuesto por Fronsini⁶⁴, es preciso decir que la primera ley realmente orgánica y completa sobre la protección de la privacidad y sobre el control de los bancos de datos, públicos y privados, fue emanada por el Parlamento sueco el 11 de mayo de 1973, reformada en 1979 con algunas variaciones de texto; contenía veinticinco artículos y varias disposiciones transitorias. Se resalta una razón histórica por la que esta ley apareció por primera vez en Suecia y era que desde 1766 regía en ese país europeo una ley sobre la libertad de prensa, que incluía el así llamado “principio de la publicidad”, esto es, el libre acceso del ciudadano a todos los documentos oficiales no restringidos.

Este precedente legislativo constituía de cualquier modo una importante premisa de carácter jurídico y político para una actualización del problema de las relaciones entre el ciudadano y la administración pública, que tuviese en cuenta adecuadamente el progreso tecnológico que se efectuó en la organización social.

Para Téllez Aguilera⁶⁵, sin embargo, la primera ley de protección de datos que como tal aparece en Europa fue la formulada en el Land de Hesse el 7 de octubre de 1970, de muy corto articulado (17), cuyo objeto de protección eran los datos informáticos o aquellos susceptibles de serlo por parte de la administración pública del Estado; es de destacar en este período el nacimiento de la figura del Comisario Parlamentario de Protección de Datos como autoridad estatal designada para ejercer el control.

Según el mismo autor, la Ley de Hesse fue seguida en importancia por la Ley 289 de Protección de Datos Sueca de 11 de mayo de 1973, que entró en vigencia el 1 de julio del mismo año; ésta prohibía crear registros sobre antecedentes judiciales y sobre los denominados “datos sensibles”, cuyos ficheros podían ser creados únicamente por la administración pública, salvo casos expresamente autorizados.

⁶⁴ Idem. pp. 29 y ss.

⁶⁵ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *“La Protección de Datos Personales en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores”*. Editorial Edisofer S.L., Madrid 2002, p 28.

Para la “Data Lag” Sueca no existe diferencia entre ficheros de titularidad pública o privada y es en ella que por primera vez se recogen principios esenciales del derecho, mismos que perduran hasta ahora como el de finalidad y adecuación al fin, de secreto profesional, de duración limitada en la conservación de los datos, de exactitud y de actualización, así como los derechos básicos tales como información, acceso, rectificación y cancelación. La vulneración comprobada a tales derechos no solo acarrea para los infractores sanciones de naturaleza civil sino también penal en determinados supuestos previamente definidos.

Como fuere, el problema de la distinción-conexión entre el sector público y el sector privado es uno de los puntos cruciales de la legislación sobre la libertad informática y los bancos de datos. Sobre ello, el *Fair Credit Reporting Act 1970* de los Estados Unidos concentraba la atención sobre el primer sector; la *Datenschutzgesetz* de Hesse del mismo año sobre el segundo.

El 26 de septiembre de 1973, el Comité de los Ministros del Consejo de Europa adoptó la resolución número 22 sobre la “protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos electrónicos de datos en el sector privado”, y sólo un año después, el 20 de septiembre de 1974, adoptó la resolución número 29 concerniente, esta vez, a establecer pautas ordenadoras de los bancos de datos del sector público y, aunque recomendativas, de gran aporte e influencia para el resto de Europa.

Estas resoluciones son, para gran parte de la doctrina, el germen del movimiento legislativo que se perfila en Europa en materia de protección de datos personales, claro está, con las modificaciones y transformaciones propias de la evolución tecnológica y con la adecuación que la práctica proporcionaría a las legislaciones internas venideras.

Davara Rodríguez cita los principios que sintetiza en los siguientes:

-“La información debe de ser exacta, mantenida al día, apropiada al fin para el que fue almacenada y obtenida por medios legales.

- Todo ciudadano tiene derecho a conocer la información almacenada sobre sí mismo.

- Las personas que deben operar sobre las bases de datos tienen que estar bajo normas severas de conducta para el mantenimiento del secreto y para poder prevenir el mal uso de los datos.

- La seguridad debe ser extremada al máximo para impedir el acceso a las bases de datos a personas no autorizadas o para evitar el desvío de la información, mal intencionadamente o no, hacia sitios no previstos.

- Si la información va a ser utilizada con fines estadísticos se revelará de tal forma que sea totalmente imposible relacionarla con ninguna persona en particular”⁶⁶.

Como queda dicho, 1974 fue un año importante en la historia de la legislación en materia informática y protección de datos y privacidad con la aprobación del Senado y del Congreso de los Estados Unidos, el 31 de diciembre, del *Privacy Act* de ese mismo año; importante sobre todo porque los Estados Unidos eran ya el mayor productor de ordenadores y su red de servicios relativa a estos era la más grande del mundo.

Incluso esta ley, como la de Suecia, tuvieron una premisa significativa en el *Freedom of Information Act* de 1967, que reglamentaba el derecho al acceso del ciudadano a las actas oficiales. No deberemos pasar por alto que en ese mismo año fue aprobada la *Family Educational Rights and Privacy Act* estadounidense, de gran relevancia y contribución a la causa.

Con ese impulso de actualización continua, en 1975 el Congreso de los Estados Unidos nombraba una *Privacy Protection Study Commission*, presidida por David. F. Linowes, que emprendió de su propia iniciativa un examen crítico de la ley de 1974, y presentó el 12 de julio de 1977 su propio *Report*. Tomadas en cuenta las observaciones hechas en ese *Report*, siguieron, por tanto, nuevas leyes en el campo de la legislación federal; el *Right to Financial Privacy Act* del 10 de noviembre de 1978 (Public Law 95-630) y el *Privacy Protection Act* del 13 de octubre de 1980 (Public Law 96-440). En los años setenta, cada Estado establecía mientras tanto una legislación, amplia y diversificada, sobre la materia (por no hablar de la rica jurisprudencia de las Cortes de Justicia), y de ésta nos limitaremos a recordar aquí el Senate Bill, número 170, aprobado el 8 de septiembre de 1977 por el gobernador de California, R. Reagan, denominada la *Information Protection Act* de 1977.

En los años setenta, ya era tiempo para un reconocimiento jurídico de la nueva forma del derecho a la discreción sobre los datos, que de manera sintética llamamos “libertad informática o protección de datos personales”, al nivel más alto de la conciencia política y jurídica europea.

Se adelanta en este contexto la nueva Constitución portuguesa de 1977, la que en el artículo 35 enuncia el principio que cada ciudadano tiene el derecho de conocer sus datos

⁶⁶ **DAVARA RODRÍGUEZ**, Miguel Ángel, “*La Protección de Datos en Europa*”, Madrid 1998, p 30.

personales recopilados en los bancos de datos y su utilización y de pretender su corrección y su actualización.

El artículo 18 de la Constitución española de 1978, por su parte, prescribe que una ley especial limitará la utilización de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el completo ejercicio de sus derechos, pero como quedó especificado, no será hasta el año de 1992 que se regularía formalmente su protección.

En la segunda mitad de los años setenta se suceden en los varios Parlamentos de las naciones europeas las presentaciones de proyectos orgánicos de ley, y se realizan con su aprobación las nuevas formas de garantía jurídica. A estas iniciativas legislativas pueden agregarse también la de dos países pertenecientes a la Commonwealth británica: Nueva Zelanda, que en 1976 aprobó el *Wanganui Computer Centre Act*, y Canadá, donde el 2 de junio de 1977 entró en vigor el *Human Rights Act*.

En 1978 se sucedieron en Europa las leyes siguientes: el 6 de enero, en Francia, la ley relativa a la informática, a los archivos y a la libertad; el 8 de junio, en Dinamarca, la ley sobre los registros privados, seguida por la de los registros públicos; el 9 de junio, en Noruega, la ley sobre los registros de datos personales, vigente desde el 1 de enero de 1980; el 18 de octubre, en Austria, la ley sobre la protección de los datos personales, precedida y preparada por un proyecto de ley gubernativo presentado en el Parlamento en diciembre de 1975; el 31 de marzo de 1979, el Gran Ducado de Luxemburgo también emanó la ley para reglamentar la utilización de los datos nominativos en los procesamientos informáticos; para que en 1976, en Bélgica y en Holanda se prepararon proyectos orgánicos que, después de varias modificaciones ya han sido convertidos en leyes formales.

II PARTE

EL SIGNIFICADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. El perfeccionamiento evolutivo del catálogo de derechos fundamentales

El reconocimiento de los derechos fundamentales en las distintas etapas de nuestra historia no siempre ha sido igual. La evolución del ser humano y de sus relaciones sociales han dispuesto pautas temporales diferenciadas y adaptables conforme el devenir del tiempo y las necesidades vigentes de la época para dar soluciones a esas nuevas formas de trasgresión de derechos.

No faltan autores que definan a los derechos humanos como aquellos que pertenecen al hombre y a la mujer por el sólo hecho de ser personas, en base a la supuesta evidencia de una naturaleza común de toda persona humana. Se coincide en afirmar que son bienes que garantizan el disfrute de cada persona de sus propias facultades físicas, morales e intelectuales, sin las que el ser humano se vería desprovisto de sus principales garantías para asegurarse el pleno desarrollo de su personalidad.

En la obra de Sófocles, *Antígona*, una de las pocas obras completas de su producción que se conservan en la actualidad, existe un interesante precedente al concepto de los derechos humanos, y acontece cuando ésta le responde al Rey Creonte, nuevo rey de Tebas, haber dado sepultura al cadáver de su hermano Polinices, haciéndolo “de acuerdo a leyes no escritas e inmutables de los Dioses”⁶⁷; todo ello pese la prohibición expresa del rey.

Antígona y su afirmación de la primacía de la ley no escrita sobre el derecho positivo, nos invitan a reflexionar sobre el fundamento de los derechos. Creo que con este pensamiento en la obra de Sófocles se estaba aludiendo a la existencia de derechos no establecidos por el hombre, por mortales, pero que igualmente le corresponden por su propia naturaleza, porque le son inherentes a su condición de ser humano, porque viene ínsito en la misma naturaleza del hombre.

⁶⁷ La cita realizada puede consultarse en el artículo “*La distinción jurídica cardinal en Antígona de Sófocles*”, en la página web <http://vagabundeoresplandeciente.wordpress.com/2008/04/10/antigona-de-sofocles-y-la-distincion-juridica-cardinal/>

En lo que a mí respecta y a reserva de abordar el tema con mayor amplitud, considero que con las expresiones derechos humanos o derechos de la personalidad se suele hacer referencia a un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir, al fin de cuentas, manifestaciones de la dignidad de las personas y de su propia esfera individual.

Se ha dicho en contrario que los derechos de la personalidad “*constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista jurídica del último siglo*”⁶⁸. Todos estos derechos y su delimitación doctrinal han ido evolucionando, transformándose y fortaleciéndose a lo largo de los siglos, desde la Carta Magna Inglesa de 1225, pasando por la Revolución Francesa de 1789, continuando por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta las Constituciones internas de los Estados democráticos, en donde han constituido un verdadero presupuesto de la propia organización política constitucionalmente establecida por éstas.

En su estado de positivación, los derechos fundamentales incluidos en dichos textos a través de los denominados “*catálogos de derechos*”, se han caracterizado a lo largo de la historia por su amplitud y apertura a nuevas formas, siempre con tendencias hacia el incremento y enriquecimiento de su contenido. Plantear aquí si los derechos fundamentales son exclusivamente los enumerados en una declaración de derechos, verbigracia Constituciones o Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es decir que estamos en presencia de un catálogo cerrado de derechos únicamente ampliable mediante el procedimiento legislativo constitucionalmente adecuado y por la autoridad competente según sea permitido; de ser así, supondría que la evolución cuántica de los derechos sería microscópica o imposible.

Sin embargo y pese a que algunas Constituciones como la de Austria poseen un catálogo cerrado de derechos, inoperantes a nuestro criterio para resolver nuevos desafíos, la gran mayoría de ordenamientos constitucionales y declaraciones de derechos propugna por un catálogo permeable en cuanto a los derechos fundamentales que posibilite el reconocimiento progresivo de otros por diversas vías constitucionalmente aceptadas.

⁶⁸ CASTRO Y BRAVO, Federico de, “Los llamados derechos de la personalidad”, ADC, Tomo XXI, fas IV, 1959, pp 1239.

La historia constitucional Española de hace más de un siglo ofrece un claro ejemplo de un catálogo abierto de derechos en la Constitución de 1 de junio de 1869, que disponía: *“La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no considerado expresamente”*. El artículo 16.1 de la Constitución Portuguesa es la que contiene la fórmula más evidente sobre el tópico, al precisar: *“Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y normas aplicables del derecho internacional”*.

Si contamos con una afirmación casi unívoca en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional sobre la presencia de un catálogo derechos fundamentales abierto y no cerrado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, sujeto a modificaciones ocasionales, estamos de acuerdo en concluir que esa modificación prevista muchas veces no logra dar respuesta eficaz a las demandas individuales de los ciudadanos en relación con sus derechos en una sociedad como la que nos ha tocado vivir, informatizada y en constante progreso y evolución.

Así, por ejemplo, determinados derechos incluidos en el texto de nuestras vigentes constituciones, que ahora tacharíamos de imprescindibles, eran desconocidos por las Declaraciones de 1789 y 1948 u otros instrumentos o declaraciones internacionales de derechos, lo que sin más sugiere reemplazar el enfoque atemporal de los derechos humanos tendente a contemplarlos como categorías cerradas y definitivas, sustituyéndolo por una visión histórica que los conciba como verdaderas respuestas a las necesidades humanas y a las distintas modalidades de amenaza y agresión a los derechos humanos que se suceden en el tiempo.

En consonancia con dicha afirmación, Norberto Bobbio sostiene que los derechos humanos son derechos históricos que surgen gradualmente y no todos a la vez y para siempre. Para él *“los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares y alcanzan hoy una cierta plenitud como derechos positivos universales”*⁶⁹.

Por su parte, el profesor Peces-Barba aboga por un concepto en el que sólo cabe hablar de derechos fundamentales cuando la moralidad impulsada por el poder se incorpora al derecho positivo por medio de un fenómeno histórico. De ahí la importancia

⁶⁹ **BOBBIO**, Norberto, *“El tiempo de los derechos”*, Editorial Sistema, Madrid, España, 1991, p. 68

de la historia de los derechos fundamentales y de conocer su evolución generacional, tanto en su concepto mismo como en el nacimiento de derechos que van surgiendo por nuevas amenazas a las libertades o a la propia dignidad del ser humano y frente a aquellas necesidades humanas sin satisfacción jurídica.

Resulta importante advertir en este estadio de la cuestión la afirmación tripartita del profesor Peces-Barba en cuanto a lo que debería explicar cualquier derecho fundamental: 1. La exigencia moral; 2. La necesidad de que el Poder las asuma como suyas y las reconozca expresamente en un texto y 3. El elemento histórico, centrado en la variabilidad y evolución de la reflexión moral y de las circunstancias concretas que determinan las condiciones de vida existentes en un momento determinado⁷⁰.

En esa misma línea de pensamiento, Prieto Sanchís se inclina por una tesis que denomina "histórica", al entender que "(...) *la satisfacción de los principios de dignidad, libertad e igualdad no puede cerrar los ojos a las condiciones materiales de existencia y, consiguientemente, a las coordenadas históricas de los sujetos titulares de los derechos*"⁷¹.

El profesor Elías Díaz también propugna una dimensión de historicidad que para él "(...) *exige comprender hoy el Derecho en relación necesariamente con la estructura real y los caracteres del modo de producción de la sociedad actual de que, en concreto, se trate*".

Consideramos que destacar la importancia y determinación del avance cultural, social y político en la formación de los derechos fundamentales no es ser historicista. Empero, con ello no pretendemos, bajo ningún punto de vista, imponer una visión histórica de los derechos fundamentales a fuerza de citas de reconocidos autores en pro de tal presupuesto, pero sí hacer hincapié en cómo se va observando que el concepto de derechos fundamentales está determinado muy cercanamente por circunstancias históricas que condicionan la convivencia del ser humano en sociedad. Tampoco intentamos con esta aproximación sobrevalorar la dimensión histórica como el único o más alto fundamento de los derechos humanos, sino más bien destacar su importancia y valor⁷².

⁷⁰ PECES BARBA, Gregorio, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales", en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 231

⁷¹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, "Estudios sobre Derechos Fundamentales", Madrid, Debate, 1990, pp 21-22.

⁷² Sobre este punto ver FERNANDEZ, Eusebio: "Fundamentación historicista. Los derechos humanos como derechos históricos", en "Teoría de la Justicia y derechos humanos", Madrid, Debate, 1987, pp. 100 y ss.

No obstante, es este mismo carácter histórico de los valores constitucionales el que nos obliga a considerar su enunciado como un catálogo siempre abierto a la modificación o a la incorporación de otros nuevos y a rechazar cualquier intento de petrificar ese repertorio axiológico de derechos, mas ahora en este nuevo siglo en el que se nos obliga a plantearnos si es necesario buscar nuevas alternativas de incorporación de derechos que permitan hacer frente a los retos de la actualidad y ofrezcan respuestas específicas a las profundas cuestiones que plantean los avances de la ciencia y la tecnología.

La práctica constitucional nos dice de forma casi unánime que no podemos hablar de un catálogo completo de derechos; la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada para negar o menospreciar otros derechos que las personas retienen, dice la novena enmienda de la Constitución Norteamericana; aunque ambigua, porque no se logra definir si lo que pretende es dar una pauta hermenéutica sobre cómo confeccionar los distintos derechos fijados en la Constitución, o si concebir indefinidamente amplios los límites marcados por éstos, lo cierto es que la apertura a nuevas categorías de derechos está trazada de forma general a la creación dinámica de nuevos derechos.

Si nos adscribimos a esa posición, concluiremos de suyo estar en presencia de un catálogo permeable a la incorporación de nuevos valores y nuevas dimensiones de derechos⁷³. Es precisamente esa evolución de las relaciones humanas es la que determina el nacimiento y el origen de nuevas categorías de derechos fundamentales, haciendo necesaria la ampliación de dicha protección a ámbitos ignorados e inciertos en el pasado como la protección de datos personales.

Como podemos observar, hay un dinamismo en el ordenamiento jurídico fruto de las demandas relacionadas con las necesidades emergentes en la vida social como consecuencia de las alteraciones que en ella se producen, cambios que en muchas ocasiones poseen, en su origen, innovaciones aportadas por el progreso en el conocimiento científico y en sus aplicaciones prácticas.

Las respuestas a estos cambios llegan, algunas veces, a través de la producción de normas en el seno de los órganos constitucionalmente dispuestos al efecto pero otras, por medio de la interpretación que llevan a cabo los tribunales superiores de justicia, en

⁷³ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, “Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática”, ADPEP, número 2, 1989/90, p. 176.

especial, los encargados de la interpretación de la Constitución; todo ello dependerá de la receptividad y la conciencia social con que los ciudadanos acojan esas reivindicaciones con el modo de vida y con el grado de aceptación de los valores y derechos que consideren adecuados en un momento histórico concreto.

La globalización económica y tecnológica ha traído consigo la globalización de las comunicaciones y de la información, lo que ha producido una importante revolución tecnológica en avances informáticos. Desde ya hace varias décadas hemos presenciado una verdadera revolución tecnológica de amplio espectro que está influyendo en la realidad social, cultural, económica e, incluso, en las estructuras políticas de los países.

Quizá apoyado con un plus de ingenuidad, ha sido mi pensar que el progreso tecnológico sería el instrumento más adecuado para el desarrollo del ser humano y la superación de las desigualdades sociales; ahora me doy cuenta de lo equivocado que estaba; es en esta era tecnológica tan sorprendente en donde conviven, por un lado, los avances más prodigiosos y extraordinarios de nuestra época y, por otro, la pobreza más dramática y adversa, lo que crea sin más una desigualdad digital o una “brecha digital” cada vez mayor que refuerza y agrava la división socioeconómica existente entre los países desarrollados y aquellos que apenas tienen visos de intentar serlo.

El panorama se muestra realmente inestable y si realmente consideramos a internet como un instrumento de participación democrática, se exigirá del poder público cambios importantes en las estructuras actuales con un especial énfasis en el replanteamiento de algunos conceptos y teorías de los derechos fundamentales no pensadas para este ámbito tecnológico.

Conceptos jurídico-políticos que antes teníamos como claramente delimitados, como el de soberanía nacional o legalidad o propiedad privada, tendrán que pasar por una nueva revisión de sus cimientos ante este nuevo enjambre científico. Corresponderá, en consecuencia, efectuar una reformulación de los derechos fundamentales reconocidos y, especialmente, de su contenido, ya sea para ampliarlos cuantitativamente o cualitativamente, si con el sólo reconocimiento existente no se diera respuesta a las nuevas demandas individuales derivadas de una sociedad informatizada y en continuo progreso.

En efecto, el progreso científico y los avances tecnológicos son susceptibles de un doble uso: son medios o instrumentos cuyo sentido moral dependerá de la finalidad que se le dé, pudiendo por tanto desplegar efectos positivos tanto como negativos o, incluso,

neutros. El enunciado respecto del cual se alega que el fin justifica los medios puede tener una lectura equivocada dependiendo del objetivo que se persiga y, especialmente, de la forma en que se logre su consecución.

Puede afirmarse que los descubrimientos y las innovaciones asociadas al progreso científico y tecnológico, en tanto inciden en la realidad y la alteran, provocan o aceleran las transformaciones sociales; estos cambios a los que hacemos referencia son los que en definitiva generan las causas que conducen al nacimiento de los derechos, cuyo proceso reivindicativo algunas veces será pacífico y moderado, pero otras veces, quizá la mayoría, no resulta ser tan apacible. Y es que, por mucho que se crea o argumente, los derechos no surgen por generación espontánea ni suelen ser reconocidos por seres generosos; por el contrario, como ya se ha intentado establecer, la génesis de los derechos está plagada por una permanente polémica teniendo su origen no precisamente en la justicia sino en su antítesis: la injusticia.

Ya son dos décadas, como mínimo, en que está siendo habitual poner de manifiesto las limitaciones y disfunciones de los sistemas democráticos y legislativos frente a la influencia de las nuevas tecnologías; como consecuencia podría suceder, o que se agraven los problemas que hoy presenta la democracia representativa; o bien, por el contrario, ayudar a solucionar o superar esos problemas.

Sea como fuere, no cabe duda que los sistemas democráticos serán paulatinamente reformados en uno u otro sentido por la influencia de esos avances tecnológicos, algunos ya incluso lo han sido pero otros permanecen endeble e indiferentes a éstos. La cara y la cruz de estas nuevas tecnologías será lo que en definitiva centrará el foco de atención del apartado, en el que, por un lado tendremos los avances tecnológicos como instrumentos de participación democrática y, por otro, la protección de los derechos y libertades públicas de las personas y el libre ejercicio de éstos.

Veremos cómo la necesidad histórica jugará un papel de cardinal importancia en la evolución, reconocimiento y regulación normativa del derecho a la protección de datos personales.

2. Generaciones de derechos

La clasificación de los derechos humanos en generaciones obedece al momento de su aparición. Mediante esta expresión se intenta hacer alusión a los conjuntos homogéneos

de derechos fundamentales que en diferentes etapas han sido reconocidos por los individuos, dando cumplimiento con ellos a pretensiones puntuales que se estimaban dignas de protección para un completo y libre desarrollo de la persona⁷⁴.

Cada día se hace más frecuente la utilización del término “generación de derechos humanos” y su agrupación en tres diferentes generaciones: La primera sería aquella de origen burgués, procedente de las declaraciones revolucionarias y de su posterior desarrollo, caracterizadas por ser derechos de defensa, por garantizar a las personas su esfera de autonomía.

Una segunda, que comprende las manifestaciones subjetivas del constitucionalismo socioeconómico, esto son, los derechos económicos, sociales y culturales, calificados como derechos de participación, generadores de obligaciones positivas para el Estado en favor de los gobernados. Finalmente, una tercera generación que incluye aquellos derechos que pretenden satisfacer necesidades que las transformaciones tecnológicas de la sociedad postindustrial ponen de manifiesto; así por ejemplo, la problemática medioambiental, la tutela del consumidor y otros colectivos similares y, desde luego, la informática.

Cada generación de derechos se corresponde con un momento ideológico y social muy particular que introducía rasgos de diferenciación y equivalencia entre los derechos que se incorporan a cada una de ellas; pero ello no sería óbice para afirmar que su interrelación no puede ser otra que servir de complemento y desarrollo para el resto, puesto que su teleología responde a la necesidad común de proteger aspectos de la personalidad individual o social. No olvidemos que los derechos fundamentales son interdependientes, es decir, se apoyan los unos en los otros reforzándose recíprocamente.

En efecto, el tratamiento en las diferentes etapas históricas acerca del reconocimiento de los derechos humanos se ha caracterizado por ser claramente diferenciado; históricamente no ha sido siempre el mismo tratamiento otorgado. Al cambio de ritmo y a la evolución que han experimentado las relaciones humanas ha ido acomodándose el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales, lo que reafirma el hecho que tales derechos no son categorías cerradas o invariables, sino mas bien abiertas y versátiles, cuyo reconocimiento jurídico depende de un interés en dar

⁷⁴ Así lo concibe **HERRÁN ORTIZ**, Ana Isabel, “*La violación de la intimidad en la Protección de Datos Personales*”, Dykinson S.L., 1999, p.70.

soluciones a las necesidades sociales históricas frente a las distintas agresiones y amenazas existentes.

El avance científico, uno de los más importantes de este siglo, ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios, por lo que los derechos, al no ser un producto inmóvil, estático, perenne, sino dinámico, fluido y cambiante, ya que se nutre de la vida humana social en cuanto cultura, ha ido adecuando sus instituciones y su normatividad en defensa de la persona.

Un buen ejemplo para puntualizar esa afirmación lo encontramos en la salvaguarda que históricamente se le otorgaba al derecho de inviolabilidad de la correspondencia vinculada a las cartas en papel, para que en otro momento histórico se extendiera su tutela a la protección de las comunicaciones telefónicas.

En reciprocidad con lo expresado, considero que el desarrollo social y moral del ser humano no ha sido nunca ajeno al desarrollo de las realidades técnicas y/o científicas. Dichas realidades de caracteres sociales, culturales o económicos se constituyen en condición de posibilidad para el cambio social, para el surgimiento de nuevos valores, de nuevos paradigmas éticos y, en definitiva, para prototipos de nuevas formas de organización social. Es por esa razón que resulta necesario reflexionar y repensar, de vez en cuando, en la inherente relación entre los desarrollos técnicos y el entorno humano.

a) De la primera generación

Ya es de muchos conocido que los derechos denominados “de primera generación” son propios del pensamiento liberal, reivindicados de aquél régimen que se los había negado, pero ligados a la evolución de la economía capitalista y a las actividades productivas que genera riqueza en una buena parte de la burguesía; por ello se ha destacado su carácter de individualista, porque nacen como libertades individuales con el propósito de preservar la autonomía frente a los poderes públicos. Es en ese contexto que se crea el ambiente propicio para disfrutar de ciertas libertades públicas como la propiedad privada o la libertad personal, ya que de ellas irá dependiendo el orden económico de la época.

Las primeras declaraciones de derechos en las que se incorporan no sólo son expresión de un triunfo político contra la arbitrariedad, sino también la manifestación de la urgente necesidad por darle forma concreta y tangible a la producción de una verdadera

transformación social y política: pasar de la teoría a la realidad, de la nada al ser. Lo que en definitiva se buscaba con el reconocimiento y libre ejercicio de estos derechos era garantizar al individuo la no intromisión o no interferencia de los poderes públicos en la esfera de intimidad de las personas, sin que por ello se exigiese una conducta positiva o complementaria por parte del Estado.

Ese enorme paso hacia la realidad se hizo tangible por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pero su conquista no implicó sólo la positivación de los derechos, sino todo un contrato social de establecimiento de principios y derechos que formarían parte de la base de legitimidad que abriría el camino hacia una nueva sociedad; un verdadero acto constitutivo original por el que Francia pasaría a ser una nación de derecho; no tardaría más que unos años para que esa influencia se transmitiría a todos sus pares.

Es pues la teoría económica liberal que desarrolla el capitalismo la que marcará la realización del Estado liberal durante todo el siglo XIX; y ello debido a que los derechos protegidos serán aquellos que se inspiren en una ideología individualista de claro corte iusnaturalista. Entre los derechos más representativos que gozan de esa nota caracterizadora están la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión y la integridad física.

Esta categoría de derechos se podrían definir como aquellos derechos que se atribuyen a las personas, bien en cuanto personas en sí mismas consideradas, bien en cuanto que ciudadanos pertenecientes a un determinado Estado, y que suponen una serie de barreras y de exigencias frente al poder del Estado en cuanto que ámbitos de exclusión o autonomía respecto del poder del mismo.

Por su contenido y objeto son también conocidos como derechos civiles y políticos, porque establecen límites a la actuación del Estado y a la injerencia del poder público, como claras libertades negativas, de no interferencia; un Estado guardián, un Estado absentista que deje actuar, lo que garantiza a que los individuos puedan gozar de sus derechos y libertades. La función primordial del Estado en esta primera fase de derechos se limitaría entonces a dos cosas: establecer las reglas básicas que deben regir las relaciones entre particulares y, regular las normas sancionadoras que deben reprimir las acciones de aquellos que vulneren los derechos reconocidos a otros.

Como ya se decía, una monarquía absolutista que concedía y denegaba derechos a su arbitrio, con plenos y concentrados poderes entregados virtualmente por orden de “Dios”, dejaban a sus súbditos totalmente desprotegidos. Los ricos burgueses, banqueros y grandes comerciantes y empresarios, cansados de sostener con sus ingresos los caprichos del Estado Francés, que además no les permitía acceder a cargos públicos, lucharon por el reparto igualitario de los impuestos y el libre acceso a los cargos públicos, cuestionando con ello el propio sistema absolutista monárquico bajo la bandera de la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Pero pronto este sistema presentaría falencias irreconciliables derivadas de sus propios postulados teóricos. Una de ellas es precisamente el perfil pasivo, neutral, abstencionista del Estado. Se descubre a la postre de la realidad cotidiana que el Estado se había limitado a un reconocimiento meramente formal de los derechos del hombre sin preocuparse por las realidades concretas de cada individuo. El siglo XIX es el momento de las reivindicaciones y de los movimientos para reparar esa incoherencia teórica. El resultado de esa evolución fue la transformación del Estado liberal al Estado social, como un compromiso entre los diferentes sectores de la sociedad. El liberalismo que había impulsado el nacimiento de estos primeros derechos, impedía que el Estado tomara protagonismo para evitar las injusticias sociales que se cometían sobre todo, con la clase pobre, los trabajadores.

b) De la segunda generación

En la historia evolutiva de los derechos humanos los derechos de “segunda generación” o derechos sociales, surgen como una respuesta a las exigencias de tutela estatal a los sectores más vulnerables de la sociedad, quienes, en el momento histórico preciso en el cual surgen, sufrían las consecuencias del establecimiento de un Estado liberal individualista consecuencia de las Revoluciones liberales del siglo XVIII.

Al hilo de lo anterior, es posible presagiar que el proceso reivindicativo de los derechos sociales, económicos y culturales no distaría mucho de sus antecesores derechos; éstos emergerían de la revolución industrial ligada a las necesidades de subsistencia, protección e igualdad de los trabajadores.

Precisamente creemos que fue esa convergencia entre la ideología liberal capitalista y revolución industrial junto con el abuso y sobreexplotación de la clase obrera la que trajo

como consecuencia una revolución social, orientada hacia una intensa búsqueda de los derechos sociales, económicos y culturales de la clase proletaria frente a los derechos individuales de la burguesía liberal; fue esa desigualdad producida, en parte, por esa primera reivindicación de derechos a la que hacíamos referencia antes, la que inyectó el germen de esta nueva categoría de derechos.

Por nuestra parte consideramos que los derechos de segunda generación se incorporan a partir de una tradición de pensamiento humanista y socialista; son de naturaleza económica y social, e inciden directamente sobre la expresión de igualdad de los individuos como principal principio motivador. Y es que, los derechos de primera generación amparaban a los ciudadanos frente al poder del Estado Liberal, pero ahora se exige cierta intervención de ese Estado para responder por un acceso igualitario a los derechos anteriormente citados, es decir, para compensar y equilibrar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión que caracterizan las diferencias sociales de los individuos desde su propio nacimiento

Qué duda cabe que la injusticia engendrada por el establecimiento de un Estado de exclusión social trajo consigo la respuesta de los desheredados y desfavorecidos socialmente, quienes lucharon por la reivindicación de sus derechos, la erradicación del decimonónico Estado burgués liberal y el establecimiento de un nuevo modelo de Estado basado en los principios de igualdad, solidaridad y justicia social.

Sobre el surgimiento del Estado Social como respuesta al Estado liberal burgués, Gutiérrez Gutiérrez señala: *“Desenmascarada la supuesta neutralidad del Estado liberal respecto de las relaciones sociales y económicas, el Estado Social interviene en ellas atendiendo en ciertos criterios de justicia material; asimismo, merced de una política presupuestaria redistribuidora y a la dotación de servicios públicos universales, procura condiciones materiales que permitan a cada uno el disfrute efectivo de los derechos”*⁷⁵.

Son entonces los movimientos sociales del siglo XIX, los que van poniendo de manifiesto la necesidad de ampliar e incrementar el panorama de los derechos de primera generación, al no satisfacer éstos las aspiraciones y pretensiones de los individuos por la excesiva desigualdad en el control de la actividad del Estado en aspectos en donde, por el contrario, se hacía preciso garantizar la participación activa del Estado así como la

⁷⁵ GUTIERREZ GUTIERREZ, Ignacio, *“A Distancia”*, volumen 19, número 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001/2002, p. 18.

participación de los ciudadanos en la vida pública por la incompreensión estatal de la realidad social imperante.

Junto a los movimientos sociales, el crecimiento acelerado que se produce en los primeros años del siglo XX obligan a replantear la razón de ser del Estado, orientándose al reconocimiento de su intervención en la vida social. También el fortalecimiento de las libertades individuales y el surgimiento de las libertades-participación obligan al Estado a intervenir en la vida social y política. Así, los derechos sociales o de “segunda generación” son reconocidos y garantizados por el nuevo Estado protector, el cual, no sólo participa como árbitro en las relaciones laborales sino que además planifica y regula la cultura y la familia, disponiendo restricciones a los clásicos derechos liberales en pro del bienestar social.

A partir de esas necesidades básicas temporales y coyunturales, con carices desemejantes a los de “primera generación”, es que se instruirá un nuevo pero similar proceso reivindicativo de derechos que conduciría al reconocimiento legal y constitucional de las pretensiones morales solicitadas y convertidas por fin en “derechos de participación”. Ello traería consigo una correlativa obligación para el Estado: garantizar el ejercicio de tales derechos mediante prestaciones y servicios tales como educación, salud o la seguridad social.

Es muy importante, por un lado, hacer énfasis en la transformación del carácter del Estado social, el cual pasa de ser un Estado abstencionista, de policía y a un sujeto activo en la vida social y económica de las personas, canalizando la dirección de la sociedad e impulsando activamente el progreso de ésta; eso fue lo que Forsthoff denominó “*la procura asistencial*”⁷⁶, esto es, el logro de unas materiales formas de vida para todos los ciudadanos. Y, por otro, en que los derechos sociales básicos que se intentaban introducir no se oponían a los derechos de libertad, sino que constituyen su natural correlato cuando ésta última se concibe no sólo en su dimensión negativa, como no intromisión, sino también en su faceta positiva como libertad-poder.

Para Pérez Luño, el cambio de generación es esencialmente profundo, y expresa: “*Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de mero límite a la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar*

⁷⁶ **FORSTHOFF**, Ernest, “*Concepto y esencia del estado social*”, en W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring, Madrid, SEC, 1986, p 69-106.

*orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos*⁷⁷.

Para de Asís, la justificación de los derechos de segunda generación tiene un fundamento jurídico nuevo o, al menos, distinto de las libertades; los derechos sociales, sostiene, “(...) no llevan aparejada una justificación proyectada en la naturaleza de los hombres, sino en sus relaciones sociales en las nuevas estructuras de la misma”⁷⁸.

Según GARCÍA PELAYO⁷⁹, este tipo de Estado social se caracteriza por: 1) la superación de las contradicciones entre la titularidad formal de derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; 2) la prosecución de la procura existencial, emulando a Pérez Luño; 3) por la concepción de ciudadanía no solo como común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales; 4) por ser un Estado de prestaciones, de modo que los preceptos constitucionales que limitan su actividad le añada otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa; y, finalmente 5) por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado, dentro de los patrones constitucionales.

c) De la tercera generación.

Pero es el la “tercera generación derechos” en donde aparece con más claridad la influencia de los avances tecnológicos y científicos en la reivindicación de esta clase de derechos, puesto que las nuevas amenazas, en un plano individual y colectivo, se tornan perceptibles debido las nuevas técnicas para detectar su desprotección.

La “tercera generación de derechos” constituyen exigencias sociales generales de más reciente data; surgidas en la doctrina de los años 70’s se incorporan con directa vinculación del valor “solidaridad”, cuyo propósito es incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de los pueblos.

⁷⁷ PÉREZ LUNO, Antonio Enrique, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Madrid, 1991, p 228

⁷⁸ DE ASÍS, Rafael, “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”, Debate, Madrid, 1992, p. 91 y 95.

⁷⁹ GARCIA PELAYO, Manuel, “Obras completas”, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Aspectos como la libre iniciativa económica o la propiedad privada crean brechas que dificultan la sensibilidad sobre esta generación de derechos. La imposibilidad de contraste entre el coste y el beneficio junto con la resistencia de los poderes económicos involucrados advierten un difícil camino para su reconocimiento.

Cuando se habla de derechos de tercera generación se alude a la necesidad de dotar de protección, o intensificar la que ya existe, a esas nuevas categorías de derechos que no han sido plenamente identificadas con la claridad requerida, pero que están ahí, a la vista de una parte de la sociedad que clama por su reconocimiento y tutela. Son el reconocimiento de un contexto en el que surgen nuevas necesidades humanas y donde estas exigencias obligan a desarrollar nuevos derechos que garanticen el acceso universal a formas más avanzadas y complejas de libertad y, sobre todo, de calidad de vida.

Este proceso, que no puede ser otra cosa que la ampliación del catálogo precedente, revela que nos movemos en una materia expansiva y dinámica por naturaleza. Su tendencia habitual es el desarrollar contenidos y pretensiones insatisfechas en un principio, desconocidas. Una urgente respuesta social y política de reformulación se pide a una serie de problemas éticos y jurídicos vinculados a los derechos de esta generación; es esa reformulación la que nos llevaría hacia una nueva generación de derechos.

Como advierte Lucas Murillo “(...) *este dinamismo de los derechos fundamentales no es sino una consecuencia de la tensión dialéctica que existe entre la norma constitucional y la realidad social (...)*”⁸⁰. Será esa combinación de factores socioeconómicos y culturales, esa interacción entre norma-realidad, la que nos conducirá por la nueva autopista creativa de derechos que abrirá la brecha en la creciente ampliación de más esferas de autonomía y participación social de los individuos. Y es que, en la sociedad moderna, como más adelante se verá, las condiciones sociales exigen más autonomía individual y menos participación, pero lo cierto es que la búsqueda del equilibrio, sin renunciar a ninguna, es la auténtica meta.

Hoy en día podemos deducir con meridiana claridad que la ampliación en cantidad y contenido de los derechos fundamentales ha hecho que éstos sean más intensos y eficaces de lo que eran hace un siglo, cuando convivían más reducidos y sin un contenido esencial uniforme; además el crecimiento periódico de la lista de derechos ha contribuido a

⁸⁰ LUCAS MURILLO, Pablo, “*El derecho a la autodeterminación informativa*”, en *Temas Clave de la Constitución Española*, Tecnos, 1990, p 36.

robustecer todo el conjunto de éstos, precisamente porque cada nueva categoría de derechos representa un nuevo punto de apoyo para los demás⁸¹.

En definitiva, uno de los factores de la evolución de los derechos ha sido pues su ilimitada potencialidad transformadora, que a través de la historia ha inaugurado cada vez un nuevo tipo de sociedad: del antiguo régimen al estado liberal y luego al estado social; del estado puramente social al estado social y democrático de derecho. A esta fecha, la lucha por el sentido de los derechos continúa vigente y hay que ser conscientes en que éstos tienen elementos nuevos que pueden distinguirse de otros de épocas pasadas; lamentablemente en muchos frentes la batalla esa lucha no logra librarse con el éxito que es requerido.

Los derechos de la persona, como aclara Norberto Bobbio: “(...) *no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder(...)*”.

Esta afortunada expresión de Norberto Bobbio se adecua perfectamente a lo expresado antes y quiere decir, entre otras cosas, que muchas dimensiones o necesidades humanas son vistas o reconocidas desde una esfera de derechos a partir de momentos históricos determinados; y, sobre todo, a partir de sujetos, grupos organizados o movimientos sociales que exteriorizan sus malestares o discriminación y los convierten en demandas. Esta politización empieza por traducir sus necesidades en reivindicaciones que plantean ante la sociedad y, especialmente, ante el Estado.

En cuanto al contenido de muchos de los derechos de “tercera generación”, podemos decir que no están delimitados plenamente; se encuentran en proceso de definición y están consagrados, mayoritariamente, en textos internacionales, aunque ya algunos ordenamientos constitucionales los han recogido y las instituciones a los que han sido encomendados los desarrollan escrupulosamente. Algunos de estos derechos son: el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el derecho a la independencia económica y

⁸¹ LUCAS VERDÚ, Pablo, “Curso de derecho político”, volumen III, Tecnos, Madrid, 1976, p.69.

política; el derecho a la identidad nacional y cultural; el derecho a la paz; el derecho a la coexistencia pacífica; el derecho a el entendimiento y confianza; el derecho a la cooperación internacional y regional; el derecho a la justicia internacional; el derecho en el uso de los avances de las ciencias y la tecnología; la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos; el derecho al medio ambiente; el patrimonio común de la humanidad y el desarrollo que permita una vida digna.

Como puede observarse de la puntualización anterior, esta nueva generación de derechos viene caracterizada por su generalidad, que supera la miopía del individualismo; se trata de un nuevo humanismo pragmático que propone respuestas adecuadas a los mayores peligros para la supervivencia y conservación de la especie humana, sin los cuales no son efectivos los clásicos derechos de corte individual y social.

Siguiendo esa tónica, profesor Pérez Luño advertía que *“los derechos fundamentales de la tercera generación poseen rasgos innovadores respecto de las libertades de las generaciones precedentes (...)”*⁸². Los diferenciaba en tres categorías: a) Por su fundamentación, ya que si la libertad fue en su momento el valor guía de los derechos de primera generación, como lo fue la igualdad en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los de tercera generación tienen como valor de referencia el de la solidaridad; b) Por su naturaleza jurídica, en cuanto a su necesaria positivación y consecuente protección; y c) Por su titularidad, atendiendo a la necesidad de reconocer a la generalidad de las personas legitimación activa para defenderse contra agresiones a bienes individuales o colectivos vinculados a sus datos personales; pero a su vez, lograr el reconocimiento de una legitimación pasiva que permita obviar inconvenientes procesales barrocos que, como suele suceder, puedan dejar en impunidad conductas claramente contrarias al espíritu del derecho.

3. Intimidación como fundamento preliminar del derecho a la protección de datos personales

Se ha entendido desde tiempos inmemoriales que la intimidad constituye un bien personal al que, en modo alguno, puede renunciar el individuo sin resentirse en su dignidad humana. El ser humano es social por naturaleza pero, pese a ello, no deja de

⁸² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las generaciones de derechos fundamentales”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 10, septiembre-diciembre 1991, pp 219-217.

sentir la necesidad de realizar una vida interior ajena a las relaciones que mantiene con otros individuos y que le permite identificarse como ser humano. Así, la palabra “intimus” como concepto etimológico, proyecta un significado revelador e indicador de lo que ya en líneas previas expresamos: “lo más recóndito, el santuario de lo humano”.

Con ello tenemos que la intimidad no sólo se asienta sobre la sustracción de determinadas zonas de la personalidad del individuo al conocimiento ajeno, sino sobre la necesidad de un ámbito de desenvolvimiento interior como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la libertad individual.

Claro que, por otro lado, además de constituir un bien de la personalidad, la intimidad se encuentra caracterizada por su relatividad; en efecto, no debe olvidarse que el contenido y el ámbito de protección de la intimidad dependen, en su extensión, de las cambiantes circunstancias sociales, económicas y culturales de cada momento. Por ello, en la sociedad actual, la intimidad no goza de un reconocimiento ni de un contenido semejante al concedido en épocas anteriores, donde el desarrollo tecnológico bien no existía o carecía de la identidad suficiente para perturbar la existencia y la vida privada de los individuos.

Tan es así que se ha introducido una formulación evolutiva de su concepto y, desde su inicial concepción liberal como protección y tutela necesaria frente al intervencionismo y la arbitrariedad públicas, la intimidad se ha visto introducida en un proceso de transformación y reformulación dogmática necesaria para garantizar su virtualidad jurídica.

Muy acertado consideramos para el desarrollo de este acápite hacer mención a un pensamiento del profesor Pérez Luño, con el cual pretende dar a entender las grandes dificultades de conceptualización que ha soportado y soporta a la fecha este derecho, guiando en definitiva a algunas confusiones acerca de su contenido: *“En la teoría del derecho, parece ser tributo de los conceptos y categorías más recurrentes adolecer de un déficit de precisión conceptual proporcionalmente inverso a su extensión de uso. Esa tendencia puede predicarse de la noción de intimidad, utilizada en nuestra época más que en cualquier época, pero con tal grado de indeterminación y equivocidad que dificultan su sentido y su alcance jurídico”*⁸³.

⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en SAUCA, J.M.: “Problemas actuales de los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 311 y ss.

Si a ello sumamos que es el derecho a la intimidad, quizá, de los derechos de la personalidad el menos escudriñado por la doctrina tras la vigencia en los textos nacionales e internacionales, tendremos como resultado consecencial la ambigua, múltiple o, al menos, distinta concepción que de este derecho acogen aquellos autores que abordan el tema. En orden de este problema ha señalado el profesor Prieto Sanchís el que “(...) los derechos humanos o fundamentales carecen de un significado técnico jurídico preciso y bien delimitado [...] debido quizá a su fuerte carga emotiva y a su incuestionable dimensión moral”⁸⁴.

Nos servirá de consuelo saber que la intimidad, como derecho fundamental, no es el único término ambiguo con el que nos encontramos en la teoría del derecho; no podemos caer en la ingenuidad de pensar que esas dificultades de conceptualización carecen de repercusión y por ello las dejaremos desapercibidas; por el contrario, identificar el término de referencia que manejaremos resultará indispensable para atinar con los adecuados y eficaces cauces jurídicos de protección de los bienes y valores que pretendemos tutelar.

Retrocediendo al momento de las primeras reflexiones, el derecho a la intimidad y sus dificultades de conceptualización y delimitación no han sido óbice para el logro de su reconocimiento en distintos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

Pese a su positivación expresa en los instrumentos internacionales citados, tampoco es posible eludir la realidad en que cada uno de ellos irrumpe en la arena jurídica universal. La intimidad se presenta y reconoce como un derecho fundamental propio de la dignidad humana, quizá de los que mejor muestran cómo las pretensiones morales que se derivan de la dignidad están mediatizados en su positivación jurídica por circunstancias históricas determinantes.

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, “*Estudios sobre derechos fundamentales*”, Madrid, Debate, 1990, p.18

Para demarcar el perímetro del derecho a la intimidad, nos parece adecuado e ilustrativamente correcto aludir a la clasificación que efectúa Rebollo Delgado⁸⁵ para lograr entender cómo la doctrina y la jurisprudencia entienden su concepto.

El primer punto en la clasificación atiende, en esencia, a la etimología del concepto y coincide con la segunda acepción de intimidad dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, esto es, aquella *“zona espiritual, íntima reservada de una persona o grupo, especialmente de su familia”*. Esa intimidad de la que se habla es un término apto para designar todo lo que respecta a la llamada vida privada, misma que puede ser perturbada por comportamientos de otro género, como por ejemplo, molestias o tormentos, que de cualquier modo impiden a la persona satisfacer su propia necesidad de aislamiento.

Según los términos de la definición, ésta se corresponde con la idea del concepto originario manejado por la jurisprudencia Norteamericana. Como ya lo señalábamos en la parte histórica de este trabajo, el derecho de intimidad para el juez Cooley es *“el derecho a ser dejado en paz”* -to be let alone- derecho a no ser perturbado o molestado por injerencias externas no deseadas.

Desde un punto de vista jurídico, la intimidad es la respuesta del derecho al interés de cada persona en lograr un ámbito en el que sea capaz de desarrollar, sin intrusión, curiosidad o indiscreción ni injerencia de los demás, su vida privada.

Valdrá la oportunidad transcribir una reflexión del profesor de la Universidad de Oviedo, Dr. D. Manuel Iglesias Cubría, en la que nos explica lo que a su sentir constituye la intimidad en 1970: *“(...) forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer del conocimiento de otras personas. Por consiguiente no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo. Nada más íntimo que mi propio pensamiento, en cuanto que no es cognoscible por los demás -hoy por hoy- si yo no lo revelo. Intimidad son mis deseos, mis apetencias y, en parte, pueden serlo mis necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas. La forma exacta de la traducción jurídica de la intimidad, es por los efectos de la protección entre los demás: los demás no tienen derecho a conocer, ni violar mi intimidad”*⁸⁶. Por ello, la interioridad de las personas es lo que lo diferencia de los demás individuos de la colectividad.

⁸⁵ **REBOLLO DELGADO**, Lucrecio, “El Derecho Fundamental a la Intimidad”, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 90-91.

⁸⁶ **IGLESIAS CUBRÍA**, Manuel, “Derecho a la intimidad”, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 21 y 22.

Un concepto objetivo más elaborado, citado incluso por el profesor Rebollo Delgado, es el del italiano Adriano de Cupis, quien en 1973 consideró a la intimidad como *“aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona o también como la necesidad consistente en la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual”*.

Desde un punto de vista más subjetivo esta concepción embrionaria del derecho a la intimidad es la que se recoge en diversos casos judiciales, entre los que cabe mencionar el fallo Brent vs Morgan, en el que se señala que es el derecho a gozar de la soledad; el derecho que tiene cada persona de no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo.

Pero desde 1890 el desarrollo práctico que se presentaría en la palestra judicial norteamericana sería el trabajo de Warren y Brandeis, en el que se establecerían algunos de los límites jurídicos que vedarían la intromisión de la prensa en la vida privada de las personas, en su intimidad. Rechazarían toda intromisión no consentida de los medios de comunicación en la vida íntima de las personas, prevaleciendo el aislamiento y la autonomía individual de la vida doméstica, familiar y sexual. En este decían: *“La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro (...). Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado”*.

Al margen de la intromisión a la esfera íntima de las personas causadas por la prensa, la argumentación moderna de estos primeros visos por delimitar el contenido del “derecho a la intimidad” en su facción de protección de datos personales -derecho a la autodeterminación informativa configurado a partir del derecho general de la personalidad garantizado en la Ley Fundamental de Bonn⁸⁷- la encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1983, sobre el Censo de Población, la que la define como *“la*

⁸⁷ El profesor PÉREZ LUNO, Antonio.Enrique, entiende que para el Tribunal Constitucional Alemán *“el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Grundgesetz es el valor y la dignidad de la persona que actúa como libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre”*; en *“Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho”*, Fundesco, Madrid, 1987, p. 127.

facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuando y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”.

Señaló el Tribunal que no es posible compatibilizar con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y jurídico que hiciera posible que una persona *“no pueda percibir con suficiente seguridad qué informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación (...). Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos”*⁸⁸.

Como vemos, la evolución del concepto utilizado por los Alemanes es reveladora; deja de ser un derecho de no interferencia para encontrarse con una faceta positiva de control, de decisión y de vigilancia por parte del titular de su intimidad. En otras palabras, se trata de que la persona concernida posea la facultad para el resguardo del derecho haciendo énfasis en la necesidad de evitar la elaboración de un perfil de la persona a partir de la interacción de archivos que guardan distintos datos personales de ella.

Por su parte, el derecho de libertad informativa o de protección de datos personales en España nace como un nuevo derecho, independiente de la intimidad, y lo hace con el auxilio de la construcción jurisprudencial de su Tribunal Constitucional. Tendrá así un objeto de protección y un contenido diferente del derecho a la intimidad, siendo su espectro de protección mucho más amplio y complejo, lo que se traduce en aquél se encuentra ya liberado de su congénita servidumbre respecto de la protección a la intimidad como en sus inicios.

En la primera elaboración conceptual el Tribunal Constitucional Español expresaba que: *“La noción de intimidad parte de la idea originaria del respeto a la vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado”*⁸⁹; para que dos años adelante complementara su argumento sosteniendo *“que los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, aparecen*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983 considerando C.II 1.a).

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 110/ 1984, de 26 de noviembre de ese mismo año.

como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona (...) y que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”⁹⁰.

La razón de la construcción jurisprudencial del derecho a la protección de datos personales como derecho fundamental en España, al igual que en Alemania, era que no estaba explícitamente reconocido en la Constitución de 1978. El diseño jurídico-arquitectónico de este derecho partió así del artículo 18.1 y, especialmente, del artículo 18.4, ambos de la Constitución, que regulaban el derecho a la intimidad personal y familiar y una limitación expresa del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar, respectivamente, con lo que entenderíamos que ciertamente existió y existe una estrecha conexión entre éste y aquél aunque con algunos rasgos inequívocamente novedosos.

Regresando al recorrido pedagógico del Dr. Rebollo Delgado en relación con la intimidad, éste identifica así un tercer parámetro para conceptualizar el derecho mediante lo que él denominaría “la teoría del mosaico”, que no es más que una original teoría que surge como explicación a la necesidad de protección de la intimidad del individuo frente a las amenazas que de forma genérica los nuevos avances informáticos suponen. Se atribuye esta teoría del mosaico a Madrid Conesa⁹¹, y surge como contrapartida a la teoría de las esferas o de los círculos concéntricos en la que los alemanes distinguían que el núcleo interior de las esferas lo constituía lo íntimo *-lo inobservable-*, en una mas externa lo familiar o privado *-lo posiblemente observable-*, en otra lo secreto y confidencial, siendo la última, la esfera de lo público *-lo necesariamente observable-*⁹².

Para el precursor aludido, la teoría de las esferas no resulta del todo aceptable porque el criterio para definir aquella información personal que puede o debe ser del dominio “público”, nunca ha sido en definitiva fácil de concretar; amén de que lo “público” no es un vocablo dotado de un carácter absoluto, sino más bien muy relativo; ello debido a que hay datos que, a priori, podrían resultar irrelevantes para la intimidad

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 231/1998, de 2 de diciembre de ese mismo año.

⁹¹ MADRID CONESA, F, “Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho”, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pp 45.

⁹² Haciendo uso de esta teoría, L Sánchez Agesta definía lo íntimo como aquella “esfera inderogable de la libertad personal en que se desenvuelve la racionalidad y la vida privada de los individuos”, en SÁNCHEZ AGESTA, L, “Sistema Político de la Constitución Española de 1978”, Edersa, Madrid, 1989, p. 125.

de las personas, pero que unidos unos con otros pueden servir para dibujar una idea prácticamente completa de la personalidad, costumbres, hábitos, aficiones, entre muchos otros, de cualquier individuo *“al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado”*, según lo expresa.

Si cada piedra del mosaico representa entonces una información personal en principio irrelevante para las personas, pero su fusión, bajo parámetros lógicos y adecuados a las necesidades, por ejemplo comerciales, de quien la efectúa arroja una faceta relevante de la personalidad del sujeto concernido; a este respecto cabría preguntarse ¿qué información sería la verdaderamente pública? Pues en ese contexto teórico, casi ninguna.

Aunque compartimos el que la teoría mencionada constituye una importante contribución a la delimitación de la intimidad, se objeta de ella la circunscripción puntual que hace a un problema concreto de la intimidad, cual es la informática y el tratamiento de datos personales, pero no engloba la totalidad de límites que nos ayuden a formarnos un concepto genérico de ella, todo lo cual no obsta para que, con beneficio de inventario, tengamos en cuenta, como una primera aproximación a lo que viene adelante, que una faceta trascendental en la delimitación del concepto de intimidad está relacionada, aunque no únicamente, con la protección de datos personales. Sin ánimos de incitar una subversión intelectual, podríamos digerirla quizá como una relación género-especie en donde la protección de datos personales sería el género y la intimidad la especie.

En una cuarta clasificación el autor ubica a aquellos juristas que prefieren no conceptualizar a la intimidad sino mejor acudir a su contenido⁹³. El gran problema que se encuentra en este supuesto es la utilización de variados criterios y argumentaciones para incluir o excluir aquello que forma parte de su contenido. Con esta técnica se logran extraer contenidos pero muy difícilmente conceptos; pese a ello, parece de mucha utilidad para el logro de algún tipo de concepto unívoco, conocer el contenido esencial de los derechos fundamentales; al fin y al cabo, es una vía alternativa legítima para todo jurista trazar los límites de los derechos pero más aun averiguar su contenido esencial, con lo complejo que esto resulta.

⁹³ FARIÑAS MATONI, Luis M., “El Derecho a la intimidad”, Madrid, Trivium, 1983, p 357 y ss.

Finalmente, en un quinto espacio se colocan aquellos que convergen conceptualmente entre la vertiente subjetiva y objetiva de la definición del derecho en cuestión. Son caracterizadas como la suma de un derecho de defensa y un derecho a controlar lo que al sujeto afecta. En palabras de Rebollo Delgado “(...) *el derecho a la intimidad se configura como un ámbito reservado ad intra, donde opera la voluntariedad del individuo respecto de aquello que debe trascender y a la vez es el derecho a controlar lo que ad extra puede ser conocido del ciudadano*”⁹⁴.

Al igual que el profesor Rebollo Delgado, nos parece que esta última definición resulta quizá la más acorde con la idea de intimidad y con el idea de una realidad social del ordenamiento jurídico contemporáneo. Y es que, en su proyección jurídica, la intimidad debe ser entendida como un conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular y también como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento.

Desde su proyección histórica, adquiere, por lo tanto, un carácter ambivalente: Por un lado, ha sido esgrimida con intención conservadora para no proporcionar a los poderes públicos informaciones personales y económicas, con el propósito de eludir, por ejemplo, la presión fiscal; de otro, se ha utilizado desde posiciones progresistas para reaccionar contra la acumulación de datos destinados al control del comportamiento ideológico con fines discriminatorios. Pero hoy en día la intimidad ha perdido su carácter individual y privado para asumir progresivamente una significación pública y colectiva.

Para Berdugo⁹⁵ la trascendencia e implicaciones del actual debate sobre el derecho a la intimidad está en directa conexión con el desarrollo técnico alcanzado en nuestras sociedades, al grado que ha resultado ser una constante la tesis en la que se afirma la existencia de una antinomia de principio entre las libertades tradicionales y los nuevos derechos económicos, sociales y culturales.

En otras palabras, este planteamiento se ha tornado una regla general a tenor de la cual a medida que los derechos sociales aumentan disminuyen las libertades, y es ahí en donde surge el problema medular de sistematizar, regular y normar el derecho de intimidad ligado al derecho de protección de datos personales, frente al proceso electrónico de información y su almacenamiento en bancos de datos. La preferencia del

⁹⁴ **REBOLLO DELGADO**, Lucrecio, “El Derecho Fundamental a la Intimidad”, Dykinson, Madrid, 2000, p. 93.

⁹⁵ **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, Ignacio, “Honor y libertad de expresión”, Tecnos, Madrid, 1987, p 57.

mantenimiento de un *status quo* de libertades se hace primar algunas veces frente al incremento de los derechos sociales como es este último.

No cabe duda pues que la intimidad ha formado parte estructural en la construcción de la doctrina que sustenta el derecho a la protección de datos personales; pero aquélla ya no puede seguir siendo concebida como una reserva de la esfera secreta e intangible de una persona frente a las demás, sino también tiene que ser entendida como puntal para evitar la instrumentalización de esa persona como si de un objeto se tratase.

Sobre el particular, Miguel Castaño nos ilustra al decir que “(...) aún cuando la intimidad pudiera considerarse muy relacionada con el secreto, esta noción debe ser depurada, ya que no es cierto que cuanto menos se sepa de nosotros, gocemos de una mayor intimidad, ya que ésta no es simplemente la ausencia de información sobre cada uno en la mente de los demás, sino mas bien el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información personal”⁹⁶.

Es un hecho casi incontrovertible, atendiendo a las circunstancias actuales y futuras de tratamiento automatizado de la información, que el derecho a la intimidad se encuentra seriamente amenazado y precisa de urgente protección mediante garantías adecuadas y novedosas acordes con la entidad de las amenazas que padece. Las nuevas técnicas de tratamiento de la información obligarán gradualmente a reformular la protección de los derechos fundamentales reforzando las medidas de acuerdo con las nuevas formas de injerencia en la vida de las personas.

Si bien la intimidad como concepto general y las garantías confeccionadas al efecto para su protección constituían la base de construcción del derecho a la protección de datos personales, el fundamento primigenio de éste necesitaría, por insuficiente, de otros mecanismos y técnicas más específicas acordes con el escenario que las nuevas tecnologías representan para los derechos fundamentales.

Tanto en la doctrina de Estados Unidos de 1890 como en la Europa de 1970 en adelante, es casi imposible negar que, independientemente del *nomen iuris* que se utilizare, privacidad o intimidad han jugado un papel preponderante y decisivo en la comprensión, construcción y evolución del concepto de protección de datos personales, un concepto que décadas más tarde y con la práctica de su protección se iría desmarcando de esa línea

⁹⁶ MIGUEL CASTAÑO, Adoración de, “Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla. Incidencia en el ámbito de la estadística, REDUC, número 12, septiembre de 1986, p 175.

teórica inicial de la cual derivó para convertirse en un auténtico derecho fundamental con autonomía propia, tratamiento diferenciado y límites específicos.

4. La evolución conceptual: de la intimidad a la protección de datos personales como derecho autónomo

Ya apuntábamos que los derechos fundamentales atienden a la necesidad de crear y mantener las condiciones mínimas para que el desarrollo de la libertad y la dignidad de la persona sean efectivas, lo que se consigue cuando la libertad de la vida en sociedad es garantizada en igual medida que la propia libertad individual.

En esas coordenadas, la búsqueda del fundamento de los derechos en general está orientada hacia la demostración del por qué éstos deben ser un elemento básico de la ordenación jurídica de las relaciones sociales del ser humano.

Hemos de ser conscientes en que las nuevas tecnologías posibilitan la racionalización, simplificación, celeridad y seguridad de las prácticas administrativas, públicas o privadas, de la recopilación de datos personales y son, por tanto, una exigencia de inaplazable de regulación para cualquier Estado que no desee vivir de espaldas al progreso. El uso de estos datos, en poder de quien estén, junto con la utilización de los medios electrónicos y telemáticos actuales contraen el riesgo de ser intrusivos de la intimidad de las personas y de transgredir o lesionar otros derechos de la personalidad.

Ya nos anticipábamos en mencionar que la preocupación por el moderno concepto de intimidad comienza en el siglo pasado de forma paralela con la difusión masiva de la información a través de medios de comunicación cada vez más avanzados. Esta imprevisión no fue casual ya que las personas, en una sociedad tecnificada como se vislumbra, se encuentran más inermes que nunca frente a posibles abusos en la transmisión de informaciones que afectan a su persona.

Por razones obvias, estas o aquéllas consideraciones no eran posibles en estadios históricos anteriores, siendo, en circunstancias coyunturales distintas, mucho más importantes los problemas derivados de la privación arbitraria de la libertad personal o la interdicción de la tortura o de la arbitrariedad. De ahí que vale la pena reiterar que todo derecho fundamental obedece a un patrón histórico propio del mundo moderno; por decirlo de un modo distinto, los acontecimientos históricos son una variable relevante en la propia definición de los derechos fundamentales.

Si nos remontamos a su origen, la configuración de la intimidad fue la de ser un derecho de defensa, de no intervención en la esfera privada o íntima de la persona. En esta concepción el derecho a la intimidad es básicamente una libertad negativa, un *estaus libertatis*, de no injerencia del estado o individuos en la subjetividad.

Si la postura originaria continuara sosteniéndose, sólo se nos permitiría ver su parte interna, una visión reducida de autoprotección o auto-confinamiento clásicamente negativa con la que se le conoce; pero como vimos, la intimidad como derecho es una categoría social, cultural e histórica que pretende poseer un nivel de calidad en la relación con los demás; posee por tanto una parte externa con caracteres de libertad general, de autonomía plena, de decisión.

La doctrina e incluso el Constituyente Español, no han sido ajenos a la importancia que de forma genérica la tecnología y, en concreto, la informática tiene en las relaciones sociales y en los derechos de las personas. En 1969 ninguna de las constituciones de Europa había previsto situaciones de vulneración del derecho a la intimidad por medio o a través de modernos medios tecnológicos. No fue hasta un año después, en el Länd de Hesse, en donde surgiría una normativa concreta de protección de datos frente al uso de la informática. Antes de eso, interpretaciones laboriosas y estiradas hasta límites insospechados harían de la protección una maraña difusa de reglas y principios.

Ya en 1968, con ocasión de la celebración de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, para conmemorar el XX aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se iniciaban los primeros debates sobre la incidencia del uso de la informática en los derechos individuales, discutiéndose ya en esas décadas, cuáles serían los límites que una sociedad democrática debía establecer para proteger dichos derechos.

Los antecedentes legales que irían apareciendo con el pasar de los meses serían una importante premisa de carácter jurídico, con incidencia política, de un acercamiento de las personas con el Estado que tuviese en cuenta el fenómeno informático. A este respecto, Fronsini afirmaba que *“(...) a mediados de los setenta, ya era tiempo para un reconocimiento jurídico de la nueva forma del derecho a la discreción sobre los datos que de manera sintética*

llamamos libertad informática, al nivel más alto de la conciencia política y jurídica”⁹⁷. Portugal, por ejemplo, fue el primero en constitucionalizar el principio por el cual cada ciudadano tiene derecho a conocer sus datos personales recopilados en los bancos de datos.

Pese a estos antecedentes que se podrían interpretar como graduales o progresivos, no es posible afirmar en contrario que la incursión de la tecnología fue pausada o lánguida. Todo lo contrario.

Presentado de golpe en la palestra de la historia el fenómeno de la irrupción informática y el manejo descontrolado de los datos de las personas, suponía para los juristas la tortuosa tarea de encuadrarle en alguna categoría jurídica protegible existente expresamente en el ordenamiento jurídico y fue en la intimidad en donde se encontró la respuesta jurídica adecuada. Este derecho ha constituido, desde el principio, el acomodo constitucional más idóneo para ubicar la tutela del individuo frente al uso de los datos informatizados.

Acudir a esta categoría evitaba la difícil tarea de crear constitucional o jurisprudencialmente un derecho nuevo -con las críticas que eso supone y sujeto a las más vivas polémicas- capaz de darle cobertura y garantía suficiente a esta nueva forma de vulneración de derechos; uno de los más asiduos exponentes de esta posición es Orti Vallejo⁹⁸, quien al analizar el fundamento jurídico 6º de la sentencia 254/1993 del Tribunal Constitucional Español, concluye que no hay razón suficiente para afirmar que la protección de la persona frente a la utilización de ficheros y tratamientos de datos personales comporte la existencia de un nuevo derecho de la personalidad.

Sin embargo, una posición más antagónica advertía que si la nueva agresión al derecho de intimidad eran las nuevas tecnologías, sería lógico pensar que no podrían sostenerse los tradicionales mecanismos de protección existentes, sino que debía considerarse una nueva dimensión: la tutela de las posibilidades de participación reales del ciudadano en una sociedad informatizada, misma que se manifestaría con un nuevo

⁹⁷ **FRONSINI**, Vittorio. “Bancos de datos y tutela de la persona”, Revista de Estudios Políticos número 30, 1982, p. 30.

⁹⁸ Este catedrático de derecho civil de la Universidad de Granada opinaba que “(...) desde el punto de vista jurídico estricto, no hay razones para afirmar que la utilización informática de datos personales, requiera la introducción de un nuevo derecho de la personalidad o fundamental. Por el contrario, resulta más conveniente, desde el punto de vista doctrinal, profundizar en la tan necesitada reformulación de los derechos de la personalidad que comporta esa nueva manera de entender el derecho a la intimidad, con objeto de superar la excesiva patrimonialización de aquellos”. **ORTI VALLEJO**, Antonio, “Derecho a la intimidad e informática”, Editorial Comares, 1994, p.64.

traje que no podía ser otro que el reconocimiento de ciertas facultades de control que las personas deberían tener sobre el flujo de informaciones que circulan sobre sí mismo.

El problema no estriba en la necesidad de hacerse cargo o no de la era tecnológica emergente y de la afectación que la ausencia de tratamiento ocasiona a los derechos fundamentales, sino en la forma de cómo entender el problema. Se puede entender - *incorrectamente a mi juicio*- que la intimidad y la protección de datos personales constituyen un solo derecho, esto es, considerando a la segunda una derivación o categoría protegible de la primera, incluso, como una extensión más que comparte contenidos que le son propios, al grado de sustentar un nuevo concepto y, por tanto, un distinto significado pero con un tronco común.

Galán Juárez incluso titula uno de sus excelentes libros *“Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho”* defendiendo con ello la tesis que supone el contenido del derecho a la protección de datos insertado dentro de un derecho de intimidad más amplio. Sin embargo, al desarrollar el capítulo 8 de su libro, específicamente cuando se cuestiona y responde *“¿sería conveniente incluir el derecho a la autodeterminación informativa dentro del derecho a la intimidad?”*, encontramos algunas líneas que nos generan duda de su inclinación científica entre estos derechos.

“Por nuestra parte interpretamos que si la doctrina y la jurisprudencia plantean el nacimiento de un derecho nuevo, es precisamente para dar una respuesta a la incidencia de la informática sobre la intimidad. De ahí que no sea ya necesario el desdoblamiento de los derechos fundamentales que le sirven de sustento (la intimidad, el honor, la propia imagen, etc.) ni la ampliación de la protección inicialmente prevista por la Constitución para un derecho fundamental determinado.

Una vez analizada la postura del Tribunal Constitucional y otras aportaciones doctrinales en relación con el derecho de la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa, nos adherimos a aquellas posiciones que consideran que la técnica de protección de datos no se centra ni mucho menos con exclusividad en lo que se viene entendiendo como intimidad”⁹⁹.

Rebollo Delgado entiende por *“intimidad informática”* -*nótese la fusión de conceptos-* *“(…) como aquél contenido del derecho a la intimidad que establece la garantía de control y no injerencia sobre los datos relativos a la persona, susceptibles de tratamiento informático. Ello*

⁹⁹ GALÁN JUAREZ, Mercedes, *“Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho”*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 216 y 217.

requiere el conocimiento por parte del individuo de la existencia y características de los bancos de datos que poseen datos a él relativos. De esta forma la extensión del derecho a la intimidad, en un ámbito concreto como la informática, lo que está haciendo es dar solución no a una nueva amenaza, sino a una forma o medio de llevarla a cabo”¹⁰⁰.

Por su parte, Murillo de la Cueva nos recuerda la estrecha vinculación o conexión que existe entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales - *autodeterminación informativa siguiendo su expresión-*, pues a su parecer es a partir de la primera que se construye la segunda, aunque ello no es de extrañar. Sin embargo, está a favor de separar el derecho a la autodeterminación informativa del derecho a la intimidad, señalando que *“(…) si no coinciden los ámbitos que se quieren defender con el derecho a la intimidad y con la protección de datos personales; si aquél responde a una concepción preinformática, si ésta va configurándose como un sector especializado del ordenamiento jurídico cada vez más articulado y denso, tal vez convenga abandonar la referencia de la intimidad y encabezar la exposición de esta problemática con un epígrafe distinto. Como es evidente, no se trata únicamente de un cambio nominal, sino de una consideración sistemática, más acorde con la realidad”¹⁰¹.*

Por ello, ampliar el concepto y la protección construida para la tutela de la intimidad al problema informático y sus derivados en la utilización de los datos de las personas, produciría una contradicción terminológica importante: la intimidad abarcaría ya no sólo datos considerados, en estricto sentido, “*íntimos*”, sino también aquellos considerados “*no íntimos*”, desnaturalizando con ello la especificidad para lo que fue concebida y convirtiéndose en un derecho general de la personalidad cuya tutela yacería prácticamente ineficaz por no poseer ámbitos precisos de salvaguardia.

Una aproximación actual de la relación existente entre intimidad y protección de datos personales nos obliga a tener muy en cuenta aquellos cambios que ha producido la incorporación masiva de la tecnología en la vida cotidiana de las personas. La técnica de protección de datos pretende que todos estos sean dignos de tutela por revelar aspectos de la vida de una persona y no sólo por desvelar aspectos íntimos o reservados.

¹⁰⁰ **REBOLLO DELGADO**, Lucrecio, *“El Derecho Fundamental a la Intimidad”*, Dykinson S.L., Madrid, 2000, p. 191.

¹⁰¹ **LUCAS MURILLO**, Pablo, *“El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de datos personales frente al uso de la informática”*, Editorial Tecnos, 1990, p 120.

En efecto, las telecomunicaciones y el desarrollo de avanzados sistemas de comunicación y transferencia de datos permiten almacenar y enviar en milésimas de segundos gran cantidad de información y, dependiendo del manejo que se haga de ésta en todos los niveles, mayor o menor será la posibilidad de que ella pueda afectar no sólo el derecho a la intimidad, sino también cualquier otro derecho.

Y es que actualmente casi cualquier actividad de individuo es susceptible de ser considerada íntima si damos cuenta de la importancia de las agresiones a las que nos enfrentamos permanentemente, más aún si advertimos que una información, por baladí que parezca, quizá no lo sea para la persona concernida o quizá no lo sea para quien recolecte esa información, pero independientemente de ello ésta la transforma en reservada frente al interés ajeno.

De esta forma, la protección de los datos personales deja de tener una correspondencia unívoca con el derecho a la vida privada y a la intimidad; pasa más bien a configurarse como un derecho autónomo relacionado con la posibilidad de cada persona de tutelar la circulación de la información que le incumbe. Así, la protección de datos se convierte en un elemento central de la forma en que el ciudadano vive y se relaciona en la sociedad de la información y comunicación.

La conclusión a la que arribamos nos es otra más que aquella que considera necesario romper el cordón umbilical que une al derecho a la intimidad con el derecho a la protección de datos personales; y así lo haría más tarde el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 292-2000 al decir *“(…) sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales no los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad no aporta por sí solo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico”*¹⁰².

En tal sentido, el cambio de paradigma es sustantivo, sobre todo si se tiene en consideración que en el derecho a la vida privada los mecanismos de tutela del mismo parten de la premisa de que la persona tiene derecho a excluir interferencias ajenas sobre

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional Español 292/2000 de 30 de noviembre, fundamento jurídico 4º.

su vida: así, la tutela es estática y negativa. Sin embargo, en la protección de datos personales el argumento es sustancialmente diferente, ya que su ejercicio se concreta en poderes de intervención; la tutela es dinámica y sigue a los datos durante su recogida y tránsito.

Ahora la protección de las personas no se circunscribe a la reserva de una parcela de su vida del conocimiento ajeno, sino a garantizar que en todo caso sea el propio individuo el que dirigirá y gobernará el ámbito y extensión de sus relaciones con terceros. Tengamos en cuenta que al derecho sólo le interesan las conductas exteriorizadas con alguna repercusión jurídica, pero el hombre para desarrollar su personalidad con completa autonomía necesita decidir libremente sobre sus pensamientos, sus creencias y su conciencia.

En España, sería la Ley Orgánica 1/1992 la que se haría cargo, en tanto no entrara en vigencia aquella norma que reglara el artículo 18.4 de la Constitución, de proteger el derecho a la intimidad por diversas violaciones que sobre este derecho pudieran acontecer, incluyendo, aquella producida por el uso de la informática.

Lucas Murillo de la Cueva ya avizoraba en 1993 que la Ley Orgánica antes citada no serviría para impedir la captación, el acopio, la revelación y transmisión de informaciones personales que no necesariamente habrán de pertenecer a ese reducto último de la vida privada de una persona. Lo anterior ya apuntaba en dirección a que intimidad y protección de datos personales no gozarían de iguales contenidos, aunque sí compartirían un pequeño porcentaje el uno del otro. Incluso en 1990 afirmaría que *“(...) si la intimidad fuera el bien jurídico que habría que defender del peligro informático, lo que habría que resguardar sería bastante poco”*, aludiendo precisamente a que hay otros datos *-no necesariamente íntimos-* que, por muy inofensivos que parezcan, en un contexto informático adecuado, intencionado e interrelacionado pueden formar facetas importantes de la personalidad de un individuo que, como menos, merecen la protección y el control por parte de la persona concernida.

Para este autor, el derecho a la intimidad normalmente implicó el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la esfera protegida y correlativamente, determinar de forma libre la propia conducta, como un típico derecho de defensa. Sin embargo, la técnica de protección de datos sería mucho más compleja; obligaría así ir abandonando el concepto clásico del derecho a la intimidad si lo que en realidad ambicionamos proteger

son los datos de las personas y optar por crear un derecho nuevo capaz de preservar la información individual y los datos de las personas frente a su utilización incontrolada.

Pese a esa dualidad de conceptos en cuanto a la separación existente entre el contenido del derecho a la intimidad y el de la protección de datos personales, lo cierto es que muchos otros, como Rebollo Delgado, aún a esa fecha se adscribían a la tesis que, teniendo como base el artículo 18.4 de la Constitución Española, consideraría al derecho de protección de datos personales formando parte del contenido general y esencial del derecho a la intimidad¹⁰³. Incluso, una forma que posee la doctrina, ya minoritaria pero muy respetable, es considerar a la intimidad como un viejo derecho que cobra nuevas dimensiones; esto es, una prolongación del derecho a la intimidad. No es un nuevo problema, se afirma, sino un conocido enfrentamiento entre la intimidad, el honor y la libertad de información.

Esa doctrina, a la que se adscribe Orti Vallejo¹⁰⁴, considera que se han introducido nuevos términos con ánimos de ayudar a la interpretación de las normas y a perfilar el contenido de las palabras y de los enunciados normativos que las engloban, con lo que permite mitigar la complejidad del problema que tratamos, pero lo cierto es que puede contribuir a una mayor confusión. Se insiste sobre el hecho que sólo se trata de una nueva tecnología, una nueva posibilidad de atentar contra diversos derechos de las personas, especialmente, la intimidad. Al fin y al cabo, nuevas tecnologías implican una nueva posibilidad de atentar contra los diversos derechos de las personas que, a lo sumo, merece un enfoque renovado del clásico concepto de intimidad.

Como vemos, la distinción teórica entre intimidad y protección de datos personales no constituye una opinión unánimemente compartida. Hay argumentos como los de Martínez Martínez que rechazan la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos por encontrar la protección adecuada frente al tratamiento automatizado de datos informáticos dentro de la intimidad en su versión ampliada, esto es, con la incorporación y

¹⁰³ Así se advierte de la cita literal: *“Resumiendo, no podemos realizar otra aseveración más que aquella que entiende al art. 18.4 CE como una indicación expresa del contenido esencial del derecho a la intimidad. Ello tiene un pleno acoplamiento en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a concepción, idea y grado de garantía del derecho. En definitiva, el derecho a la intimidad informática es una extensión de un derecho al cual viene a completar y que nos es otro que el derecho a la intimidad”*.

¹⁰⁴ **ORTI VALLEJO**, Antonio, *“Derecho a la intimidad e informática”*, Editorial Comares, 1994, p. 61.

refuerzo de nuevos mecanismos de tutela necesarios para llevar a cabo¹⁰⁵; pero será este mismo autor el que reconocerá que existe la necesidad de predicar la presencia en el ordenamiento jurídico español de un derecho específico al control sobre la información personal.

La dualidad o multiplicidad en la comprensión del contenido del derecho de intimidad y del derecho a la protección de datos personales se manifestaría entonces de forma temprana en la doctrina española como una derivación del primero; pero en una etapa más tardía y madura de la doctrina y, en especial, de la práctica procesal en la materia, se daría un salto cualitativo de abierto enfrentamiento de contenidos entre ambas categorías jurídicas, principalmente, en aquello en donde no hay, entre uno y otro concepto, un punto de convergencia común. De ahí que consideremos de suma importancia conocer y saber identificar cuál es la dialéctica que se produjo entre la intimidad y la protección de datos personales como derechos autónomos pero vinculados entre sí.

De lo antes expuesto lo que queda al descubierto y resulta más relevante para el contexto no es la persecución de proteger la información más íntima de la persona al puro estilo del derecho a la intimidad en su acepción clásica, sino otra muy distinta: proteger aquella información que puede revelar los más variados aspectos de la vida de una persona y de su comportamiento.

Ello implica un cambio de paradigma en cuanto a centrar la atención ya no en la calidad del dato personal -*como originariamente se venía haciendo para identificar la existencia o no de vulneración al derecho a la intimidad en su sentido puro*- sino en el tratamiento informatizado de los datos que, a primera vista, podrían resultar no necesariamente íntimos o, incluso, intrascendentes; y es ahí en donde radica la enorme diferencia del concepto y contenido clásico de intimidad con el contenido del derecho a la protección de datos personales.

Como queda dicho, a diferencia de los contenidos de la intimidad tradicional, el derecho a la protección de datos personales está integrado por las diferentes facultades y poderes de control que se reconocen a sus titulares sobre la información personal que les afecte, algo que de por sí no puede abarcar el contenido del derecho a la intimidad. No hay

¹⁰⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, “Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa”, Thomson-Civitas, APDCM, Madrid, 2004.

que olvidar que la informática constituye un nuevo poder de dominio social sobre el individuo mucho más sofisticado que el ejercicio de la fuerza física.

En ese contexto, no se debe entender entonces el derecho de protección de datos personales como sinónimo conceptual de avanzada del derecho a la intimidad, esto es, sólo como una forma de defensa a intromisiones de terceros en el ámbito definido como íntimo; una idea limitada como esa petrificaría cualquier aspiración evolutiva en aras a proteger cualquier derecho fundamental a futuro.

Y es que, el derecho de protección de datos personales no sólo versa sobre facultad de una persona de disponer de una determinada información sobre su intimidad negándose a darla, sino también involucra la disposición de información no íntima y de decidir quién puede acceder a ella y quien no, de modo que el individuo pueda conocer, en todo momento, de qué información disponen los terceros sobre sí; implica pues, no sólo impedir el acceso a su información, de cualquier clase, que sobre él se posea sino acceder a ella *-para verificarla, modificarla e incluso prohibirla-*, habida cuenta del potencial lesivo que la posesión incontrolada de ésta puede comportar, independientemente sea información íntima o no lo sea.

Concebir la protección de datos como una categoría de la intimidad podría dificultar su relación con otros derechos fundamentales que también pueden peligrar su ejercicio ante la amenaza de la informática, de manera que su protección se llevaría a cabo de manera indirecta, esto es, siempre por el camino de la intimidad. Y, finalmente decir que no existe a nuestro pensar un solapamiento entre los objetos de tutela de la intimidad y la protección de datos personales, aunque es cierto que la relación existe y la intimidad es también objeto de protección a través de la protección datos personales, pero esta última la supera y amplía, precisamente, porque su interrelación con otros derechos es inevitable.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. SU CONTENIDO ESENCIAL.

A. Aspectos preliminares

La atribución de significado al contenido esencial de un derecho es una tarea que implica de alguna manera poner de manifiesto qué concepción se maneja del mismo, independientemente de que existan referentes a seguir. La posible trasgresión del contenido esencial no es otra cosa que la colisión entre diversas formas de entender un derecho, la del autor de la norma que supuestamente lo contradice, la de aquel que plantea la posible contradicción y la del órgano encargado de determinar la que es válida.

Se acepta ya con mayor frecuencia dentro del ámbito constitucional el que la definición de los derechos está más bien configurada por lo que conocemos como el “contenido esencial”; ello por la dificultad que implica establecer un contenido genérico para todos los derechos, lo que nos obliga a acudir a la delimitación del núcleo de forma específica en cada uno de ellos. Pero si los derechos adquieren significado y relevancia cuando están inmersos en un contexto jurídico en particular, tampoco es predicable realizar una fundamentación aislada del sistema en que se encuentran del resto de derechos.

El contenido típico, esencial, mínimo del derecho a la protección de datos personales estaría así integrado por diferentes facultades y poderes de control que se reconocen a sus titulares sobre la información personal que les afecte así como por los deberes y obligaciones que recaen sobre los sujetos pasivos y por las reglas objetivas, procedimientos e instituciones de garantía predispuestos por el legislador, que abarcan todas las fases de elaboración y uso de los datos, o sea, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación.

El Tribunal Constitucional Español nos ilustra en señalar lo que constituye el contenido esencial de un derecho, al expresar que son aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que un derecho en particular sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento

histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales¹⁰⁶.

Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Habíamos hecho referencia, en pocas palabras, al peligro potencial y real que nos enfrentamos como sociedad al no reconocer como una parcela importante de nuestros derechos fundamentales la protección de los datos personales.

Para el caso que ahora centra nuestro foco de atención, los datos personales, su tutela se justifica en el tiempo como una importante salvaguarda del individuo frente a las amenazas de la modernidad. Pero en concreto ¿para qué serviría proteger este derecho? En una conferencia sobre protección de datos en Cataluña, el profesor Pablo Lucas Murillo de la Cueva¹⁰⁷ contesta a esta interrogante expresando sintéticamente: *“Este derecho sirve para poner en manos de cada uno de nosotros los instrumentos para definir qué aspectos de nuestra vida deseamos -o no nos importa en determinadas condiciones- que manejen otros. Es decir, para controlar el acceso a nuestros datos personales, a las informaciones de cualquier tipo que nos identifiquen directa o indirectamente, y su uso por terceros, ya sean estos sujetos públicos o privados”*.

La doctrina, los legisladores y los tribunales de justicia poco a poco se percatan de que el avance de la tecnología y la informática ha expuesto al ser humano a nuevos y desconocidos peligros que necesitan verse garantizados. Y es que, ese peligro sobreviene, por una parte, por el volumen de la información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja; por otra, en la posibilidad de obtener de forma expedita nuevos elementos informativos que nos afectan; en tercer lugar, porque tales procedimientos de almacenamiento permiten lograr el conocimiento de aspectos de nuestra vida que, además de personales o reservados, merecen ya el calificativo de

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español con referencia 11/1981, de 8 de abril de ese mismo año.

¹⁰⁷ **Murillo de la Cueva**, Pablo Lucas *“Diez preguntas sobre el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos de carácter personal”*, Agencia Catalana de Protección de Datos, 13 de enero de 2006.

íntimos; y finalmente, porque existe el riesgo que, a partir de ese cúmulo informativo se elaboren o construyan perfiles de nuestra personalidad en función de los cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas, por ejemplo, a la hora de adquirir una vivienda, en propiedad o alquiler, obtener un crédito bancario o una simple tarjeta de crédito, o aspirar a un puesto de trabajo.

En palabras simples, la posibilidad de acumular informaciones en cantidad ilimitada, de compararlas y de agregarlas, de encontrarlas inmediatamente en una memoria inmensa, de objetivarlas y transmitir las como una mercadería en cualquier formato, físico o electrónico, permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo al que debemos denominar por su nombre: el poder informático. La información es poder y el poder se hace decisivo cuando es capaz de convertir las informaciones fragmentarias en informaciones organizadas.

Este panorama, con rasgos inequívocamente novedosos, pone de manifiesto en términos concretos lo que de valioso tienen los datos personales y la necesidad de establecer los medios para que el titular a quien le pertenecen mantenga, o más bien, recupere el poder de disposición y control sobre ellos.

Se admite y defiende que la intimidad adquiere una nueva dimensión y una configuración diferente en la sociedad moderna, ya que en la actualidad cualquier actividad del individuo es susceptible de ser considerada íntima si nos atenemos a la importancia y la novedad de las agresiones a las que nos enfrentamos a diario y, máxime, si se observa que una información, por irrelevante que pueda parecer, logra transformarse en reservada frente el interés ajeno, por ejemplo, mediante una de las técnicas de mutación electrónica denominada la Data Mining, que consiste en un software que permite transformar los registros y datos almacenados en información provechosa¹⁰⁸.

Con lo expresado en capítulos previos resulta casi unánime afirmar que en la sociedad actual la protección de los datos personales no goza de un reconocimiento ni de un contenido semejante al concedido en épocas anteriores, donde el desarrollo tecnológico bien no existía, bien carecía de la entidad suficiente para perturbar la existencia y la vida

¹⁰⁸ **URDANETA**, Elymir, en su artículo “*El Data Mining*”, según el autor consiste en la extracción de información oculta y predecible de grandes bases de datos, además de una poderosa tecnología nueva con gran potencial que ayuda a las compañías a concentrarse en la información más importante de sus Bases de Información (Data Warehouse). Un **Sistema** Data mining es una tecnología de soporte para usuario final cuyo **objetivo** es extraer **conocimiento** útil y utilizable a partir de la información contenida en las bases de datos de las **empresas**. Puede consultarse en <<http://www.monografias.com/trabajos7/dami/dami.shtml#funda>>

privada de los individuos. Tan es así que se ha instado en reformular el paradigma de su contenido mínimo desde su inicial concepción liberal como protección y tutela necesaria frente al intervencionismo y la arbitrariedad públicas, hasta más allá de la significación como el derecho a ser dejado solo, todo para custodiarlo y mantener vigente su condición de derecho fundamental vivo.

Como puede derivarse, forma parte de este núcleo principal, esencial si se quiere, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se poseen datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos; retirar de circulación los inadecuados a la finalidad para la que se recabaron o si hubieren sido obtenidos en violación de las normas legales existentes; a esto añadir el correlativo deber de quienes los acopian, tratan, transmiten, conservan o utilizan. Pero también hay otra parte importante de estos datos que no debemos olvidar: aquellos datos que por su naturaleza misma son especialmente sensibles y, por tanto, poseerían una protección y un tratamiento especial, más protegido.

Los elementos de interés sobre los cuales se justifica la protección de este derecho son, junto con el consentimiento libre e informado del afectado o la autorización legal para su manipulación, la finalidad o el legítimo objetivo para el que se solicitan. Este último se convierte en un factor determinante de la protección de datos, pues circunscribe el uso que de ellos pueda hacerse, prohibiendo que sectores públicos o privados se aprovechen de tales datos empleándolos para objetivos diferentes no comprendidos en el consentimiento inicial del titular de los datos personales o en la habilitación legal existente si la hubiere; es decir, en la congruencia y la racionalidad que han de presidir su utilización.

Aunque no es tarea de este trabajo repetir el debate doctrinal existente sobre el *nomen iuris* correcto que encuadraría las técnicas adecuadas para proteger el derecho en cuestión, lo importante -creemos- es comprender que cualquiera que sea la opción o elección conceptual -*derecho a la intimidad, intimidad informática, libertad informática, derecho de autodeterminación informativa o protección de datos personales*-, existe una coincidencia en que nos hallamos dentro del ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico básico está formado por distintos instrumentos que integran la protección de datos personales con un núcleo indisponible por parte del legislador: la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder

a un tratamiento de datos, el cual solamente puede ser evadido cuando la ley así lo permita y siempre que el fin que se persiga sea constitucionalmente legítimo.

Parafraseando a Perez Luño: *“En una sociedad como la que nos toca vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario”*. Sobre el tópico, el autor agrega: *“Contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tienen acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute”*¹⁰⁹.

Estas reflexiones también nos inducen a repensar en que la intimidad no estaba más protegida antes que ahora. En realidad, lo que ha sucedido es que se han producido cambios en la vida que facilitan la violación de ciertas facetas de las personas por parte de la sociedad, pero ésta, de otro lado, garantiza mejores estructuras para proteger muchos aspectos de la vida privada del ciudadano.

B. Del contenido esencial del derecho a la protección de datos en España.

De suyo es conocido que la técnica jurídica de la protección de los datos personales ante el uso de la informática en España nace y existe para hacer efectivo el ejercicio de varios derechos fundamentales y, particularmente, el artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978. Aunque se reconoce una redacción confusa y una inserción dentro del texto poco apropiada, no es más que reveladora de la inexperiencia integral del tema; sin embargo, ello no fue obstáculo -*como no podría serlo para otros países en similares circunstancias*- para extraer de ahí, aun en ausencia de desarrollo legislativo, un contenido gradual pero claro y preciso del sentido del precepto ayudado, sin duda, por la aplicación y contenido del Convenio 108 del Consejo de Europa.

En general, el desarrollo del derecho a la protección de datos personales versa sobre un conjunto de normas e instituciones cuya razón de ser es la de ofrecer una primera línea de defensa especializada de esta categoría de derecho fundamental en la búsqueda por ofrecer protección para riesgos actuales, importantes y crecientes a los que se

¹⁰⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las generaciones de derechos humanos”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 10, septiembre-diciembre, 1991

enfrentan las personas. Y ello, porque las nuevas técnicas de tratamiento de la información obligan a reformular la protección de los derechos fundamentales de hombres y mujeres, reforzando las medidas de acuerdo con las nuevas formas de injerencia en la vida privada e íntima de los individuos. No se trata, por tanto, de recortar el dinamismo de la informática y las ventajas que aporta a la sociedad, sino de armonizarla de manera equilibrada con el resto de derechos fundamentales que se encuentran en juego. Las bases de datos, como todo producto social, están al servicio del hombre y no pueden vulnerar sus libertades y derechos fundamentales.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, conocida como LORTAD, tuvo como inspiración más inmediata el Convenio 108 del Consejo de Europa, que dicho sea de paso, fue el primer texto que proclama principios y derechos sobre protección de datos personales, cuya referencia ha sido retomada por muchas de las legislaciones de los países miembros.

La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999, conocida como LOPD, fue más bien una respuesta de adaptación de la normativa Española del momento a las prescripciones Europeas en la materia recogidas en la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de sus Datos Personales y a la Libre Circulación de éstos¹¹⁰, que recoge los principios del Convenio 108 pero amplía el contenido de la protección.

Esta última se completa con dos instrumentos internacionales más: La Directiva Europea 97/66/CE del Consejo de 15 de diciembre de 2002 sobre el tratamiento de datos y la protección de la intimidad en las telecomunicaciones; y la Directiva 58/200/CE del Consejo de 12 de julio de 2002 sobre datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas¹¹¹.

En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 ya incorporaba y reconocía, a nivel de estándar europeo, el derecho a la protección de datos de carácter personal; su reconocimiento constituye, a nuestro entender, el primer paso del contenido esencial este derecho. Otra parte del mismo lo

¹¹⁰ Consultar el Diario Oficial número L 281, de 23/11/1995.

¹¹¹ Ambas Directivas pueden verse en el Diario Oficial número L024 de 30 de enero de 1998 y en el Diario Oficial número L201 de 31 de julio de 2002, respectivamente.

constituirán los principios informadores del derecho para finalmente incluir, como válvula mínima o piso, la autoridad de control.

El artículo 8 reza: 1. *“Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen. 2. Esos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente¹¹²”*.

En fin, éste es el boceto principal que dibuja el contenido esencial del derecho a la protección de datos en España junto con los principios que más adelante se desarrollan; en algunos países de la Unión encontraremos ciertos matices particulares pero, en general, la protección estará inspirada y sugestionada por estas máximas y mandatos de los instrumentos internacionales.

Por su parte, la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) carece de exposición de motivos, pero como advertimos antes, sigue la línea de la LORTAD y dedica su Título III a enunciar los derechos de las personas titulares de los datos. Esos derechos se basan precisamente en los principios de la protección que les son propios, mismos que deben cumplirse para que el tratamiento de datos se considere lícito y legítimo, siendo los siguientes:

a) Principio de finalidad: El objetivo de la creación de un fichero debe conocerse desde el momento de su creación. Los datos podrán conservarse en cuanto sea preciso para el propósito perseguido y autorizado. El tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos y científicos no se considera incompatible con la finalidad perseguida al momento de la recogida de los datos. Asimismo, se considera lícito el tratamiento cuando su finalidad es la protección de un interés esencial para la vida del interesado. Este principio, en opinión de EMILIO DEL PESO¹¹³ abarca los principios de pertinencia y de utilización no abusiva.

b) Principio de pertinencia: Los datos deben estar relacionados con el objetivo o el fin que se persigue al crear el fichero, conforme lo define el artículo 4 de la LOPD.

¹¹² La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede consultarse para su lectura en formato PDF en la página web http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

¹¹³ **DEL PESO NAVARRO**, Emilio. “Ley de Protección de Datos. La Nueva LORTAD”. Ediciones Díaz Santos, enero 2000, pp 18.

c) Principio de utilización no abusiva: Los datos no deben usarse para fines incompatibles con aquéllos para los que se recogieron. Sólo mencionar que la ley vigente es mucho más permisiva que la anterior LORTAD que hablaba de finalidades distintas.

d) Principio de exactitud: El responsable debe contar con los procedimientos y medios para comprobar que los datos contenidos en la base sean exactos y actuales.

e) Principio de derecho al olvido: Los datos deben cancelarse una vez que hayan cumplido la finalidad para la que fueron recogidos o hayan dejado de ser necesarios.

f) Principio de lealtad: La recogida de los datos debe hacerse de forma lícita, o sea, cumpliendo con todos los principios de protección de datos.

g) Principio de publicidad: Los ficheros de datos personales deben figurar en un registro público.

h) Principio de acceso individual: Los interesados tienen derecho a solicitar y obtener en forma gratuita, información sobre sus datos sometidos a tratamiento, el origen de los mismos y las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.

Otros principios de cardinal importancia vinculados más bien a qué datos serán recogidos, por quién y para qué son recogidos, son: El principio de seguridad, que determina que el responsable del fichero y el encargado del tratamiento, en su caso, tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales, evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado; y el principio de consentimiento, ya que el tratamiento de los datos personales requiere del consentimiento inequívoco del titular de los mismos, excepto en aquéllos casos en que la ley disponga otra cosa. Debe reconocerse que en la LOPD, el consentimiento es revocable, siempre que exista una causa justificada y no se le atribuyan efectos retroactivos.

Con la mención y breve explicación de los principios relacionados, cabe recordar dos sentencias del Tribunal Constitucional de enorme trascendencia para el desarrollo del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales. En primer lugar, la tantas veces citada 254/1993, que aborda el tema del contenido esencial vinculado con el Convenio 108 del Consejo de Europa como instrumento interpretativo cardinal para la solución del caso concreto. Y, la sentencia 292/2000, en la que se da el primer paso para la instauración definitiva sobre una expresión única del contenido esencial del derecho en cuestión. En esta última sentencia señala: *“(...) el contenido del derecho a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona*

para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué pudiendo oponerse a esa posesión o uso (...). “(...) estos poderes de disposición y control sobre los datos personales que constituyen parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”.

En conclusión, el contenido esencial del derecho a la protección de datos en España, y por qué no decirlo, en la mayoría de los países de Europa y en varios de América, descansa sobre la base de dos pilares básicos: el consentimiento de la persona a quien los datos le conciernen, el conjunto de derechos que lo hacen practicable -*acceso, rectificación, cancelación y oposición*- y que garantizan el control de los datos y los principios de finalidad, pertinencia, utilización no abusiva, exactitud, lealtad, publicidad y de acceso individual.

C) Sobre la Ley Española de Protección de Datos de Carácter Personal

En anteriores párrafos se han esbozado algunos aspectos diseñados con cifrado histórico para poder formarnos una idea integral básica de cómo surge en España la regulación jurídico-normativa de protección de datos personales automatizados. Es imprescindible referirnos ahora a los aspectos meramente formales y materiales de la ley que actualmente sistematiza el procedimiento de tutela y los órganos encargados del control.

Con el propósito de tener un panorama formal general de este ordenamiento jurídico especial, tenemos que la LOPD comprende un total de 49 artículos divididos en 7 títulos y finaliza con una serie de disposiciones diversas

Su estructura formal es la siguiente: Título I. Disposiciones Generales. Título II. Principios de la Protección de Datos. Título III. Derechos de las Personas. Título IV. Disposiciones Sectoriales. Capítulo I. Ficheros de Titularidad Pública. Capítulo II. Ficheros de Titularidad Privada. Título V. Movimiento Internacional de Datos. Título VI. Agencia Española de Protección de Datos. Título VII. Infracciones y Sanciones. 6 Disposiciones Adicionales, 3 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 3 Disposiciones Finales.

Como ya tuvimos ocasión de referirnos, los antecedentes normativos de la vigente Ley de Protección de Datos Personales están constituidos fundamentalmente por la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal de 26 de octubre (LORTAD), con la que nace la primera Ley Española que regula de forma específica esta materia, pero que en la actualidad se encuentra derogada. En cuanto a su contenido, una de las notables diferencias entre su sucesora era el ámbito de aplicación, el cual se circunscribía únicamente a los ficheros de carácter personal que se tratan en soportes automatizados, entretanto la vigente abarcaría también datos recaudados en soportes manuales no automatizados.

La Ley Orgánica de Protección de Datos en vigor extiende el ámbito de aplicación y cobertura a todo tipo de ficheros, independientemente del soporte en el cual sean tratados, lo que constituye una novedad respecto de su antecesora; por ello podemos llegar a concluir que su texto se adecua a lo establecido en la Directiva Europea 95/46 CE. Conforme a esta última, el ámbito de aplicación de una norma como esta debe circunscribirse a todo tipo de ficheros de carácter personal, independientemente del tipo de soporte en el cual se traten, sean estos automatizados y no automatizados.

Oportuno será decir que, para incorporar la Directiva Europea 95/46 CE de 24 de octubre al derecho interno español, se aprobó la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal que derogó a la LORTAD, cuyas principales novedades, con respecto a su antecesora, son: **1.** La inclusión dentro de su objeto o ámbito de protección de los archivos convencionales y tratamientos manuales. **2.** Se introduce junto con los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales que sean objeto de tratamiento, el derecho de la persona a oponerse a que sus datos sean objeto de tratamiento. **3.** Se permite el tratamiento ulterior de los datos y se admiten ciertas excepciones a los derechos de las personas cuando el tratamiento se realice con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre que se lleve a cabo un proceso de disociación que impida asociar a los datos así tratados con las personas de las que provienen. **4.** Se introduce la figura del encargado del fichero *-que es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento-*; se le otorgan ciertas funciones, especialmente en el renglón de la seguridad y se le atribuyen responsabilidades por incumplimiento de sus obligaciones. **5.** Se amplían las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia. **6.** Se prevén nuevas

excepciones al principio del consentimiento para el tratamiento cuando mediante él mismo trate de proteger un interés vital del interesado o cuando el tratamiento sea necesario para satisfacer un interés legítimo y esté recogido en una fuente de acceso público.

El desarrollo de esta normativa, compleja en cuanto a su aplicación práctica, ha sido objeto de perfeccionamiento mediante tres normas, concretamente, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, que se configura como un desarrollo de la Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos de 14 de Diciembre, en cuanto a sus principios y en relación con las medidas de seguridad a aplicar en los sistemas de información. También, por el Real Decreto 994/1999 de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, de 11 de Junio de 1999 (RMS). Éste es un reglamento que también desarrolla la Ley Orgánica 5/1992 al regular las medidas técnicas y organizativas que deben aplicarse a los sistemas de información en los cuales se traten datos de carácter personal de forma automatizada., aunque en vigor, quedó completamente derogado el 19 de abril de 2010. Y no menos importante, el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de 15/1999, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 17, de fecha 19 de enero de 2008.

Con tales aspectos incorporados a la nueva Ley junto con su reglamento de desarrollo, queda la protección de datos personales y familiares cubierta de forma integral y conforme al Estatuto Europeo y a sus estándares Europeos mínimos sobre la materia. Al menos eso es lo que hemos logrado advertir personalmente; aunque reconocemos que el camino está proyectado y preparado, falta mucha carretera que asfaltar, el mantenimiento respectivo y las mejoras que el tiempo y la experiencia irán trazando.

C.1.) Sujeto activo

Como premisa de consideración previa y obligada debemos apuntar que, según el artículo 18.4 de la Constitución Española, todo parece indicar que sólo los “ciudadanos” son titulares de las facultades que este derecho conlleva, pero lo cierto es que prácticamente todos los denominados derechos fundamentales se reconocen, no a quienes poseen el estatus jurídico propio de nacionales, sino a toda persona o individuo. Esto se confirma del propio artículo 1 de la LOPD que habla expresamente de “las personas

físicas”, lo que no podría ser de otro modo debido a la literalidad del Convenio 108 del Consejo de Europa y la Directiva Comunitaria en la que se proponen proteger a “las personas”, lo que incluye cualquiera que se considere dentro de esa categoría.

Otro aspecto importante a tomar en consideración en el tema de los sujetos activos que participan en la relación jurídica procesal es que la derogada LORTAD, artículo 3 letra e), excluye implícitamente a las “personas jurídicas” de su goce, al circunscribir la protección de datos a “personas físicas”.

Sobre este punto en particular, el artículo 18.4 de la CE establece: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

Sin embargo, el artículo 1º de la LORTAD, como norma de desarrollo legislativo del artículo 18.4 dispone: *“La presente ley Orgánica (...) tiene por objeto limitar el uso de la informática (...) de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”*; en la misma dirección se redacta la LOTD que define: *“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Sentencia 19/1983, de 14 de marzo ha venido admitiendo la posibilidad de que las personas jurídicas y no solamente las personas físicas, pueden ser titulares de derechos fundamentales en general.

En ese sentido, la STC 53/1983 de 20 de junio, ha venido admitiendo que la referencia que hace el artículo 53.2 CE a “cualquier ciudadano” como sujeto que puede recabar la tutela de las libertades y derechos a través del recurso de amparo, no debe llevar a negar que las personas jurídicas y, entre ellas, las sociedades mercantiles, puedan acudir al recurso de amparo.

La STC 139/1995, de 16 de septiembre, refuerza y amplía, según su propia expresión, la orientación jurisprudencial de la Sentencia 214/1991, al señalar que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, pero que el significado del derecho al honor no puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. La afirmación no deja de crear polémica en muchos estrados de juristas que conocen del tema y que consideran que ello es insostenible teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos fundamentales.

Países como Alemania, Francia Irlanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia han optado por la solución de no incluir a las personas jurídicas entre los titulares del derecho de “autodeterminación informativa”, pero en Austria, Dinamarca, Islandia, Luxemburgo y Noruega la solución es inversa.

Con todo, lo que queremos dejar en evidencia es que el panorama comparado no ofrece una solución unívoca a este problema. Pese a ello consideramos que es recomendable estudiar una posibilidad o una fórmula para extender la cobertura del derecho citado a las personas jurídicas, aunque creo que deberá hacerse bajo la perspectiva de proteger a las personas o individuos que forman o integran a la persona jurídica; al fin y al cabo, las personas jurídicas no son, sino, instrumentos de los que se valen los hombres para alcanzar determinados fines que de otro modo serían de más difícil conquista; un caso ejemplificador y clarificador de lo antes señalado sería el de las asociaciones de consumidores.

Por tanto, sujeto activo es lo que la LOPD, al igual que su antecedente LORTAD, denomina “afectado o interesado”, o sea, la persona física titular de los datos objeto de tratamiento, es decir, aquella a quien conciernen las informaciones que, permitiendo directa o indirectamente su identificación, se registran, conservan, elaboran, modifican, cancelan o ceden.

C.2.) Sujeto pasivo

En cuanto al otro polo de la relación jurídica que institucionaliza la LOPD, el sujeto pasivo claramente lo es cualquiera que sea el responsable de un fichero automatizado, esto es, cualquier persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de la base o de un fichero de datos. Asimismo, se les confiere esta denominación a aquellos sujetos que intervienen en cualquier fase del tratamiento de datos de carácter personal conforme lo establece el artículo 10 de la LOPD.

En este punto hay que subrayar que, tratándose de datos personales, no importa la finalidad concreta para la que se haya creado un fichero o el objetivo que inspire su tratamiento, dejando a salvo casos puntuales como salud e investigación científicas que han tenido un tratamiento normativo especial al efecto.

Dejar completamente definido y aclarado este punto es de capital importancia, pues con ello logramos determinar el destino de las obligaciones que establece la ley y, consecuentemente, la persona o personas contra las cuales habrán de ejercitarse los derechos y de dirigirse las acciones de responsabilidad o de cualquier otro tipo permitidos por la norma.

¿A quién se aplica? La ley no duda en expresar sin rodeos que se aplica tanto al sector público como al privado, con lo que la cobertura es completa.

Es importante destacar que, si a la hora de afirmar la titularidad activa de los derechos se ha decidido excluir a las personas jurídicas, aunque fuese de forma implícita, no se ha dudado en incluirlas expresamente entre los sujetos obligados a respetarlos.

Una novedad de la ley es que supone una previsión expresa de aplicabilidad a los ficheros de titularidad privada. Si las amenazas al derecho pueden provenir tanto del sector privado como del público, la verdad es que las garantías que el individuo posee frente a la Administración son más eficaces y permiten ser más controladas en este campo. Por ello, no cabe descartar bajo ningún punto de vista que provengan de los bancos de datos privados las amenazas más graves y molestas a los derechos de intimidad de las personas, de ahí su expresa previsión.

La LOPD es un poco más enérgica cuando se fija en las infracciones a que se refiere el artículo 4, si éstas fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas; en esos casos, dice la ley en su artículo 46, el Director de la Agencia de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción, dando un catálogo de cuatro posibilidades consecuenciales.

Si bien se predica un abanico de posibilidades en cuanto al legitimado pasivo, también es cierto que la LOPD prevé de antemano quienes están sujetos al régimen sancionador en su artículo 43, y son los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos de datos.

C.3.) Contenido del derecho y de su protección.

El contenido típico del derecho a la protección de datos personales está integrado por las diferentes facultades y poderes de control que se reconocen a sus titulares sobre la información personal que les afecte, así como por los deberes y obligaciones que pesan

sobre los sujetos pasivos y por las reglas objetivas, procedimientos e instituciones de garantía previstos por la Ley, mismos que operan en el momento de la recogida de los datos, en el de su tratamiento y conservación, así como en el de transmisión o cesión.

Ahora bien, al margen de la denominación que seleccionemos para llamar al derecho estamos claros en que su contenido jurídico está formado por los diferentes instrumentos que integran la protección de los datos personales y que posee, como sucede con todos los derechos fundamentales, un núcleo o reducto indisponible incluso para el legislador.

Entre los elementos mínimos que lo componen nos encontramos, ante todo, con la exigencia del consentimiento informado del afectado, como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento de este tipo de datos, consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita.

Luego está el reconocimiento a todos de facultades positivas y negativas sobre la información personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Estas son, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos cuando sean inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales.

En cuanto a las posibilidades de control que nos ofrece este derecho fundamental, podemos afirmar, como ya introducíamos antes, que descansa en dos elementos principales. El primero, el del consentimiento del afectado como condición de licitud de las actividades de captación y utilización de datos personales por terceros, consentimiento libre e informado que permite a la persona a la que se refieren autodeterminarse informativamente.

No obstante, es claro que en ciertas ocasiones ha de ser posible tratar información personal sin que medie la autorización del afectado. Por eso, y aquí viene el segundo elemento, la ley puede autorizarlo expresamente, bien de forma general al darse las circunstancias por ella previstas o caso por caso. Así, consentimiento y habilitación legal son los títulos que justifican el tratamiento de datos personales.

Ahora bien, que sea lícito recogerlos y utilizarlos, ya sea por consentimiento o por habilitación legal, no significa que el afectado pierda su capacidad de autodeterminación en este ámbito. Al contrario, dispone de una serie de facultades que completan su poder

de disposición y de control, empezando por el de revocar la autorización cuando la hubiere prestado, facultades que tienen por objeto ejercer su poder de consentir el tratamiento de sus datos con pleno conocimiento de las consecuencias de su decisión y, luego, reaccionar contra quienes hagan un uso indebido de ellos.

Así, por llamarlos de alguna forma más académica que práctica, integran el contenido activo de este derecho los siguientes elementos: 1) ser informado en la recogida de datos; 2) conocer la existencia de ficheros y tratamientos de datos personales; 3) acceder a ellos para comprobar qué información personal del afectado contienen; 4) obtener la rectificación de los que no sean exactos; 5) obtener la cancelación de los que no deban ser tratados o hayan perdido la calidad que en su día justificó el tratamiento; 6) oponerse a un tratamiento cuando no se requiera, conforme a la ley, el consentimiento del afectado y concurran motivos fundados y legítimos relativos a su concreta situación personal; 7) no sufrir perjuicios como consecuencia de decisiones tomadas exclusivamente en virtud de perfiles personales obtenidos de manera informatizada; 8) ser resarcido de los sufridos a causa de tratamientos que no se ajusten a las condiciones legalmente establecidas; 9) cabe añadir a todo lo anterior el derecho a ser protegido por las instituciones especializadas creadas *ex profeso* para defender este derecho fundamental.

Dentro de la estructura de la LOPD los aspectos principales de estos elementos están contenidos en el Título II "*Principios de la Protección de Datos*" y en el Título III "*Derechos de las Personas*", en donde encontramos aspectos puntuales como "*Impugnación de Valoraciones*", "*Derecho de Consulta al Registro General de Protección de Datos*", "*Derecho de Acceso*", "*Derecho de Rectificación y Cancelación*", "*Procedimiento de Oposición*", "*Tutela de Derechos*", entre otros.

No debemos de olvidar que, paralelamente con estas facultades, existen algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el tratamiento de los datos personales y, desde luego, se han creado instituciones, procedimientos e, incluso, sanciones específicas *-penales y administrativas-* para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho aludido.

Para muestra, un Título VII dedicado a "*Infracciones y Sanciones*", distingue a los responsables, los diferentes tipos de infracciones en que pueden incurrir, las que clasifica

en leves, graves o muy graves, los tipos de sanciones respectivas y el procedimiento sancionador junto con la facultad de inmovilizar ficheros.

Todas las anteriores referencias están así destinadas a configurar lo que en definitiva conforma el contenido del derecho a la protección de datos personales y la protección que sobre su eje está dispuesta mayoritariamente.

C.4.) El órgano de control

Existe un acuerdo casi generalizado en los países en donde se ha implementado una norma de protección de datos personales en torno a la necesidad de completar ese sistema con la creación de una institución de garantía que supervise su observancia y cuente con las atribuciones suficientes para prevenir o corregir su incumplimiento y para promover la adopción de aquellas medidas que sean necesarias para reactualizarse.

Algunos han creado órganos unipersonales y otros colegiados pero lo verdaderamente importante a nuestro juicio es que deben de gozar de una independencia y autonomía tal que se les permita actuar sin presiones, privadas y públicas, de ningún tipo.

Recurrir a la alternativa de atribuir facultades de control sobre los datos de las personas a un ente previamente existente es una opción, pero no la Española que se inclinó por la creación *ex novo* de una institución de esta naturaleza. Por encima de otras consideraciones, que se podrían considerar incluso superfluas para este trabajo, es trascendental el que se confiera carácter unitario y especial al sistema de protección por el que se opte, amén de dotar a este ente de los medios personales y materiales suficientes para cumplir con la labor que se le encomienda, que en la práctica resulta ser muy compleja y sofisticada.

El cumplimiento de la normativa de protección de datos dentro del territorio español, con carácter general, lo perfila y fija la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD); sin embargo, existen otras Agencias de Protección de Datos de carácter autonómico, concretamente en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña y en el País Vasco.

La AEPD fue creada en 1994 conforme a lo establecido en la derogada LORTAD. La actual LOPD continúa en la misma línea de competencia institucional pero la dota de mayores facultades de control y fiscalización para el logro de sus objetivos esenciales.

Como ya lo adelantábamos, la AEPD es un organismo unipersonal, es decir, que marcha a cargo de un Director cuyas funciones están claramente definidas en el artículo 37 de la LOPD.

El artículo 35 de la LOPD define muy puntualmente cuál es su naturaleza y régimen jurídico, al expresar: *“La Agencia de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones”*, dejando su marco de actuación a lo dispuesto en la LOPD y a un Estatuto propio. Posee plena independencia en su régimen presupuestario, asemejándolo incluso al del Consejo General del Poder Judicial y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

Un punto un tanto polémico, como en todos los órganos administrativos contralores que se crean, está en la instrumentalización gubernamental de la AEPD vinculada a la elección de su Director. Sin embargo, no podemos dejar pasar por alto y reconocer que la nueva LOPD ofrece mejores y mayores garantías sobre el tema, para que estos temores resulten más bien en infundados y superados, aunque no injustificados.

Su configuración orgánica está formada por órganos diferenciados. En el aspecto meramente ejecutivo, es del Director de quien dependen el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General; en el aspecto de asesoramiento, la facultad se entrega a un Consejo Consultivo.

En cuanto a la potestad sancionadora podemos decir que basta con leer los artículos correspondientes para advertir que las sanciones tienen una elevada cuantía, siendo España el país de la Unión Europea que posee, de momento, las sanciones más altas en materia de protección de datos.

Como todas, el grado de las sanciones depende de la infracción cometida. Estas se dividen en: 1) sanciones leves cuyo monto va desde 601,01 a 60.101,21 €; 2) sanciones graves que van desde 60.101,21 a 300.506,05 €; y 3) sanciones muy graves, que van desde 300.506,05 a 601.012,10 €

Pese al elevado importe de las sanciones, existen muchas empresas en España que todavía no se han adecuado a la normativa vigente o lo han hecho de forma parcial o no revisan de forma periódica su adecuación, por lo que resulta esencial el mantenimiento y revisión de la adecuación realizada so pena de imponer las sanciones previstas por el legislador.

Finalmente, llama la atención referirnos a la potestad extraordinaria que contempla el artículo 49 de la LOPD, sobre la inmovilización de ficheros, de finalidad preventiva o cautelar. Conforme a ésta, el Director de la AEPD tiene la potestad de paralizar, sin más, la actividad de un fichero cuando están en juego los derechos fundamentales de las personas; aunque debemos también admitir que la medida tampoco es absoluta por estar circunscrita a límites puntuales como la extrema gravedad del riesgo que importa la cesión o utilización ilícita de datos.

En síntesis y desde un punto de vista formal, las funciones de la AEPD quedan configuradas prácticamente de esta forma: **FUNCION GENERAL:** Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

En relación con quienes tratan datos:

- a) Ejercer la potestad sancionadora.
- b) Emitir autorizaciones previstas en la ley.
- c) Requerir medidas de corrección.
- d) Ordenar, en caso de ilegalidad, el cese en el tratamiento y la cancelación de los datos.
- e) Recabar ayuda e información que precise.
- f) Autorizar las transferencias internacionales de datos.

En relación con los afectados:

- a) Atender a sus peticiones y reclamaciones.
- b) Información de los derechos reconocidos en la Ley.
- c) Promover campañas de difusión a través de los medios.

En la elaboración de normas:

- a) Informar los proyectos de normas de desarrollo de la LOPD.
- b) Informar los proyectos de normas que incidan en materias de protección de datos.
- c) Dictar instrucciones y recomendaciones de adecuación de los tratamientos a la LOPD.
- d) dictar recomendaciones en materia de seguridad y control de acceso a los ficheros.

V. CONCLUSIONES

Como ya lo apuntábamos en la introducción de este trabajo, ha sido su propósito principal el de realizar un breve recorrido histórico sobre las primeras señales de vida en las que se inaugura el derecho a la protección de los datos personales; en esa vía se ha intentado dejar entrever las múltiples resistencias y barreras políticas, culturales, sociales e, incluso, legislativas que ha sufrido en su largo desarrollo temporal para llegar a consolidarse en lo que hasta la fecha representa.

El estudio exhaustivo del tema en general excede evidentemente nuestro propósito principal; son muchos los contenidos y es muy rica la bibliografía existente en torno a estas cuestiones. De esta manera y con la advertencia inicial, hemos intentado aproximarnos a señalar las líneas maestras que nos han permitido, de una u otra forma, esclarecer el tema histórico y de fundamento del derecho a la protección de datos personales.

Lo importante es y ha sido siempre mostrar y demostrar la importancia y trascendencia que desde hace muchas décadas atrás ha significado la construcción de un concepto, de un fundamento y de ciertos instrumentos normativos orientados todos a la protección integral del derecho en comento.

Consideramos a este trabajo de investigación un intento académico crítico sobre la evolución del derecho de intimidad en su dimensión instrumental de protección de los datos personales visto desde las primeras manifestaciones particulares hasta la dictación de las primeras leyes sobre la materia. Hemos deducido de su estudio y de su recorrido histórico, que en muchos países europeos la elaboración doctrinal del derecho a la intimidad ha significado el germen del fundamento jurídico del derecho a la protección de los datos personales, lo que no necesariamente debe traducirse en clave de negar su naturaleza de derecho fundamental autónomo.

En base a las experiencias que hemos logrado compilar y relatar a lo largo del trabajo, hemos intentado proporcionar un panorama general sobre el contexto en que se genera el debate, lo que sin duda nos ha brindado interesantes aportes teóricos y prácticos en el campo de la protección de los datos personales en los distintos países implicados, especialmente europeos. Con ello pretendimos obtener una base crítica que genere la inquietud sobre el debate esperado, lo que nos impulsó a teorizar ya no sobre cómo surge el derecho sino acerca de su justificación y fundamento y del porqué de su protección.

No cabe duda que la historia que ha sido relatada refleja un contorno nada exento de conflictos y contradicciones; sin embargo, es su compleja evolución y desarrollo en las distintas latitudes la semilla que fortalece la esencia de este trabajo, pues es a través de la discusión y el debate, en este caso comparado, de donde emergen las mejores ideas y soluciones. Ello, creemos, ha quedado registrado en cada una de las realidades y contextos geográficos objeto de análisis de la presente investigación.

Lo apreciable, a nuestro entender, es pues que escrutando con detenimiento las huellas evolutivas en relación con la protección de los datos personales, podemos localizar numerosas transformaciones sociales de gran trascendencia para la vida en comunidad de las personas y, principalmente, para sus derechos fundamentales.

Todas estas impresiones, del modo en que han sido expuestas y narradas en el trabajo, presumimos que tienen un valor importante en cuanto lograr descifrar y descubrir algunos de los dispositivos y detonantes centrales acerca del surgimiento de los mecanismos específicos de protección y tutela del derecho fundamental aludido, con la connotación particular y diferenciadora de que su generalizado reconocimiento lo ha sido sin importar las distintas localidades territoriales en donde el debate se origina, situando a la protección de datos personales en un escalón ya superado por la historia europea y estadounidense como queda dicho, pero no por ello en constante vigilancia y observación.

En ese contexto, es interesante ver cómo un solo derecho se origina bajo la tensión de una multiplicidad de fuerzas y de ideas, algunas de ellas muy polarizadas otras más conciliadoras, que convocan el concepto del derecho en distintas dimensiones; sin embargo, son las fuerzas centrípetas de su fundamento las que contribuyen a centralizar y unificar su esencia y su verdadero propósito: la búsqueda por encontrar la protección armónica de un derecho fundamental claramente desamparado por la ley durante muchos años.

Actualmente, aún existen estados en donde el tema de la protección de datos es meramente referencial, una narración ficta de acontecimientos bajo la ilusoria creencia que difícilmente podrían llegar a sucederse en su realidad política, social, económica, jurídica y, porque no decirlo, tecnológica. La experiencia histórica comparada junto con la evidente evolución de la tecnología, la telemática y la informática en todos los campos de la vida cotidiana da claras muestras de que esa ficción es hoy una realidad no sólo inminente sino apremiante.

El fenómeno informático y su vertiginosa evolución en el ámbito jurídico junto a la insuficiencia de los medios tradicionales de tutela, han colaborado a que muchos países y, por consiguiente, sus ciudadanos, queden desposeídos de medios adecuados para garantizar que sus datos personales sean ilegítimamente utilizados, de ahí la justificación de su defensa y reconocimiento adecuado.

En El Salvador no existe a la fecha norma específica relacionada con la protección de datos personales, salvo alguna jurisprudencia dispersa que nunca ha llegado a tutelar efectivamente el referido derecho. Ello provoca que los datos de los salvadoreños circulen dentro y fuera del país sin la menor garantía o protección, lo cual provoca un sentimiento de estar bajo una lente anónima sin posibilidad alguna de hacer valer nuestros derechos. A raíz de los antecedentes citados se justifica la toma de conciencia sobre el grave peligro que representa la falta de protección de los datos personales, principalmente a verse sometido a decisiones basadas en datos íntimos o reservados o cuya veracidad queda en duda.

En sintonía con lo anterior, el no cumplimiento del mínimo estándar que internacionalmente se está exigiendo a los países de América en cuanto a las políticas y normas de protección de datos trae consigo que la integración o incorporación al entorno de referencia habitual se vea entorpecido y se pierdan ventajas comparativas con los países con los cuales competimos para convertirnos en aliados estratégicos. Así, mientras no cumplamos el estándar exigido no podremos incorporarnos a tan anhelado club de países desarrollados, al menos, en lo que a normativa de protección de datos se refiere.

Sobre la base de las premisas apuntadas, obra inaplazable para los Estados, en especial el salvadoreño, es la creación de un marco normativo e institucional en materia de protección de datos personales, la creación de los instrumentos jurídicos adecuados (medios de defensa y protección) e instituciones independientes e imparciales que operen como guía para que ese derecho instrumental adquiera la dimensión que en muchos otros países democráticos ya existe desde hace más de dos décadas. Mientras esta necesidad siga vacante, el ciudadano no tendrá control sobre el uso de los datos relativos a su propia persona y, desde luego, no será capaz de oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención.

Tal cual sucede con los debates y las discusiones identificadas, las legislaciones que nacen de estos intentos normativos son interesantes de comprender por su distinta

individualidad; de ahí la exigencia y la demanda por conocer realidades foráneas con identidades propias como las planteadas, pero con la precaución de absorber y aprender de ellas aquello que mejor se adapte a los nuevos escenarios y nuevos episodios que se irán presentando con el devenir del tiempo.

Hemos logrado plasmar cómo, en ciertos países del orbe, la idea de proteger los datos personales fue evolucionando y desplegando pausadamente sus efectos, lo que les ha conducido al punto de concluir, de forma unánime, sobre la necesidad de crear modernos mecanismos de tutela de este derecho, reconocidos como consecuencia de la aparición de nuevos peligros y amenazas de la tecnología de la época.

Realidades históricas distintas y fundamentos jurídicos desiguales dan como resultado la formación de mecanismos disímiles, pero no por ello dejan de cumplir una finalidad compartida: la protección integral de los datos de las personas. A pesar de los diversos caminos, recorridos y componentes *-jurídicos e institucionales-* de las normas que dan vida a los mecanismos de tutela en los diferentes países, no se puede negar que en los últimos años éstos se han unificado de una forma substancial y decidida con el ideal que persiguen.

Notamos de los avances y resultados obtenidos en el proceso evolutivo comparado que el nivel de las amenazas se enfila en una constante de aumento exponencial a medida que se refinan *-con el concurso del vertiginoso avance tecnológico-* las técnicas y procedimientos que permiten acceder a datos de carácter personal, elaborarlos y tratarlos.

La idea que la sociedad tenía sobre la protección y los cuidados recaídos sobre los datos personales, no podía compararse de ninguna forma con la concienciación que existe en los nuevos tiempos; pero no olvidemos que estos nuevos tiempos se los debemos a quienes, con su esfuerzo, lograron romper modelos de convivencia social de una forma prodigiosa.

Un aspecto de vital importancia que no podemos olvidar de mencionar, como elemento indudable de la comparación efectuada, es que deliberadamente nuestra intención nunca fue la de presentar el tema vinculado únicamente con un país en particular, ello para demostrar que el problema tiene una proyección universal con un tratamiento muchas veces diferenciado pero con un objetivo común.

Ciertamente, el conflicto no se presenta en todos los sitios con la misma intensidad o fuerza, ya que guarda relación con el grado de desarrollo de la sociedad de que se trate y

el esquema cultural que se profese; así, en las sociedades que participan de niveles de desarrollo como Europa y muchos países de Latinoamérica, se plantea con toda su fuerza; pero aquellos que no lo hemos alcanzado pero aspiramos lograrlo, también es inminente su vivencia de forma creciente, con independencia de que ya nos esté afectando.

Pero cuidado, todo lo anterior debe valorarse dentro de las coordenadas de la Constitución y de su interpretación. La separación conceptual y de fundamento del derecho a la que hacemos alusión no pretende recortar el dinamismo de la informática y con ello las incuestionables ventajas que aporta a la vida cotidiana del ser humano.

He sido siempre un entusiasta de los prodigiosos inventos de la ciencia moderna y me mantengo inamovible de ese pensamiento. Como creemos ha quedado plasmado, la finalidad de una ley de protección de datos no es la de limitar su circulación sino, más bien, hacerla transparente y evitar abusos; a partir de ello es necesario reflexionar sobre el rezago normativo existente en algunos países de América.

En definitiva, no se trata pues de vivir aislados o incomunicados con la modernidad, sino de determinar y decidir el ámbito de relaciones y de apertura al mundo exterior que deseamos tener y es esa facultad de decisión la que viene a cambiar las cosas. Si de los datos se deduce la salud, depende el trabajo, facilita el ocio y, en definitiva, se organiza una nueva forma de vida de las personas, no vemos por qué ésta debe sufrir amenazas en su ejercicio; deberá más bien desarrollarse en libertad y gozar de la protección necesaria del Estado como ocurre con cualquier derecho fundamentalmente reconocido.

Se ha registrado que el núcleo esencial del derecho de protección de datos personales radica básicamente en reconocer al individuo capacidad para decidir y determinar qué información personal se podría difundir y cuál no, aunque debemos reconocer que en la actualidad ese núcleo duro se ha visto ampliado por algunas legislaciones hasta garantizar la facultad de vigilar y decidir sobre el destino y el tratamiento de cualquier información que, sin su consentimiento de uso, pueda afectar su intimidad. Asimismo, forma parte vital del derecho la creación de una autoridad que se encargue de la verificación e intervención las bases de datos que estén en poder de entidades privadas o públicas, que tenga autonomía, imparcialidad y que se encuentre al margen de todo interés económico particular.

Además, la razón que justifica la inserción de un sistema optimizado de protección de los datos de las personas es el mantenimiento de la libertad del individuo para evitar la fiscalización de su vida e impedir su instrumentalización. Y es que, toda información personal, pese a su carácter anodino, merece y requiere de un mínimo de protección frente al poder de la informática y de los que detentan su control fáctico, no siendo lo verdaderamente significativo y revelador la defensa los datos íntimos, reservados o sensibles sino, también, aquellos que sean susceptibles de afectar a la persona.

Consideramos, en última instancia, que el propósito inicialmente planteado en la introducción histórica y en la parte referida al fundamento del derecho ha quedado cumplido, al menos para bosquejar el tema en cuestión y hacer aflorar algunos de los puntos coincidentes y discordantes que van dando forma final al paradigma de la discusión en la evolución del tema; sin perjuicio de que será necesario, más adelante y en trabajo aparte, ahondar más allá de la evolución del derecho y de la promulgación de las primeras leyes proteccionistas del mismo.

Despedimos acá la inspección histórica y de fundamento del derecho en la creencia que las pautas jurídicas e institucionales para proteger el derecho señalado quedaron detalladas a partir de la reseña comparada realizada, esperando que a partir de estos presupuestos podamos construir en El Salvador un sistema efectivo de protección de datos personales, abandonando así las disquisiciones decimonónicas en las que muchos nos seguimos moviendo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADAMS ELBRIDGE, L.: *"The Right to Privacy and its Relation to the Law of Libel"*, 39 American Law Review, N° 37, Enero-Febrero, 1905.

ASPAS ASPAS, José María: *"El Derecho a la Autodeterminación informativa en la Ley Portuguesa de Protección de Datos de 1991. Sujetos, contenidos y garantías"*, Informática y Derecho n° 4, UNED, Editorial Aranzadi, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, pp. 277-292.

BAUZÁ REILLY, Marcelo: *"La protección jurídica de los datos personales y los servicios de información comercial y crediticia"*. Extraído del punto 5 del artículo del citado autor, cuyo contenido puede consultarse en la página web <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=220>>

BELTRAN HEREDIA, J.: *"Construcción jurídica de los derechos de la personalidad"*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976.

BENNETT, Colin J.: *"Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States"*, 1a. edición, p. 98, Editorial Cornell University, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *"Honor y libertad de expresión"*, Tecnos, Madrid, 1987.

BOBBIO, Norberto: *"El tiempo de los derechos"*, Editorial Sistema, Madrid, España, 1991, pág. 68

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *"Los llamados derechos de la personalidad"*, ADC, Tomo XXI, fas IV, 1959, pp 1239.

COTINO HUESO, Lorenzo: *"Libertad en Internet"*, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 2007.

DARANAS PELAEZ, Manuel: *"Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán"*. Ley del Censo, BJC, número 33, 1984.

"DATA PROTECTION ACT" vigente y aprobada por el Parlamento en el año de 1998. El texto completo en inglés puede consultarse íntegramente en la web <http://www.opsi.gov.uk/Acts/Acts1998/ukpga_19980029_en_1>

- DAVARA RODRÍGUEZ**, Miguel Ángel: *"La Protección de Datos en Europa"*, Madrid 1998.
- DE ASÍS**, Rafael: *"Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder"*, Debate, Madrid, 1992.
- DENNINGER**, Erhard: *"El derecho a la autodeterminación informativa"*, [trad] citado y por **PÉREZ LUÑO**, Antonio Enrique, *"Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica"*, Actas del Coloquio Internacional Celebrado en la Universidad de Sevilla los días 5 y 6 de marzo de 1986, Madrid, Edit. Tecnos, 1987, pp. 268-276.
- DE MATTIA**, A: *"Le juge et le droit au respect de la vie privée. Raporte Generale"*. En Quinto Congreso Internacional de la Vida Privada. Firenze, octubre de 1974. Giuffrè Editore, Milan 1978.
- DEL PESO NAVARRO**, Emilio: *"Ley de Protección de Datos. La Nueva LORTAD"*. Ediciones Díaz Santos, enero 2000.
- DELPIAZZO**, Carlos: *"Dignidad humana y Derecho"*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2001.
- DEL VECCHIO**, G.: *"Filosofía del Derecho"*, Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 1934.
- EGUIGUREN PRAELI**, Francisco: *"La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal"*. Palestra editores. Lima, Perú.
- EKMEKDJIAN**, Miguel Ángel y **PIZZOLLO**, citado por **EGUIGUREN PRAELI**, Francisco: *"La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal"*. Palestra Editores. Lima, Perú.
- FARIÑAS MATONI**, Luis M.: *"El Derecho a la intimidad"*, Madrid, Trivium, 1983.
- FERNANDEZ DOMINGUEZ**, Juan José y **RODRÍGUEZ ESCANCIANO**, Susana: *"Utilización y control de datos laborales"*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.
- FERNANDEZ**, Eusebio: *"Fundamentación historicista. Los derechos humanos como derechos históricos"*, en *"Teoría de la Justicia y derechos humanos"*, Madrid, Debate, 1987.

FORSTHOFF, Ernest: *"Concepto y esencia del estado social"*, en W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring, Madrid, SEC, 1986.

FRONSINI, Vittorio: *"Bancos de datos y tutela de la persona"*, Revista de Estudios Políticos número 30, 1982.

FRONSINI, Vittorio: *"Informática y Derecho"*, Temis, Bogotá, 1998.

GALÁN JUAREZ, Mercedes: *"Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho"*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 216 y 217.

GARCIA PELAYO, Manuel: *"Obras completas"*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana: *"Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales"*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

GUTIERREZ GUTIERREZ, Ignacio: *"A Distancia"*, volumen 19, número 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001/2002.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: *"La violación de la intimidad en la Protección de Datos Personales"*, Dykinson S.L., 1999.

HEREDERO HIGUERAS, Manuel: *"La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal"*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

HUNTINGTON, S.: *"El sobrio significado de la democracia"*, Revista Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 33, 1989, p. 2.

IGLESIAS CUBRÍA, Manuel: *"Derecho a la intimidad"*, Universidad de Oviedo, 1970.

KENNETH Younger, *"Report of the Committee on Privacy"*, HMSO, London, 1972.

KOMMERS, Donald, *"The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany"*, Durham, London, 1989.

LOSANO G., Mario: " *Los orígenes del "Data Protection Act" inglesa de 1984*", Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: " *La protección de los datos personales ante el uso de la informática*", Anuario de Derecho Público. Estudios Políticos núm. 2 1989/90.

LUCAS MURILLO, Pablo: " *El derecho a la autodeterminación informativa*", en Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, 1990.

LUCAS VERDÚ, Pablo: " *Curso de derecho político*", volumen III, Tecnos, Madrid, 1976.

MADRID CONESA, F: " *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*", Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: " *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*", Thomson-Civitas, APDCM, Madrid, 2004.

MIGUEL CASTAÑO, Adoración de: " *Libertad de información y derecho de intimidad: medios para garantizarla. Incidencia en el ámbito de la estadística*", REDUC, número 12, septiembre de 1986.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: " *Diez preguntas sobre el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos de carácter personal*", Agencia Catalana de Protección de Datos, 13 de enero de 2006.

ORTI VALLEJO, Antonio: " *Derecho a la intimidad e informática*", Editorial Comares, 1994.

ORTI VALLEJO, Antonio: " *Cinco años de Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Automatizado de los Datos de Carácter Personal*", Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 6, 1997.

PECES BARBA, Gregorio: " *Derechos Fundamentales*", Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983.

PECES BARBA, Gregorio: *"Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales"*, en Escritos sobre Derechos Fundamentales, Madrid, Eudema, 1988.

PENDAS, Benningno y **BASELGA** Pilar: *"El derecho a la intimidad"*, Madrid Civitas, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *"La defensa del ciudadano y la protección de datos"*, Revista Vasca de Administración Pública nº 14, enero-abril 1986.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique: *"Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho"*, Fundesco, Madrid, 1987.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: *"La libertad informática: nueva frontera de los derechos fundamentales"*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, 1989.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique: *"Nuevos derechos fundamentales en la era tecnológica: la libertad informativa"*. ADPEP, número 2, 1989-1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *"Los derechos humanos en la sociedad tecnológica"*, en Cuadernos y Debates, número 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique: *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*, Madrid, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *"Las generaciones de derechos humanos"*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 10, septiembre-diciembre 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *"Dilemas actuales de la protección de la intimidad"*, en SAUCA, J.M.: *"Problemas actuales de los derechos fundamentales"*, Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *"La tutela de la libertad informática"*, Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *"Manual de informática y derecho"*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996.

PRATT, Walter F.: "*Privacy in Britain*" [Trad.], Londres 1979.

PRIETO SANCHÍS, LUIS: "*Estudios sobre Derechos Fundamentales*", Madrid, Debate, 1990.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "*El Derecho Fundamental a la intimidad*", Editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ RUIZ, B.: "*El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*", McGraw-Hill, Madrid, 1998.

SALDAÑA, María Nieves: "*La Protección de la Privacidad en la sociedad tecnológica*". El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos", en Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 9, número 18, segundo semestre 2007.

SÁNCHEZ AGESTA, L.: "*Sistema Político de la Constitución Española de 1978*", Edersa, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro: "*La regulación de los derechos de la persona interesada en la Directiva Europea de Protección de Datos*", Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996.

STUART MILL, John: "*On Liberty. Prefaces to liberty*", Beacon Press, Boston, 1959.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel: "*La Protección de Datos Personales en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*". Editorial Edisofer S.L., Madrid 2002.

THE TIMES, Londres, 22 de octubre de 1969.

URDANETA, Elymir, en su artículo: "*El Data Mining*", el cual puede consultarse en <http://www.monografias.com/trabajos7/dami/dami.shtml#funda>

VÁSQUEZ RAMÍREZ, Jaime: "*Algunas nociones sobre el derecho a la intimidad*" [en línea], Universidad Nacional Federico Villareal, Perú, disponible para consulta en http://www.aslijperu.org/c_procesal_penal/documentos/1244834806ALGUNAS%20NOCIONES%20SOBRE%20EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.rtf

VON IHERING, Rudolf: *“La Lucha por el Derecho”* (presentación de Luis Díez-Picazo, versión española y nota introductoria de Adolfo Posada; prólogo de Leopoldo Alas), Civitas, Madrid, 1989.

WARREN Samuel y Brandeis Louis: *“The Right to Privacy”*, en *The Harvard Law Review*, No, 4, Boston, Harvard University, 1980. pp. 180 y ss. Texto en español: Samuel Warren y Louis Brandeis *“El Derecho a la Intimidad”*, Editorial Civitas, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, primera edición, Madrid, 1995.

WESTIN, Alan F.: *“Privacy and Freedom”*, Atheneum, Nueva York, 1970.

WHITE PAPER: *“Computers and Privacy”*, HMSO, Londres, 1975.

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional Español con referencia 11/1981, de 8 de abril de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, considerando C.II 1.a) sobre la Ley del Censo Poblacional.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 19/1983, de 14 de marzo de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 53/1983, de 20 de junio de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 110/1984, de 26 de noviembre de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 36/1991, de 14 de febrero de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 214/1991 de 11 de noviembre de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 139/1995 de 16 de septiembre de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español dictada en el proceso identificado con referencia 231/1998, de 2 de diciembre de ese mismo año.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 292/2000 de 30 de noviembre, fundamento jurídico 4°.