

ESTUDIOS

OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (I)

JESÚS MARÍA PRIETO GUTIÉRREZ

Secretario Judicial, Doctorando

Departamento de Derecho Político de la UNED

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El derecho a la intimidad como punto de partida. 2.1 Algunos apuntes sobre la intimidad. 2.2 Justificación de la intimidad como referente ineludible en materia de protección de datos personales. 2.3 La intimidad informática.—3. Carácter globalizador de la idea de privacidad. 3.1 Aspectos Etimológicos. 3.1.1 Breve reseña a los orígenes de la privacy. 3.1.2 Acerca del origen y significado del término «privacidad». 3.2 La privacidad vista desde la perspectiva de la LORTAD y de nuestra doctrina. 3.3 La pretendida identificación de la privacidad con la privacy.—4. Hacia un nuevo derecho fundamental. 4.1 La autodeterminación informativa. 4.1.1 Orígenes de la autodeterminación informativa. 4.1.1.1 La sentencia de 15 de diciembre de 1983 de la Corte Constitucional Federal de Alemania. 4.1.1.2 Naturaleza de la autodeterminación informativa a la vista de la sentencia sobre la Ley del Censo de Población. 4.1.2 La autodeterminación informativa en nuestra doctrina. 4.2 La libertad informática. 4.2.1 Papel de la intimidad en la concepción de la libertad informática.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de datos personales ⁽¹⁾ encuentra su razón de ser en la necesidad de amparar los derechos y libertades ⁽²⁾ de las personas físicas ⁽³⁾ frente a los nuevos riesgos y amenazas que surgen como consecuencia de la implantación de las nuevas tecnologías en la sociedad de nuestro tiempo ⁽⁴⁾. Con la superación de las tradicionales barreras de tiempo y espacio, se facilita el acopio masivo de información y, en consecuencia, la elaboración de perfiles de la personalidad con los que tomar decisiones que pueden llegar incluso a condicionar derechos y libertades ⁽⁵⁾. De esta forma, la detentación de información se erige en un auténtico poder al constituir la materia prima indispensable para acometer en la sociedad actual cualquier actividad con un mínimo de éxito ⁽⁶⁾, lo que a su vez conlleva el que los datos o informaciones

⁽¹⁾ La idea acuñada por Pérez Luño sobre lo que ha de entenderse por la protección de datos personales hace referencia al «conjunto de bienes o intereses que pueden verse afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas e indetectables» (PÉREZ LUÑO, A.E., «Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática», en *Anuario de Derecho Público y Estudios Públicos*, núm. 2, 1989-1990, pp. 172-173)

⁽²⁾ Efectivamente, como pone de manifiesto Jiménez Escobar, «... el derecho a la protección de los datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, constituye un derecho de naturaleza preventiva, de garantía anticipada de otros derechos» (JIMÉNEZ ESCOBAR, R.: «Informativa y derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumarse», en *Jornadas Abogacía e Informática...*, cit. p. 87); por ello la normativa sobre protección de datos «se define [en referencia a la LORTAD: Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal («BOE» núm. 262, de 31 de octubre de 1992)] en función de unos principios de protección de datos y del reconocimiento de unos derechos para hacerlos valer» (HERDERO FIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentarios y Textos*. Tecnos, Madrid, 1996, cit., pp. 53-54).

⁽³⁾ La regulación contemplada en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE núm. L 281 de 23 de noviembre de 1995, p. 31 y ss.), limita su ámbito de aplicación a las personas físicas y, por lo tanto, excluyendo del mismo a las personas jurídicas, a diferencia de la reciente Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOCE núm. L 201 de 31 de julio de 2002), continuista en la protección puntual de los «intereses legítimos de los abonados que sean personas jurídicas» que ya venía protegiendo su antecesora, la derogada Directiva 77/66/CE (Cfr. SUÑE LINÁS, E.: «Protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones: dos Directivas en cinco años no solucionan el agujero negro de Internet», *Revista digital: datospersonales.org*, Comunidad de Madrid, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, marzo 2004, p.2). No obstante, un importante sector de la doctrina, abanderado por Pérez Luño, advierte que el límite del ámbito de aplicación del derecho exclusivamente a las personas físicas contemplada en la normativa sobre la materia, es debido a que inicialmente «... esta legislación fue pensada para proteger la intimidad y las libertades individuales, así como a las dificultades que suponía extender este sistema a las personas jurídicas...», si bien, según el autor, tal protección debe contemplarse igualmente para las personas jurídicas, dado que «...la defensa de la intimidad y los demás derechos fundamentales no es privativa de los individuos, sino que debe proyectarse a las formaciones sociales (...). Todo ello de acuerdo con la tendencia hacia la ampliación de las formas de titularidad que constituye uno de los rasgos característicos de la tercera generación de derechos fundamentales». (PÉREZ LUÑO, A.E.: «El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46», en *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp.18-19).

⁽⁴⁾ Algunos autores como Martín Pallín han enfatizado claramente «...el factor de agresión propio del fenómeno informático, hasta el momento inédito en otros avances tecnológicos...» (MARTÍN PALLÍN, J.A., «Constitucionalidad del número de identificación único», en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales*, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, p. 63); también Orti Vallejo, para quien «la informática constituye un nuevo poder de dominio social sobre el individuo...» (ORTI VALLEJO, A. «Cinco años de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», *La Ley*, 1997, núm. 4438, cit. p. 2).

⁽⁵⁾ Como bien señala Sánchez Bravo «La identidad informática haría referencia (...) al conjunto de datos personales que debidamente aunados y/o entrecruzados arrojarían como precipitado un perfil de nuestra personalidad, una radiografía de cómo somos y de cómo actuamos.» SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1998, cit. p. 60.; también, entre otros, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «La confidencialidad de los datos personales: garantías en el proceso judicial», en *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 232.

⁽⁶⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. *Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho*, El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información, Los libros de Fundesco, Fundesco, 1987, p. 85 y 145. El autor es muy explícito en cuanto a la necesidad del Derecho informático, al señalar. «En una sociedad como la que nos ha tocado vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario».

personales se constituyan en el bien sobre el que las nuevas tecnologías van a incidir de una forma inusual hasta el momento ⁽⁷⁾.

Ante esta realidad se plantea la necesidad de imponer límites al uso de las nuevas tecnologías en la medida en que éstas puedan incidir negativamente en el disfrute de las libertades y derechos fundamentales. De esta forma, la toma de conciencia inicial de los distintos Estados se traduce en tímidas medidas legislativas, cuyo contenido jurídico, con el devenir de los acontecimientos, acabará convirtiéndose en auténticos instrumentos jurídicos de protección, siendo su gran complejidad y la insuficiencia de los derechos tradicionales para explicar la esencia de la protección de datos, lo que llevará a suscitar en la mente de algunos autores la conveniencia de formular un nuevo derecho fundamental.

Precisamente, es el tema de la conveniencia o no de la formulación de un nuevo derecho fundamental, el que ha condicionado la tarea de determinar la naturaleza y el bien jurídico cuya garantía se pretende con la protección de datos ⁽⁸⁾. De esta forma, el debate teórico en nuestra país se ha centrado esencialmente en dos tendencias, definidas en función de que se opte por el concepto de intimidad o el de autodeterminación informativa y/o libertad informática, para construir el régimen jurídico que asegure la protección pretendida, de cuyo resultado dependerá a su vez el *nomen iuris*, el contenido y la naturaleza del derecho en cuestión ⁽⁹⁾.

Indudablemente todo el debate suscitado como consecuencia de las incógnitas planteadas por la protección de datos, ha pasado necesariamente en nuestro ordenamiento jurídico por un análisis del artículo 18 de la Constitución Española ⁽¹⁰⁾ y, en particular, de su apartado 4 ⁽¹¹⁾, como consecuencia de la previsión limitadora del uso de la informática en garantía del libre disfrute de los derechos ⁽¹²⁾, razón por la cual la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha jugado un papel destacado. No obstante, como veremos, surgen nuevas orientaciones que apuntan hacia un cambio de mira en el enfoque inicial, abogando por un desplazamiento del eje vertebrador que constituiría el artículo 18.4 CE hacia contenidos más subliminales como puede ser el del artículo 10.1 de la Constitución ⁽¹³⁾, lo cual puede avivar nuevamente el debate en el seno de nuestra doctrina ⁽¹⁴⁾.

⁽⁷⁾ La Directiva 95/46/CE en su art. 2, a) define los datos personales como «Toda información sobre una persona física identificada o identificable...»

⁽⁸⁾ Sánchez Bravo es muy explícito al advertir que «...la formulación de este nuevo derecho no está exenta de una viva polémica en el campo doctrinal patrio y foráneo. Las discrepancias surgen desde el momento mismo de la elección de una denominación acorde con su objeto, se acrecientan en la determinación de su contenido y se hacen manifiestamente beligerantes cuando se trata de determinar su carácter autónomo o su dependencia respecto de derechos o valores formulados con anterioridad.» (SÁNCHEZ BRAVO, La protección... p. 58)

⁽⁹⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «La confidencialidad... cit. p. 233.

⁽¹⁰⁾ Como señalan MARROIG POL, L., y María de los Reyes CORRIPIO GIL-DELGADO «La polémica de la doctrina española se centró, en este campo, en determinar si los distintos apartados del artículo 18 de la Constitución Española, o incluso el propio apartado 1.º de este precepto constitucional deben ser considerados «como manifestaciones concretas de un derecho más amplio, que sería el derecho a la intimidad», o si, por el contrario, se trata de derechos «dotados de una cierta autonomía respecto del derecho a lo íntimo» (MARROIG POL, L., y María de los Reyes CORRIPIO GIL-DELGADO: «El ordenamiento español y la protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones», Boletín de Información, núm. 1930, Ministerio de Justicia, 1 dic. 2002, p. 8)

⁽¹¹⁾ Afirma MURILLO DE LA CUEVA que el Derecho español de la protección de datos personales se fundamenta en el art. 18.4 CE. («La confidencialidad... loc. cit. p. 234)

⁽¹²⁾ El art. 18.4 CE es del tenor literal siguiente: «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».

⁽¹³⁾ Voto Particular del Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 292/2000

⁽¹⁴⁾ Para Pérez Luño «la garantía de la protección de la libertad informática sólo podrá consolidarse si la concebimos como un derecho autónomo (...). Por el contrario, si lo consideramos disuelto en el ámbito de otros valores o derechos, la libertad informática corre el riesgo de relativizarse y ver comprometida su efectiva realización» (PÉREZ LUÑO, A.E.: «Nuevos Derechos Fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática», pp. 187-193).

A fin de arrojar algo de luz en todo este complicado entramado que constituye la protección de datos, trataremos de descifrar el objeto y la naturaleza jurídica que informa este derecho fundamental ⁽¹⁵⁾, desde la perspectiva que nos brindan las distintas aportaciones doctrinales, normativas y jurisprudenciales ⁽¹⁶⁾.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

La identificación de la protección de datos con el derecho a la intimidad ha sido una constante en la doctrina ⁽¹⁷⁾ si bien con enfoques bien distintos entre los autores, en el sentido de que mientras para unos la intimidad era realmente el derecho objeto de protección ⁽¹⁸⁾, para otros, la intimidad únicamente era el derecho a partir del cual determinar el verdadero objeto de la protección de datos personales ⁽¹⁹⁾. Ahora bien, hasta los partidarios de las tesis que apuntaban hacia la intimidad como el derecho de cuya naturaleza participaba la protección de datos, eran conscientes de las limitaciones que engendraba la concepción tradicional del derecho a la intimidad, de ahí que se barajaran distintas fórmulas con las que dar salida a tal inconveniente, siendo la más representativa la que apunta hacia la «intimidad informática» ⁽²⁰⁾ o, en palabras de otros autores, la «dimensión positiva de la intimidad» o «faceta informática de la intimidad» ⁽²¹⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J.F. La Protección de los Datos de Carácter Personal en el Ambito de la Investigación Penal, Premio Protección de Datos Personales 1998, Agencia de Protección de Datos, p. 42-44. Quien asevera que la generalidad de la doctrina predica la indiscutible naturaleza fundamental del derecho a la protección de datos personales; también, entre otros, Lucas Murillo de la Cueva al decir «Tanto si identificamos en la libertad informática o en la autodeterminación informativa, como si vemos en la intimidad el objeto protegido por el artículo 18.4 de la Constitución (...), es evidente que el bien jurídico allí tutelado genera un derecho fundamental (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «Las funciones de la Agencia de Protección de Datos», en Jornadas sobre el derecho español a la protección de datos personales, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, cit. pp. 267-268); el colorario de tal naturaleza de derecho fundamental lo constituye la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01) Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000, proclamada en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, celebrada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁽¹⁶⁾ Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981 (FJ 8º), la naturaleza jurídica de un derecho fundamental es el modo de concebir o configurar cada derecho por medio de establecer una relación entre lo que establecen las disposiciones normativas y lo que se ha dado en llamar el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generales admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas del Derecho acerca de lo que sea ese derecho. De esta forma se pueden determinar las facultades o posibilidades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito. Asimismo, en cuanto al objeto o intereses jurídicamente protegidos, el Tribunal Constitucional ha señalado que constituyen el núcleo o médula de los derechos subjetivos. Ambos aspectos, naturaleza jurídica e interés jurídicamente protegido, se complementan de cara a la determinación del contenido esencial del derecho.

⁽¹⁷⁾ Advierte Velázquez Bautista que la Legislación de protección de datos nació íntimamente ligada a la relación intimidad personal-tratamiento automatizado, si bien afirma que la *privacy* ya no es hoy el único derecho que hay que tener en cuenta de cara a un tratamiento automatizado, dado que en la actualidad se da una nueva interacción <tratamiento automatizado-ejercicio derechos y libertades>. El Derecho a la intimidad sigue siendo el preponderante, pero sin polarizar la interacción (VELÁZQUEZ BAUTISTA, R. Protección Jurídica de datos personales automatizados, Cóllex, 1993, cit. pp. 41-42).

⁽¹⁸⁾ Cfr. GRIMALT SERVERA, P.: «El derecho a controlar los datos personales: algunas consideraciones jurídico-constitucionales», X años de Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997, Universidad Pontificia de Comillas, Aranzadi, Pamplona, 1997, cit. pp. 156-157.

⁽¹⁹⁾ Sánchez Bravo se pronuncia con gran rotundidad al afirmar que «La intimidad o el libre desarrollo de la personalidad no constituyen el objeto a proteger; son el punto de partida que nos introduce en una nueva dimensión...» (SÁNCHEZ BRAVO, A.A., La protección del Derecho a la Libertad Informática... cit. p. 63)

⁽²⁰⁾ Ruiz Miguel entiende que «...es conveniente la expresión intimidad informática para aludir a ese contenido particular del derecho a la intimidad» (RUIZ MIGUEL, C., La configuración constitucional del derecho a la intimidad, TÉCNOS, Madrid, 1995, cit. pp. 94 y ss.)

⁽²¹⁾ Para autores como Morales Prats son «aspectos en los que se viene a reconocer el carácter institucional de «garantía presupuesto» del ejercicio de otros derechos constitucionales...» (MORALES PRATS, F. «Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas» en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1997, cit. pp. 43-44).

2.1 ALGUNOS APUNTES SOBRE LA INTIMIDAD

La palabra intimidad proviene del latín *intimus*, superlativo de interior que significa lo que está más adentro, o más interior, el fondo ⁽²²⁾. *El Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española la define como «zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia». Por ello, la intimidad la percibimos como un derecho inherente a la persona, que no debe conquistarlo para poseerlo, ni se pierde por desconocerlo. Más bien se percibe como una característica del ser humano por el hecho de serlo ⁽²³⁾.

Así las cosas, si nos remontamos a los orígenes de la noción de intimidad, encontramos que la misma aparece estrechamente ligada a la idea de libertad del pensamiento liberal burgués ⁽²⁴⁾, siendo a partir de entonces cuando encuentra su verdadera formulación jurídica a través de un doble cauce de expresión, de una parte, con la elaboración de la noción de *privacy* del derecho anglosajón ⁽²⁵⁾, de otra, por medio de la construcción civilista de los derechos de la personalidad propia del derecho continental europeo ⁽²⁶⁾.

Esta formulación dual nos obliga en principio a ser cautos a la hora de barajar los términos *privacy* e intimidad, tal y como son considerados en el ámbito anglosajón y el continental europeo, respectivamente ⁽²⁷⁾. Pues si bien en un principio aparecen inmersos en la idea de autonomía, aislamiento y exclusión de intromisiones ajenas que caracterizaba la idea de libertad

⁽²²⁾ Cfr. FARIÑAS MATONI, L. M.: El derecho a la intimidad, Trivium, cit. p. 302

⁽²³⁾ Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, C. y Juan María SÁNCHEZ CARAZO. Protección de datos de carácter personal relativos a la salud, Premio Protección de Datos Personales, 1999. Agencia de Protección de Datos, cit. p. 341

⁽²⁴⁾ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A.A., La protección del Derecho a la Libertad Informática... cit. p. 43; también MURILLO DE LA CUEVA, El derecho a la autodeterminación Informativa, La protección de datos personales ante el uso de la informática; Tecnos, Madrid, 1990, cit. 44

⁽²⁵⁾ Su origen se halla en la formulación del juez Cooley en 1988 "el derecho a que a uno le deje en paz" (SÁNCHEZ BRAVO, A.A., La protección del Derecho a la Libertad Informática... cit. p. 44); Si bien las bases técnico-jurídicas de la noción de *privacy*, configurada como el derecho a la soledad «to be let alone» fueron sentadas por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en su monografía *The Right to Privacy*, publicado en *Harvard Law Review*, en 1990 (PÉREZ LUÑO, A.E.: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, cit. p. 323); de esta forma "El «derecho a la vida» ha pasado a ser concebido como «derecho a disfrutarla» (right to enjoy life), como el «derecho a ser dejado solo, a ser dejado en paz» (right to be let alone) (FARIÑAS MATONI, L. M. El derecho a la intimidad, cit. p. 321).

⁽²⁶⁾ Así lo puntualiza S. Bravo «...en el ámbito del derecho continental europeo (...) la noción de intimidad consistió en la construcción civilista de los derechos de la personalidad (SÁNCHEZ BRAVO, La protección del derecho a la libertad informativa..., cit. p. 44); VON GIERKE, O. "...construyó las premisas doctrinales, a finales del pasado siglo, de un derecho general de la personalidad, concibiéndolo como el marco unitario de referencia de cuanto pudiera afectar a la libre actuación de la personalidad en todas las direcciones" (Apud PÉREZ LUÑO, Derechos Humanos, Estado... cit. p. 317); «En 1950 Hubmann llegó a la conclusión de que existe un "derecho general de la personalidad" que no es idéntico a la suma de los derechos específicos reconocidos por las leyes y la jurisprudencia) (FARIÑA MANTONI, El Derecho a la Intimidad..., cit. p. 323); «El honor, la intimidad y la propia imagen han sido considerados por la teoría jurídica tradicional como manifestaciones de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana» (Ibid. p. 319.); "La generalidad de la doctrina considera el derecho a la intimidad como uno de los de la personalidad (PÉREZ LUÑO, Derechos Humanos, Estado... cit. p. 326); "El TC ha señalado que este derecho a la intimidad personal aparece estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado sin duda de la «dignidad de la persona», reconocida en el art. 10.1. CE" - SSTC 142/1993 (FJ 7º); 57/1994 (FJ 5ºA)- "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" SSTC 73/1982 (FJ 5º); 231/1988 (FJ 3º); 197/1991 (FJ 3º); 57/1994 (FJ 5º-A); 143/1994 (FJ 6º) (RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional..., cit. p. 80)

⁽²⁷⁾ Así, advierte el autor que «...privacy (...) nace del contexto cultural en el que ha surgido y no admite una traslación literal con la noción grecolatina de intimidad. Esa traslación de términos no sólo es un préstamo lingüístico inocuo, sino sobre todo un cambio de coordenadas. De ahí que sean equívocos.» (GONZÁLEZ GAITANO, N.: El deber de respeto a la intimidad, Pamplona (Universidad), 1990, cit. p. 153); también al respecto son muy interesantes las reflexiones DE MATTIÁ "En el mundo anglosajón, la idea de *privacy*, como terreno de la libertad individual que debe ser respetado por todos se desarrolla mediante una idea muy diferente al derecho continental, aboga por la protección de los secretos personales y domésticos y a la salvaguarda del nombre del individuo y de la familia. En América, este derecho representa la facultad de oponerse a intromisiones de otro. Es el derecho al anonimato contra la injerencia ilegítima y arbitraria» (Apud FARIÑA MATONI, El derecho a la intimidad, cit. p. 348).

de la cual trae causa su origen, sin embargo, tal y como advierte S. Bravo, el término *privacy* puede considerarse que comprende lo que para nosotros es intimidad y vida privada, círculos concéntricos de distinta amplitud ⁽²⁸⁾.

Asimismo es comúnmente aceptada la dificultad existente a la hora de acotar el concepto de intimidad (29), como la confusión que entraña la gran diversidad de términos empleados para su identificación (30), lo que le reviste de cierta relatividad (31) y le convierte en un derecho de amplio espectro (32). De esta forma cabe hablar de la evolución conceptual de la intimidad, desde una dimensión interna y reservada, como derecho de defensa del individuo, hacia una dimensión social que le confiere asimismo cierta facultad de control ⁽³³⁾.

En tal sentido se habla del carácter institucional de la intimidad ⁽³⁴⁾ entendida no sólo como facultad de reserva de lo que nos es íntimo, sino de la posibilidad de controlar eso mismo cuando ha salido de nuestra esfera personal ⁽³⁵⁾. De esta forma la intimidad, en su cualidad de derecho de amplio espectro, se traduce en un derecho instrumental para la protección a su vez de otros derechos ⁽³⁶⁾.

Es precisamente esta dimensión social o institucional de la intimidad ⁽³⁷⁾ la que ha servido de reducto a determinados autores para entender la protección de datos como una manifestación más del derecho a la intimidad, convirtiéndose así en un derecho instrumental para la protección de otros derechos ⁽³⁸⁾. En cambio otros autores consideran que la interacción nuevas tecnologías y derechos fundamentales va más allá del propio ámbito del derecho a la intimidad y, por lo tanto, revelándose éste insuficiente para explicar el verdadero sentido de la protección de datos ⁽³⁹⁾.

2.2 JUSTIFICACIÓN DE LA INTIMIDAD COMO REFERENTE INELUDIBLE

Parece que la realidad de la intimidad en materia de protección de datos resulta insoslayable sea cual sea el argumento que se esgrima a fin de procurar determinar la naturaleza que

⁽²⁸⁾ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, La protección del Derecho a la Libertad Informativa..., cit. p. 46

⁽²⁹⁾ Muchos son los autores que se han hecho eco de la dificultad que entraña delimitar el concepto de la intimidad, entre otros, Fariñas Matoni «Sea cual fuere su concepción...la dificultad principal estriba...en formular una teoría...que sea aplicable y predicable a la mayor parte de los casos...» (FARIÑAS MANTONI, El derecho a la intimidad..., cit. p. 301); Ruiz Miguel por su parte habla de un concepto de intimidad en sentido subjetivo el cual identifica con la autodeterminación informática y, de otra parte, de la intimidad en sentido objetivo referido al ámbito reservado que corresponde a toda persona (RUÍZ MIGUEL, La configuración constitucional..., cit. p. 164).

⁽³⁰⁾ Al efecto señala S. Bravo que «...Se emplean por igual expresiones como «intimidad», «vida privada», «esfera privada», «privacidad», o se alude a «lo íntimo», «lo reservado» (SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: La protección del derecho a la libertad informática..., cit. p. 45)

⁽³¹⁾ De esta forma Fariñas Matoni señala que « ante la relatividad y complejidad que caracteriza la intimidad, es preferible acotarla a través de sus contenidos que intentando una definición de la misma» (FARIÑAS MATONI, El Derecho a la Intimidad, cit. p. 309).

⁽³²⁾ «La postura más dominante en la doctrina es la de considerar la intimidad como una categoría jurídica autónoma única en su configuración pero múltiple en sus manifestaciones.» Ibid, cit. p. 328

⁽³³⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., Derechos Humanos, Estado de..., cit. p. 330.

⁽³⁴⁾ Cfr. RUÍZ MIGUEL, C, La configuración constitucional..., cit. p. 320

⁽³⁵⁾ Cfr. MORALES PRATS, «Protección de la intimidad: delitos e infracciones...», cit. p. 44

⁽³⁶⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., El derecho a la autodeterminación informativa, cit. p. 69

⁽³⁷⁾ «...el respeto al mismo puede exigir la presencia de determinados procedimientos o garantías.» (RUÍZ MIGUEL, C, La configuración constitucional..., cit. pp. 121 y 320)

⁽³⁸⁾ Cfr. MORALES PRATS, «Protección de la intimidad: delitos e infracciones...», cit. p. 43

⁽³⁹⁾ Al efecto advierte Murillo de la Cueva que «...nuestro ordenamiento vive, practica, acoge una idea de derecho a la intimidad que no se extiende a lo que se ha denominado protección de datos» (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., El derecho a la autodeterminación informativa, cit. p. 67)

fundamenta tal protección, no sólo por constituir el hilo conductor de aquellas tendencias doctrinales que apuntan hacia la intimidad como el interés digno de protección y que da sentido a la protección de datos personales, sino también por constituir el elemento a partir del cual derivar hacia otra línea de orientación, concretada en las tesis más globales de la libertad informática o/y autodeterminación informativa. Efectivamente, no hemos de olvidar que tanto la tesis de la libertad informática abanderada por Luño ⁽⁴⁰⁾, como la concepción de la autodeterminación informativa defendida por Murillo ⁽⁴¹⁾, toman la intimidad como derecho a partir de cuya insuficiencia construir dichas versiones sobre el fundamento y naturaleza de la protección de datos. En términos similares quiso igualmente proyectarse la idea de privacidad introducida por el legislador de la LORTAD ⁽⁴²⁾.

Tal protagonismo de la intimidad en materia de protección de datos puede venir justificado si nos atenemos a la propia naturaleza de los datos personales objeto de tratamiento, en gran medida partícipes de una naturaleza íntima ⁽⁴³⁾. Entendemos que tal circunstancia es lo que por inercia indujo a pensar desde un primer momento, tanto a legisladores como a estudiosos del tema, que lo que realmente se trataba de proteger era la propia intimidad ⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, es con el transcurrir del tiempo y el consiguiente perfeccionamiento de las nuevas tecnologías, cuando la gravedad de los tratamientos se va ampliando de la mera incidencia en el aspecto íntimo de las persona, a la propia identidad de la misma ⁽⁴⁵⁾. En otras palabras, es la realidad de un posible tratamiento masivo de datos, con independencia de que estos participen de una naturaleza íntima o no ⁽⁴⁶⁾, y la consiguiente posibilidad de la elaboración de los llamados perfiles de personalidad, lo que en definitiva puede implicar no sólo la vulneración de la intimidad, sino también la anulación de la propia identidad, en definitiva, de nuestra dignidad como personas ⁽⁴⁷⁾.

2.3 LA INTIMIDAD INFORMÁTICA

Uno de los precursores de las tesis que asumen el derecho a la intimidad como el bien jurídico cuya tutela se pretende con la protección de datos ha sido Ruiz Miguel. Para este autor la protección de datos personales no es sino una prolongación más del ámbito del derecho a la

⁽⁴⁰⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de...*, cit. p. 318

⁽⁴¹⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación...*, cit. p. 45

⁽⁴²⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «Las funciones de la Agencia...», cit. p. 267.

⁽⁴³⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., «El Concepto de Interesado...», cit. p. 16; También, *Derechos Humanos, Estado...*, cit. p. 327. Resalta la multiplicidad de supuestos que pueden implicar atentados tecnológicos contra la intimidad, siendo el derecho fundamental con mayor número de modalidades de eventual transgresión y uno de los que cuenta con mayor cantidad de víctimas, haciéndose eco al efecto del estudio del profesor Bing de la Universidad de Oslo (Bing, J. "Personal Data Systems. A Comparative Perspective on a Basic Concept in Privacy Legislation", en *Information Privacy*, vol. 2, pp.28-33), 1980, quien revela cuatrocientos tipos de informaciones que, por su relevancia para la intimidad, debían ser objeto de una protección jurídica especial.

⁽⁴⁴⁾ Al respecto señala Ruiz Miguel que «...la consideración de que es el derecho a la intimidad el que se halla principalmente afectado por las técnicas de procesos de datos, se halla expuesta en el Convenio del Consejo de Europa sobre este asunto" Preámbulo y art. 1 del Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por España y publicado en el BOE de 15 de diciembre de de 1985» (RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, cit. p. 96); también Ortí Vallejo «el mayor peligro de la informática, evidentemente, concierne a la intimidad. Es este derecho de la personalidad el que principalmente late como prevalente preocupación en todas las leyes de protección de datos informáticos del mundo y en la nuestra también» (ORTÍ VALLEJO, «Cinco años de la Ley Orgánica...», cit. p. 2.)

⁽⁴⁵⁾ Cfr. VELÁZQUEZ BAUTISTA, R. *Protección Jurídica de datos personales...*, cit. pp.41-42.

⁽⁴⁶⁾ Sobre una estratificación de contenidos de lo íntimo, privado y confidencial Cf. SÁNCHEZ CARAZO, C. y J. M.: *Protección de datos de carácter personal relativos...*, cit. p. 342

⁽⁴⁷⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit. pp. 117-118.

intimidad, a la que da en llamar «Intimidad Informática»⁽⁴⁸⁾, la cual no sería más que el mismo derecho a la intimidad, si bien, auxiliado de nuevas técnicas y con la informática como nuevo objeto⁽⁴⁹⁾. De esta forma entiende Ruiz Miguel que «el artículo 18.4 de la Constitución no establece ningún nuevo derecho, sino que establece un límite a una facultad «el uso de la informática» a fin de garantizar otros derechos, en términos similares a lo que sucede con el art. 20.4 CE⁽⁵⁰⁾. Arrancando de esta nueva realidad del derecho a la intimidad, considerado no sólo como un derecho fundamental de defensa, sino también como una garantía institucional⁽⁵¹⁾, Ruiz Miguel procura salir al paso de las limitaciones que conlleva la concepción clásica del derecho a la intimidad, insuficiente a todas luces para dar sentido a la técnica de protección de datos⁽⁵²⁾. En este sentido conviene recordar que la teoría de las esferas, basada en la concepción tradicional del derecho a la intimidad como derecho de defensa, distingue tres esferas, individual, privada e íntima, las cuales gozan de distinta protección en función de su proximidad al núcleo de lo más íntimo⁽⁵³⁾; frente a esta teoría, la del mosaico advierte que existen datos *a priori* irrelevantes desde un punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano «igual que ocurre con las piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado»⁽⁵⁴⁾. Para Ruiz Miguel la teoría del *mosaico* tiene un valor complementario en su finalidad de superar las deficiencias de la teoría de las esferas frente a las nuevas formas sofisticadas de ataque a la intimidad, en clara referencia a las nuevas tecnologías, dado que permite dar cabida a los problemas que suscita la intimidad informática⁽⁵⁵⁾.

Esta forma de concebir la intimidad en su acepción positiva o institucional, es decir, como garantía-presupuesto para la protección a su vez de otros derechos, ha sido asumida

(48) Para el autor "...el derecho a la intimidad informática tuvo su consagración doctrinal en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983, que lo configuró como «derecho a la autodeterminación informativa». De esta forma a juicio del autor existe un paralelismo importante entre la idea de autodeterminación esgrimida por el Tribunal Constitucional alemán, entendida como «la 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» y la idea de intimidad introducida por Warren y Brandeis como «el derecho del individuo de determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser comunicados a otros». Para el autor, ambas formulaciones tienen en común una nota de subjetividad y definen la intimidad como autodeterminación informativa» (RUÍZ MIGUEL, C.: La configuración constitucional..., cit. pp. 76-77).

(49) *Ibid* ..., cit. p. 95

(50) *Ibid* ..., cit. p. 94-97; También en «El Derecho a La Intimidad Informática en el Ordenamiento Español, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, cit. p. 9

(51) Por el contrario entienden MARROIG POL y María de los Reyes CORRIPIO que «la cuestión no puede radicar en el posible establecimiento de una diferencia, de carácter material o sustantivo, entre dos acepciones del concepto de «intimidad», una estricta, que exclusivamente comprendería «lo más reservado del ser humano», y otra más amplia, en la que «tendrían cabida los demás aspectos de la vida privada del individuo, sino en considerar que «el bien jurídico subyacente... consiste, sencillamente, desde una perspectiva de carácter formal, en el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad», que nos permitirá «definir los aspectos de su vida que no sean públicos que desea que se conozcan, así como las facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan... terceros son exactos, completos y actuales y que se han obtenido de modo legal y lícito» (MARROIG POL, L., y María de los Reyes CORRIPIO GIL-DELGADO: «El ordenamiento español y la protección de datos... p. 10.)

(52) Por ello entiende el autor que "...el derecho a la intimidad informática comprende una serie de deberes positivos por parte de los poderes públicos e instituciones privadas que procedan al tratamiento de datos personales. Es lo que se entiende por la calidad de los datos... (Ibid cit. pp. 119 y 121)

(53) Al respecto Gavara de Cara «La teoría de las esferas tiene su origen en las reflexiones del Derecho Civil para la protección de ámbitos no públicos. Tan solo va a ser analizada la aplicación de dicha teoría por parte del Tribunal Constitucional alemán» (GAVARA DE CARA, J.C. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 248

(54) Cfr. MADRID CONESA, F., Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p. 45

(55) Cfr. RUÍZ MIGUEL, C., La Configuración Constitucional..., cit. p. 127.

igualmente por Morales Prats, quien partiendo de la idea de *privacy* del derecho anglosajón, entiende que ésta no es más que el aspecto positivo o la institucionalización de la intimidad o, lo que es lo mismo, la posibilidad que se brinda a toda persona de controlar la información que le concierne aún cuando esta haya salido de su esfera íntima, superando de esta forma la intimidad en sentido estricto o negativo, en cuanto facultad de reserva. El autor llega a considerar que con la asunción de la *privacy* se supera la concepción de la intimidad como esfera privada, en el sentido de no limitarse exclusivamente a la reserva del ámbito personal frente al conocimiento de terceros, para contemplarse a su vez como facultad «...de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica», es lo que da en llamar la faceta informática de la intimidad ⁽⁵⁶⁾.

En el mismo sentido, postulando la superación de una intimidad personalista y abogando por la *privacy*, cabe mencionar a Marchena Gómez, quien expone “La superación de una visión de la intimidad centrada en la esfera personal resulta inevitable ante la constatación de un fenómeno en expansión de la *privacy*, que se traduce en una idea de *privacy* política, que reclama desde un significado garantista, la protección de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la garantía de *privacy* constituye una garantía de ejercicio efectivo” ⁽⁵⁷⁾.

También en esta línea de orientación, Villaverde Menéndez es otro de los autores que entienden la protección de datos personales como una vertiente más del derecho a la intimidad, al señalar que «...no puede confundirse la abstracción propia de las normas que garantizan derechos fundamentales con una supuesta apertura de su programa normativo a cualquier contenido jurídico posible que le venga incorporado por la concreta dogmática de los derechos fundamentales que el intérprete elija para su concreción o por la remisión que prescriben normas internacionales o, incluso, normas nacionales infraconstitucionales. Una cosa es concretar el contenido de un derecho fundamental y otra muy distinta es crear nuevos derechos fundamentales sin tener en cuenta lo prescrito por la propia Constitución (...) Esa Ley que limita el uso de la informática no tendrá por qué contemplar un derecho a la autodeterminación informática o su concreción en un derecho a ser informado sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados, porque ese poder jurídico individual ya está contenido en el derecho a la intimidad o al honor (...) El derecho a la intimidad no se convierte en un derecho frente al que el legislador pueda ir adhiriendo nuevos contenidos afectados por la rigidez constitucional “ ⁽⁵⁸⁾.

Otros autores han pasado de mantener esta visión reduccionista de la protección de datos, inmersa en el ámbito del derecho a la intimidad, para asumir posteriormente posturas más acordes con las tesis que apuntan hacia un objeto más amplio ⁽⁵⁹⁾. En este sentido cabe citar a Madrid Conesa, quien en una primera aproximación sitúa la incidencia del fenómeno informático en el ámbito del derecho a la intimidad, para con posteridad, ante la dificultad de determinar los bienes jurídicos afectados, como consecuencia de la literalidad del artículo 18.4 CE, evolu-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. MORALES PRATS, F. «Protección de la intimidad: delitos e infracciones...», cit. p. 44; También en La Tutela Penal de la Intimidad: *privacy* e informática, Ediciones Destino, Barcelona 1984. El autor señala como el art. 18.4 CE reconoce la dimensión positiva de la intimidad convertida en «libertad informática».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. MARCHENA GÓMEZ, M. “Intimidad Informática: La Protección Jurisdiccional del Habeas Data” Boletín de Información, Ministerio de Justicia, núm. 1768, pp. 9-10

⁽⁵⁸⁾ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», Revista Española de Derecho Constitucional, n.º. 41, 1994, pp. 194-209.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A.A., La protección del Derecho a la Libertad Informática... cit. p. 63, alude a las «tesis reduccionistas» para referirse a aquellas corrientes de pensamiento que en el ámbito de la protección de datos consideran la libertad informática como una manifestación de la intimidad.

cionar hacia posturas más aperturistas, ampliando el marco de protección al conjunto de los derechos ⁽⁶⁰⁾. En términos similares, Orti Vallejo, quien si bien desde un punto de vista jurídico entiende que no existen razones que justifiquen la necesidad de hablar de un nuevo derecho en el ámbito de la protección de datos, no obstante contempla tal necesidad al ser consciente de que «La informática constituye un nuevo poder de dominio social sobre el individuo...» ⁽⁶¹⁾.

3. CARÁCTER GLOBALIZADOR DE LA IDEA DE PRIVACIDAD

La privacidad, en sus distintas acepciones ⁽⁶²⁾, se ha convertido en una de las constantes sociales de los últimos años, como lo demuestra las múltiples alusiones en todos los órdenes de la vida. Al efecto cabe destacar las de la propia Agencia Española de Protección de Datos ⁽⁶³⁾, sin olvidar la trascendente referencia del legislador en la Exposición de motivos de la LORTAD y su apego en los foros tecnológicos como puedan ser la revista “Novática” ⁽⁶⁴⁾. Tal vez la constatación de esta realidad es lo que ha movido a la Real Academia Española a incorporar dicho término al acervo de nuestra lengua ⁽⁶⁵⁾.

3.1 ASPECTOS ETIMOLÓGICOS

Al objeto de aclarar la verdadera idoneidad del término «privacidad» para identificar la protección de datos, así como su supuesta conexión con la *privacy* del derecho anglosajón, conviene abordar el estudio, no sólo de dichos aspectos, sino también los relativos al origen y la concepción acerca de dichos términos.

3.1.1 Breve reseña a los orígenes de la *privacy*

La *privacy* o «*The right to privacy*» ⁽⁶⁶⁾ «derecho que todo individuo tiene a ser resguardo de intromisiones» ⁽⁶⁷⁾, surge como reivindicación de un nuevo derecho subjetivo de libertad referido a la persona humana inmersa en sus relaciones con los demás y dentro del marco de una sociedad en la que la información adquiere una importancia inusitada hasta

⁽⁶⁰⁾ Cfr. MADRID CONESA, F., Derecho a la intimidad, informática y...», p. 36.

⁽⁶¹⁾ Cfr. ORTI VALLEJO, «Cinco años de la Ley Orgánica...», cit. p. 2.)

⁽⁶²⁾ Es fácil constatar como la privacidad es utilizada con distintos significados: como traducción de la *privacy*; como sinónimo de vida privada; como aquel ámbito que va más allá de la intimidad según la Exposición de motivos de la LORTAD y, finalmente, como sinónimo de la propia intimidad.

⁽⁶³⁾ En las sucesivas Memorias de la Agencia Española de Protección de Datos se aprecia cierta evolución que se orienta en el sentido que iremos exponiendo, lo cual resulta de gran trascendencia por tratarse de la máxima autoridad en materia de protección de datos de ámbito nacional. Su Estatuto se aprueba por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, siendo que la denominación se ha reformado recientemente por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, conforme se recoge en su art. 79, al añadir a la denominación «Agencia de Protección de Datos», acuñada por el art. 34.1 de la LORTAD, el término «Española»

⁽⁶⁴⁾ Novática es la revista de ATI (Asociación de Técnicos Informáticos). Acerca del uso del término privacidad, sirva como ejemplo el monográfico titulado: Privacidad en la red, donde se aborda el artículo «Introducción: el vasto territorio de la privacidad», Escolano A., Hernando Collazos, I. y Teufel, S.; Novática/Upgrade, nov./dic. 2000, nº148

⁽⁶⁵⁾ La Real Academia Española define la palabra privacidad como «Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión».

⁽⁶⁶⁾ Cfr. WARREN, D. y BRANDEIS, L.D., *The right to privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, n.º 5, 1890, cit. p. 198. Sostienen los autores que la *privacy* es «el derecho del individuo de determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser comunicados a otros» (Apud. HERRERO-TEJEDOR, F.: Honor, Intimidad..., cit. p. 35).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. MORALES PRATS, F. La Tutela penal de la intimidad..., cit. p. 20. Para el autor la naturaleza de la *privacy* se asienta en la inviolabilidad de la personalidad.

entonces ⁽⁶⁸⁾. Como es comúnmente aceptado, el término es atribuido a un artículo publicado en la revista *Harvard Law Review* en 1890, siendo sus autores los americanos Warren y Brandeis, quienes como consecuencia de las intromisiones periodísticas sufridas en la vida privada del primero, deciden hacer frente a este incipiente peligro, mediante la reivindicación de un nuevo derecho ⁽⁶⁹⁾. En consecuencia, en dicho artículo se viene a poner de manifiesto la necesidad de dar cobertura legal a la *privacy*, con la finalidad de obtener una protección integral de la persona frente a los cambios sociales experimentados por la sociedad del momento. Objetivo que ha de conseguirse en principio por vía de ensanchar el ámbito de protección del derecho a la propiedad ⁽⁷⁰⁾, del que se consideraba que emanaban no sólo las formas de posesión tangible, sino también las intangibles ⁽⁷¹⁾, con la finalidad de rebasar sus límites y, en consecuencia, brindar a la *privacy* o «derecho a ser dejado en paz» en palabras del Juez Cooley, la posibilidad de emerger como un nuevo derecho con sustantividad propia frente a los peligros que surgen fruto de la sociedad industrial ⁽⁷²⁾.

Así las cosas, la *privacy* en principio se plantea como un derecho que surge con la pretensión de desligarse del derecho a la propiedad -la Sentencia de 1905 de la Corte Suprema de Georgia, se hace eco de tal dependencia hasta 1890-, dentro de cuyo ámbito se subsumía cualquier producción de la inteligencia o de las emociones, con la finalidad de prestar una mayor protección a todas aquellas categorías próximas a la espiritualidad del hombre frente a todos -en palabras de Warren y Brandeis: son derechos contra todo el mundo- y no como meros contratos esgrimibles únicamente frente a las partes contratantes ⁽⁷³⁾. De esta forma se busca la autonomía de un derecho, cuya naturaleza estaba todavía por determinar, si bien, de las expresiones «...escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones, es el derecho a la *privacy*, (...) apariencia personal, a las expresiones, actos y las relaciones personales, domésticas y otras ...» ⁽⁷⁴⁾, con las que Warren y Brandeis tratan de esbozar su contenido, se desprende una aproximación, más que al derecho a la intimidad, tal y como es entendido en nuestro Derecho, al derecho más genérico a la vida privada o, si se prefiere, al derecho general de la personalidad, dado que en dichas expresiones podemos apreciar manifestaciones de los distintos derechos integradores de estos últimos. Por todo ello, en principio cabe entender que la *privacy* nace con una vocación reivindicativa de una amalgama de derechos próximos a lo que de forma genérica se engloba bajo la expresión de vida privada o se comprende en el derecho continental europeo, desde una perspectiva civilista, bajo la denominación de derechos o bienes de la personalidad.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. HERRERO-TEJEDOR, F. Honor, Intimidad y Propia Imagen, Tecnos 1990, cit. p. 34

⁽⁶⁹⁾ Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, Protección de datos... , cit. pp. 38-40.

⁽⁷⁰⁾ Advierte Pérez Luño que "...la comprensión histórica de los distintos derechos de la personalidad (...) pone de relieve la incidencia del «enfoque propietario» y viceversa, pues, como puntualiza el autor, "la prevalencia del punto de vista «propietario» ha condicionado el planteamiento de la tutela de la personalidad, en la misma medida en que la idea de la proyección hacia el mundo externo de la personalidad ha funcionado como principio legitimador de la propiedad" (PÉREZ LUÑO, A.E., Derechos Humanos, Estado de..., pp. 320-321).

⁽⁷¹⁾ Ibid. cit. p. 322. Dice el autor que en su origen burgués "la propiedad es la condición para acceder a la intimidad".

⁽⁷²⁾ Loc. cit. p. 322. A juicio del autor la raíz teórica del derecho a la intimidad "...se halla en la órbita de aquel fuero interno que Thomasio y Kant sitúan al margen de la injerencia estatal, pero al margen también de las relaciones sociales comunitarias. La vida privada aparece como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento".

⁽⁷³⁾ Cfr. RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional..., cit. p. Como señala el autor, teniendo el mérito dichos autores, de someter a revisión ideológica la *privacy*-*propiety*, o el derecho de propiedad como condición indispensable para acceder a la intimidad, sustentado hasta entonces y que a partir de dicho estudio deja de tener su origen en la propiedad privada, pasando a ser un presupuesto emancipador de toda idea de privilegio; siendo configurador de las libertades individuales.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. WARREN, D. y BRANDEIS, L.D., *The right to privacy...*; cit. p. 198. (Apud. HERRERO-TEJEDOR, F.: Honor, Intimidad..., cit. pp. 35-36).

Esta tesis de la consideración inicial de una amalgama de derechos bajo la denominación de la *privacy* ⁽⁷⁵⁾, igualmente se desprende de las resoluciones judiciales inmediatamente posteriores a la publicación de «*The right to privacy*», puesto que al amparo de dicha expresión se pretende defender y acoger distintos derechos ⁽⁷⁶⁾. En este sentido, el caso «Marks v. Joffa», es un claro ejemplo de cuanto venimos diciendo ⁽⁷⁷⁾. Asimismo, en el caso «Roberson v. Rochester Doding Box Co.» ⁽⁷⁸⁾. Por último, la sentencia de la Corte Suprema de Georgia de 1905, en el caso «Pavesick v. New England Life Insurance Co.», supuso un reconocimiento definitivo para la tesis de Warren y Brandeis, al reconocer en dicho supuesto, tanto el derecho a la propia imagen como el derecho a la intimidad, en los siguientes términos «...hasta ahora no se ha recogido en ninguna sentencia la apelación a un derecho a la intimidad, independiente del derecho a la propiedad (...) El derecho a la intimidad tiene sus raíces en los instintos de la naturaleza (...) La libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad» ⁽⁷⁹⁾.

Por otro lado, no sólo los derechos de la personalidad han sido objeto de ser subsumidos bajo la idea de la *privacy*, asimismo ésta ha sido objeto de extensión a otros derechos como el de asociación en el caso «Naac v. Alabama», el secreto de las opiniones políticas en el caso «Sweezy v. Ney Hampshire» ⁽⁸⁰⁾ y en supuestos como los registros no autorizados en la propiedad, interceptaciones telefónicas y, con particular amplitud, a supuestos en los que la imagen o las palabras de un individuo son captadas sin su consentimiento por otra, que las revela al público con ánimo de lucro ⁽⁸¹⁾. Por último y como corolario de cuanto venimos diciendo, el Tribunal Supremo de EEUU, en el caso «Griswold v. Connecticut» en 1965, se declara el reconocimiento implícito de la *privacy* como derecho atípico en virtud de la *cláusula abierta* que constituye la Enmienda IX de la Constitución norteamericana, con una notable extensión ⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., Derechos Humanos, Estado..., cit. p. 331. Comenta el autor como la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina extranjeras es la de considerar la *privacy* como el derecho único y omnicompreensivo de los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada

⁽⁷⁶⁾ Ibid, cit. pp. 324-329. El autor pone de manifiesto la evolución ambivalente experimentada por la *privacy* desde su formulación por Warren y Brandeis, con la pretensión de configurarla como una categoría amplia y flexible apta para ofrecer un marco unitario para el tratamiento de una serie de problemas conexos

⁽⁷⁷⁾ En dicho litigio, ante la supuesta vulneración del derecho a la propia imagen, consistente en la publicación del retrato del demandante en la portada de una revista sin su consentimiento, el Tribunal de Nueva York parece declarar en la sentencia tanto una vulneración del derecho a la propia imagen como del derecho a la intimidad, según se deduce, al señalar «Ningún periódico o institución prescindiendo de su importancia, tiene derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para tal propósito sin su consentimiento. (...) Los derechos íntimos deber ser respetados al igual que los deseos y sensibilidades de la gente (...) cuando uno está satisfecho con la intimidad de su hogar, tiene derecho a la paz de ánimo...» (ob. cit. Herrero-Tejedor, pp. 37-39)

⁽⁷⁸⁾ La Corte de Apelación de Nueva York rechazó la doctrina de Warren y Brandeis, declarando que en el caso objeto del litigio no se había conculcado el derecho a la propia imagen. De lo cual se desprende, que la demandante pretendió valerse de la *privacy* para defender su derecho a la propia imagen. Es más, con posterioridad a esta resolución y dado el grado de desaprobación ciudadana, el Estado de Nueva York introduce en la Ley de Derechos Civiles el reconocimiento del derecho a la propia imagen, cuya vulneración supondría un ilícito con derecho a indemnización (loc. cit.)

⁽⁷⁹⁾ Loc. cit. Herrero-Tejedor

⁽⁸⁰⁾ Loc. cit. Herrero-Tejedor

⁽⁸¹⁾ Como señala Farinas Matoni «la palabra *privacy* connota una necesaria alienación entre el individuo y su sociedad, una alienación de distancia que está en el corazón de todas las libertades civiles. Es una palabra de diferente significado para cada uno.» (FARIÑAS MATONI, El derecho a la intimidad..., cit. p. 303).

⁽⁸²⁾ Cf. el Voto Particular a la STC 292/00. Advierte el Magistrado que en dicho caso se «consideró violado el derecho de privacidad [el subrayado es nuestro] en el matrimonio, invocando al efecto las Enmiendas Primera (que se refiere a varios derechos, entre ellos el de libertad religiosa), la Enmienda Tercera (no alojar tropas sin el consentimiento del dueño de la casa), Enmienda Cuarta (inmunidad del hogar), Enmienda Quinta (garantías del imputado). Con estos derechos se argumentó que proporcionar información sobre el uso de contraceptivos (...) conculcaba el derecho a la privacidad en el matrimonio.»

Lo cierto es que de la idea de *privacy* se desprende el carácter amplio de su contenido ⁽⁸³⁾, ya sea entendida en un sentido estático «como derecho de exclusión de los demás del ámbito privado» ⁽⁸⁴⁾, como en su sentido dinámico, referido a la facultad de controlar la informaciones referentes a uno mismo ⁽⁸⁵⁾, dentro del cual en principio se involucran todo un conjunto de intereses de diversa índole, si bien en su mayoría próximos a lo que en el ámbito europeo conocemos por los derechos de la personalidad. Con ello se quiere poner de manifiesto la cautela que ha de exhibirse a la hora de pretender identificar la *privacy* con el derecho a la intimidad, máxime si tal identificación se pretende trasladar al ámbito de la protección de datos personales ⁽⁸⁶⁾.

3.1.2 Acerca del origen y significado del término «privacidad»

Desde un punto de vista etimológico el término «privacidad» procede del latín *privatus* (privado, particular, propio, individual, personal) ⁽⁸⁷⁾, si bien, por lo general es comúnmente tomado de la traducción inglesa *privacy*, en su acepción de vida privada ⁽⁸⁸⁾, siendo desde esta perspectiva como ha sido incorporada por la Real Academia Española al *Diccionario de la Lengua* «Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión» ⁽⁸⁹⁾. Tal relación es apuntada igualmente por Sánchez Carazo al tratar de acotar su contenido «...lo privado o la privacidad abarca todas aquellas facetas de nuestra vida que “nos son propias”» aunque pueden llegar a dejar de serlo ⁽⁹⁰⁾. También el Tribunal Constitucional en más de una sentencia ha empleado el término «privacidad» como referencia al ámbito de la vida privada «...el TC ha considerado a la intimidad como columna sustentadora de la libertad... Ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad, (p. ej. el art. 18 CE)» STC 89/1987 (FJ 2º); 142/93 /FJ 7º); «La inviolabilidad del domicilio constituye un au-

⁽⁸³⁾ Al efecto señala Fariñas Matoni que “La dificultad estriba en encontrar un término comprensivo de todos y cada uno de los intereses que la doctrina americana comprende bajo el título genérico de *privacy*.” (FARIÑAS MATONI, El derecho a la intimidad..., cit. p. 322).

⁽⁸⁴⁾ Cfr. HERRERO TEJEDOR, Honor, Intimidad y ..., cit. p. 40.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, Derechos Humanos, Estado..., cit. p. 329. El autor pone de manifiesto como los últimos estudios de la doctrina norteamericana acerca de la *privacy* -J.H. Shattuck, A.F. Westin, L. Lusk, C. Fried- tienden a concebirla como el poder de ejercer un control sobre las informaciones que puedan afectar a cada persona; de esta forma Westin definía la *privacy* como «la facultad de los individuos, grupos o instituciones para determinar por sí mismos, cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros, información sobre sí mismos» en WESTIN, F. *Privacy and freedom*, New York, 1970, p. 342.

⁽⁸⁶⁾ De esta forma no es extraño que autores como Sánchez Bravo adviertan que «...el término *privacy* puede considerarse que comprende lo que para nosotros es intimidad y vida privada, círculos concéntricos de distinta amplitud», advirtiendo que en el mundo del Derecho anglosajón existe una clara frontera entre las nociones de *intimacy* y *privacy*. (SÁNCHEZ BRAVO, La protección del derecho a la libertad informática..., cit. p. 46).

⁽⁸⁷⁾ Cfr. FARIÑAS MATONI, El derecho a la intimidad..., cit. p. 302.

⁽⁸⁸⁾ «El término «privacidad» es frecuentemente utilizado por la doctrina como equivalente castellano de *privacy*, comprensivo de la total protección de la vida privada», añadiendo «La «privacidad» puede utilizarse, pues, como término comprensivo del substrato común de los derechos garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución» (HERRERO TEJEDOR, F.: Honor, Intimidad y..., cit. p. 72.); utilizándose distintas expresiones en función del país de que se trate: en Francia la expresión «*droit à l'intimité*» por una parte de la Doctrina, y otros autores usan la denominación «*droit à la vie privée*»; en Estados Unidos de Norteamérica se emplea la expresión «*right to privacy*» o simplemente *privacy*; los juristas italianos se refieren al «*diritto alla riservatezza*» o incluso «*diritto alla vita privata*»; en España la Doctrina ha utilizado preferentemente la expresión «derecho a la intimidad» y en ocasiones «derecho a la vida privada» (FARIÑAS MATONI, El derecho a la intimidad..., 302-303).

⁽⁸⁹⁾ Ha de tenerse muy en cuenta que la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA acaba consagrado el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en su condición de derecho autónomo, no sólo por destinar a su regulación el art. 8, sino también por desligarlo claramente del derecho a la vida privada y familiar, recogido en el art. 7. (2000/C 364/01) Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000, proclamada en el cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, celebrada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, Protección de datos..., cit. p. 51.

téntico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta...» STC 22/1984; STC 137/1985.

No obstante y tal vez intentando superar el escollo que suponía la inexistencia en nuestra lengua del sustantivo abstracto correspondiente a «privado»⁽⁹¹⁾, es constatable como el término «privacidad», además de como mera traducción de la *privacy* en su acepción de vida privada, se utiliza también de forma errónea como sinónimo de intimidad⁽⁹²⁾ y, lamentablemente, también como concepto globalizador con el que identificar el interés jurídico cuya garantía se pretende con la protección de datos personales⁽⁹³⁾, sin que en tal sentido llegue a coincidir con la idea de vida privada y, menos aún, con la de intimidad⁽⁹⁴⁾.

Así las cosas, si nos preguntáramos por los factores que han incidido en la expansión del uso del término privacidad en el ámbito de la protección de datos, podríamos reseñar como más significativos: la evolución del concepto tradicional de intimidad hacia un ámbito más amplio con el que se ha querido identificar la privacidad; la protección de datos como disciplina que incide sobremanera en el derecho a la intimidad, hasta el punto de llegar a rebasarla, de ahí la oportunidad de utilizar un término difuso como el de privacidad que explicara tal eventualidad; y la indeterminación que hasta fechas recientes caracterizaba la protección de datos y que aún hoy no ha terminado de perfilarse, lo que abre nuevas expectativas para el término abstracto «privacidad».

En consecuencia, ya no se persigue únicamente con el término «privacidad» evocar la idea de vida privada, sino que se pretende abarcar aquel ámbito de la vida privada puesta en relación directa con las nuevas tecnologías. Lo cual sería insuficiente a todas luces, por cuanto, como veremos, la protección de datos va más allá del mero ámbito de protección de la vida privada, alcanzando valores más subliminales como la libertad, la dignidad y la identidad personal, en definitiva, la propia personalidad⁽⁹⁵⁾.

3.2 LA PRIVACIDAD VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LORTAD Y DE NUESTRA DOCTRINA

La idea de privacidad introducida por el legislador en la Exposición de motivos de la derogada LORTAD⁽⁹⁶⁾, como aquel ámbito de la persona que va más allá del propio al de la intimidad, no sólo llevaba aparejada la propia limitación que el término en sí evoca, que no es otro que el de vida privada, sino que además no era pacíficamente admitida por la doctri-

⁽⁹¹⁾ Cfr. HERRERO-TEJEDOR, Honor, *Intimidad...*, cit. p. 72.

⁽⁹²⁾ Como apuntan Sánchez Carazo «Los términos: "intimidad", "confidencialidad" y "privacidad" en muchos momentos se han utilizado como sinónimos pero cada uno de ellos tiene matices diferentes.», «Son conceptos describibles, difícilmente definibles» (SÁNCHEZ CARAZO, *Protección de datos...*; cit. pp. 43 y 53).

⁽⁹³⁾ Cfr. BEJAR, H., *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 152-154 (Apud SÁNCHEZ CARAZO, *Protección de datos...*; cit. p. 49) «...la privacidad no es simplemente una ausencia de información sobre nosotros; es más bien el control que nosotros tenemos sobre la información acerca de nosotros mismos».

⁽⁹⁴⁾ Cf. Exposición de motivos de la LORTAD.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. «Nuevos Derechos Fundamentales de la era tecnológica...», cit. pp. 187 y ss.

⁽⁹⁶⁾ «Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retazo de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.» (Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal -LORTAD- («BOE» núm. 262, de 31 de octubre de 1992).

na⁽⁹⁷⁾, de tal suerte que autores como Ruiz Miguel, entre otros, apuntaban en sentido diametralmente opuesto. Ya hemos apuntado que dicho autor mantiene que la protección de datos personales no es sino una prolongación más del ámbito del derecho a la intimidad, a la que da en llamar «Intimidad Informática», la cual no sería más que el mismo derecho a la intimidad si bien auxiliado de nuevas técnicas y con la informática como nuevo objeto⁽⁹⁸⁾. Esta forma de entender la protección de datos, que no es otra que la configuración positivo-institucional de la intimidad, entra en colisión directa con la expuesta por el legislador en la Exposición de motivos de la LORTAD, al cimentarse en la idea de privacidad. Es decir, mientras que la construcción de Ruiz Miguel pasa por incardinar la materia de protección de datos personales como una manifestación más de la intimidad, el legislador y, por ende, algunos autores como Davara Rodríguez, tomando como guía la noción de privacidad, entienden que el ámbito de ésta supera al propio de la intimidad⁽⁹⁹⁾.

Pero no sólo han aflorado en la doctrina puntos de vista contrapuestos a la hora de pretender identificar de forma estanca la privacidad e intimidad con el objeto y la naturaleza jurídica que informa la protección de datos, sino que, por el contrario, se da el caso de autores que apostaron en principio por la identidad de ambos conceptos. En tal sentido cabe citar a Martín Casallo, para quien no es defendible un concepto de intimidad contrapuesto al de privacidad, sino una ampliación de la intimidad como consecuencia del desarrollo de las modernas tecnologías que termina por equipararse al concepto de privacidad⁽¹⁰⁰⁾; y Orti Vallejo, quien equipara los conceptos de intimidad y privacidad, si bien con posterioridad evoluciona en su concepción estimando la conveniencia de la formulación de un nuevo derecho ante lo que da en llamar «nuevo poder de dominio social...»⁽¹⁰¹⁾.

Por otro lado hemos de advertir que los argumentos esgrimidos por el legislador en la Exposición de motivos de la LORTAD a fin de introducir la noción de privacidad, no eran ideas nuevas por aquel entonces. Ya con anterioridad a la aprobación de dicha Ley Orgánica, Murillo de la Cueva había elaborado su concepción acerca de la autodeterminación informativa, basándose precisamente en argumentos como el de los datos personales que trascienden a lo íntimo y, en consecuencia, afirmando la mayor amplitud del ámbito que corresponde a la autodeterminación informativa con respecto al de la intimidad, lo que, entre otras razones, le

⁽⁹⁷⁾ Como señalan Marroig y Corripio Gil, «...resulta necesario insistir en la falta de «operatividad» de muchas distinciones entre las que se encuentran, a nuestro juicio, la palabra «privacidad», barbarismo que pese a que fuera utilizada por el propio legislador en la Exposición de motivos de la derogada la Ley Orgánica 5/1992... y pese a que tiene un fácil predicamento en ámbitos más propios del periodismo, no sirve siquiera como mero criterio orientador, tratándose más bien, de un claro intento de eludir el problema técnico jurídico que impone la protección de datos a conceptos tradicionales como el de la «intimidad». MARROIG POT., L., y María de los Reyes CORRPIO GIL-DELGADO: «El ordenamiento español y la protección de datos personales...», p. 11.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. RUIZ MIGUEL, C. La configuración constitucional..., cit. p. 97; También parece abogar por la intimidad ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., «La protección de los datos personales frente al uso tratamiento y ficheros automatizados del Poder Judicial: ...», Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, APD, 28 a 30 oct. 1996, Madrid. cit. p.177, al señalar que «Nuestra Constitución, en su artículo 18.4 ha establecido, atribuyéndole el carácter de derecho fundamental, el marco básico para legitimar la protección del derecho a la intimidad de las personas frente al uso de los sistemas informáticos que permiten el almacenamiento y tratamiento de datos personales».

⁽⁹⁹⁾ En tal sentido se pronuncia Davara Rodríguez, al señalar que «el derecho que se trata de tutelar en materia de protección de datos no es exclusivamente la intimidad, sino algo con mayor profundidad que, en los ordenamientos de ámbito anglosajón, se ha dado en llamar *privacy* y que nosotros hemos castellanizado como «privacidad» perfilando su contenido a través de la concepción de la privacidad introducida por el legislador en la Exposición de motivos de la LORTAD. (DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: «La relación entre los artículos 28.1 y el 18.4 CE...» TC, Repertorio Aranzadi, n^o7, julio 1998, cit. p. 56; ID. Manual de Derecho Informático, Aranzadi, Pamplona, 1997, cit. pp. 53-54).

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. MARTÍN CASALLO, J.J., «Intimidad y protección de datos», II Jornadas Abogacía e Informática. 21-22 abril de 1994, *Illustre Col·legi D'Advocats de Barcelona*, 1994, cit. p. 40.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. ORTI VALLEJO, A. «El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática» (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio), *Derecho Privado y Constitución*. 1994, núm. 2, p. 321.

lleva a propugnar el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental ante la insuficiencia del derecho a la intimidad para explicar la protección de datos ⁽¹⁰²⁾. Por ello no es extraño que el propio autor reconociera, con posterioridad a la aprobación de la LORTAD, un cierto paralelismo entre la idea de autodeterminación informativa y la propia privacidad, al señalar «...lo que el legislador llama, usando un barbarismo, privacidad, prácticamente coincide con lo que hemos denominado autodeterminación informativa» ⁽¹⁰³⁾. Si bien, a nuestro modesto entender, dada la descripción de la privacidad que ofrece el legislador en la Exposición de motivos ⁽¹⁰⁴⁾, lo más correcto sería identificar dicha noción de privacidad con la idea de «identidad informática», como un aspecto más integrante de la libertad informática, referido a la elaboración de los perfiles de la personalidad como consecuencia del acopia y entrecruzamiento de datos personales ⁽¹⁰⁵⁾. En este sentido parece pronunciarse Romeo Casabona, quien al referirse a la privacidad, manifiesta «es tan sólo una de las facetas que pueden ser vulneradas por la utilización abusiva de datos informatizados. Incluso cabe decir que con esta utilización abusiva se pueden vulnerar otros intereses personales del individuo que van más allá de la intimidad o de la privacidad» ⁽¹⁰⁶⁾.

3.3 LA PRETENDIDA IDENTIFICACIÓN DE LA PRIVACIDAD Y LA *PRIVACY*

De todo lo expuesto se deriva que la idea de *privacy* no es en modo alguno el contenido adecuado para explicar la naturaleza de la protección de datos en nuestro país ⁽¹⁰⁷⁾ y, menos aún, si para ello ha de acudirse a términos ambiguos como el de privacidad ⁽¹⁰⁸⁾. De una parte porque la idea que subyace a la protección de datos va más allá de los meros contenidos de la intimidad, vida privada, privacidad o la propia *privacy*. De otra parte, porque, aunque como hemos puesto de manifiesto el término *privacy* se suele traducir al castellano como privacidad

⁽¹⁰²⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. El derecho a la autodeterminación Informativa..., cit. p. 117.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. «El Derecho a la Intimidad», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ (C9312); también en «Las funciones de la Agencia...», cit. p. 267.

⁽¹⁰⁴⁾ El legislador cifra la protección de la privacidad exclusivamente en la incidencia negativa que pueda derivarse del uso inadecuado de las nuevas tecnologías; Sin embargo, como es sabido, la Directiva en su art. 3 extiende su ámbito de aplicación a todo tipo de tratamiento de informaciones personales, se efectúe dicho tratamiento por medios automatizados o no, siempre que estén incluidas en un fichero o destinadas a serlo y, en consecuencia, haciéndose valer la protección de los datos e informaciones personales en función de su tratamiento y no de la forma en que éste se realice. Circunstancia que puede hacer pensar en un nuevo enfoque de la protección de datos, orientada a dotar de mayor relevancia a los datos e informaciones personales en sí mismos considerados, con independencia de cual sea la naturaleza de los mismos.

⁽¹⁰⁵⁾ Advierte Sánchez Bravo que la identidad informática no debe confundirse ni contraponerse al de libertad informática, puesto que es parte integrante de ésta, aclarando que «La identidad informática haría referencia, de esta forma, al conjunto de datos personales que debidamente aunados y/o entrecruzados arrojarían como precipitado un perfil de nuestra personalidad, una radiografía de cómo somos y de cómo actuamos.» (SÁNCHEZ BRAVO, La protección del derecho a..., cit. p. 60).

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., «Infracciones Administrativas y Penales en Relación con la Protección de Datos», en Informática y Derecho, UNED, Mérida, 1994, p. 367.

⁽¹⁰⁷⁾ Aunque, como señala PÉREZ LUÑO, la *privacy* sea la noción análoga a la de intimidad en nuestro Derecho (PÉREZ LUÑO, A.E., Derechos Humanos, Estado..., cit. p. 324), no por ello cabe su plena identificación con la intimidad, pues como bien señala GONZÁLEZ GAITANO «*privacy* no es sólo un término técnico-jurídico, pues está privado de sentido, un sentido que nace del contexto cultural en el que ha surgido y no admite una traslación literal con la noción grecolatina de intimidad. Esa traspolación de términos no sólo es un préstamo lingüístico inócuo, sino sobre todo un cambio de coordenadas...» (GONZÁLEZ GAITANO, N. El deber de respeto a la intimidad, Universidad de Pamplona, 1990, cit. p. 153).

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M. «La Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal», Informática y Derecho, 6-7, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, cit. p. 99. Para el autor la referencia a la privacidad en la Exposición de motivos es superflua e innecesaria, además de incongruente con la parte dispositiva de la LORTAD, donde no se hace referencia alguna, ni tan siquiera al determinar el objeto; También TRUYOL SERRA, A. y VILLANUEVA EXTCHEVERRIA, R. «Derecho a la intimidad e informática», Informática e Diritto, núm. 1, 1975, cit. p. 171.. Quienes califican el término «privacidad» de «barbarismo intolerable».

para referirse a la vida privada ⁽¹⁰⁹⁾, no por ello deja de ser menos habitual identificar asimismo la intimidad con la *privacy*, lo cual supone un contrasentido. Es decir, si admitimos que la intimidad hace referencia a un ámbito más estricto y restringido que el propio al de la vida privada o, si se prefiere, privacidad ⁽¹¹⁰⁾, y éste a su vez es una mera traducción de la idea de *privacy* del Derecho anglosajón, no podemos en modo alguno utilizar la intimidad como sinónimo de la traducción inglesa *privacy* dada la mayor amplitud de ésta ⁽¹¹¹⁾, máxime si la diferencia entre ambos términos se pretende salvar acuñando al efecto el término «privacidad» ⁽¹¹²⁾. Sirvan al respecto las palabras de Sanchez Bravo, para quien la privacidad es un «término sin arraigo en nuestro lenguaje, y que no es más que una traducción literal y simplista de la noción inglesa de *privacy*», poniendo de manifiesto que lo peor de tal consideración, es que no sólo se pretende una asunción lingüística de un término extraño a nuestro diccionario, sino la equiparación de concepciones de la intimidad que aparecen claramente diferenciados en los sistemas de Derecho continental y de la Common Law ⁽¹¹³⁾.

4. HACIA UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL

Apostando por la superación de la intimidad como único bien jurídico cuya protección se pretende al amparo de la protección de datos o, dicho en otras palabras, considerando la protección de datos personales como un derecho fundamental cuya naturaleza trasciende al propio derecho a la intimidad, surgen orientaciones doctrinales con miras más amplias que, arrancando precisamente de la insuficiencia de la intimidad para explicar la protección de datos, ven en la «libertad informática» o en la «autodeterminación informativa» el emerger de un nuevo derecho fundamental autónomo propio de la nueva era tecnológica en que se traduce la actual sociedad de la información ⁽¹¹⁴⁾.

4.1 LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Como bien ha señalado Extseberria Guridi, el artífice de la introducción en España de la expresión «autodeterminación informativa» ha sido Pérez Luño, «...quien, a su vez, fue pionero

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. lo dicho en el apartado 3.1.2. «Acerca del origen y significado del término “privacidad”».

⁽¹¹⁰⁾ Como señalan Sánchez Carazo «Consideramos que la privacidad y la intimidad forman parte de un todo. La diferencia estriba en que lo privado es más amplio que lo íntimo. Todo lo íntimo está dentro de la privacidad de una persona, pero no todo lo privado es íntimo (...) lo privado o privacidad abarca todas aquellas facetas de nuestra vida que “nos son propias” (...) La intimidad, lo íntimo, sería la parte de la vida privada que cada ser humano (...) quiere guardar para sí de una forma muy especial y que sólo dará a conocer a un círculo reducido de personas...» (SÁNCHEZ CARAZO, Protección de datos de carácter personal...; cit. p. 51).

⁽¹¹¹⁾ En tal sentido Álvarez-Cienfuegos, quien al identificar la intimidad con la privacidad, señala que «el derecho a la privacidad (*privacy*) de los datos personales se ha convertido en un derecho fundamental de la persona, cuya defensa y protección frente a los poderes públicos se encomienda a instituciones especializadas» (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. «Informática y Derecho Penal. Los delitos relativos a la informática» El Código Penal de 1995. Parte Especial, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, CGPJ, Dic. 1996, cit. p. 199).

⁽¹¹²⁾ Al respecto son fiel reflejo de cuanto decimos las palabras de Orozco Pardo al advertir que «En lo que a nuestro trabajo se refiere, debemos atender fundamentalmente al bien jurídico de la «intimidad», para precisar inmediatamente que este concepto no es el adecuado para el campo en que nos desenvolvemos, pues hoy la doctrina y el legislador han admitido ya el concepto de «privacidad» de origen anglosajón» (OROZCO PARDO, G.: «Los Derechos de las personas en la LORTAD», Informática y Derecho, n.º 6-7, Centro Regional de Extremadura UNED, 1994, pp. 164).

⁽¹¹³⁾ De esta forma, continúa señalando el autor, «...el término *privacy* puede considerarse que comprende lo que para nosotros es intimidad y vida privada, círculos concéntricos de distinta amplitud», advirtiendo que en el mundo del Derecho anglosajón existe una clara frontera entre las nociones de *intimacy* y *privacy*.

⁽¹¹⁴⁾ (SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: La protección del derecho a la libertad informática... cit. p. 46); también LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. Derecho a la Autodeterminación informativa..., cit. p. 26.

en el estudio de la doctrina alemana sobre la materia de donde recoge dicha expresión»⁽¹¹⁵⁾. No obstante, Luño, a la hora de identificar el bien jurídico que subyace a la protección de datos personales, opta por identificar su elaboración dogmática en torno a un nuevo derecho fundamental asumiendo la expresión «libertad informática»⁽¹¹⁶⁾, la que, sin embargo, no tiene inconveniente en equiparar a la autodeterminación informativa, por entender que se trata de una mera cuestión de designación nominal, pues en definitiva ambas se circunscriben a garantizar las facultades de acceso y control de los datos personales o informaciones que les son propias a las personas concernidas⁽¹¹⁷⁾.

En consecuencia hemos de precisar que en el ámbito de la doctrina española, por todos, es Murillo de la Cueva el autor que afronta directamente el estudio de la protección de datos bajo la expresión de la «autodeterminación informativa»⁽¹¹⁸⁾, si bien, conviene adelantar, que su concepción sobre la misma no es del todo parangonable con la genuina elaborada al efecto por la doctrina alemana, circunstancia que, como veremos, le permite a su vez, al igual que hace Luño, identificar la autodeterminación informativa con la libertad informática.

Efectivamente, al hilo de lo que acabamos de apuntar, entendemos que para explicar la sinonimia entre libertad informática y autodeterminación informativa, necesariamente ha de partirse de una distinción previa entre la concepción de MURILLO y la elaborada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas⁽¹¹⁹⁾, fundamentada básicamente en la distinta configuración jurídica y que se traduce en el reconocimiento o no de la naturaleza de nuevo derecho fundamental autónomo.

4.1.1 Orígenes de la autodeterminación informativa

Como ya señalara Denninger, ni el objeto, ni la denominación de «autodeterminación informativa» pueden considerarse como un invento del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Busdesverfassungsgericht* — en su forma abreviada *BverfG* —)⁽¹²⁰⁾. Efectivamente, la doctrina científica, sitúa el origen de la expresión «autodeterminación informativa» en el dictamen científico «Cuestiones Fundamentales de la protección de datos» elaborado por W. Steinmüller en 1971 por encargo del Ministerio del Interior alemán⁽¹²¹⁾. En el mismo ya se ponía de manifiesto el poder que representa la posesión de información, por lo que ante la incidencia que tal poder

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. DENNINGER, «El derecho a la autodeterminación informativa», en 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, Técno-Fundación cultura Enrique Luño Peña, Madrid, 1987.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. FROSINI «il diritto alla riservatezza come diritto di libertà» en Aspetti Comunitari del problema dei diritti umani, Milano, 1985. (Apud, HERRERO-TEJEDOR, F. HONOR..., cit. p. 32). Donde el autor señala que el término fue acuñado por Frosini.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. «La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales», en la obra colectiva, Libertad informática y leyes de protección de datos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, cit. p. 141.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, El derecho a la autodeterminación Informativa, La protección de datos personales ante el uso de la informática; Tecnos, Madrid, 1990.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: Nuevas Tecnologías... p. 87. En palabras de Luño, "...versión peculiar de la libertad informática...".

⁽¹²⁰⁾ Ibid. cit. p. 128.

⁽¹²¹⁾ Dicho dictamen sería de gran trascendencia en la elaboración de la Ley Federal de 27 de enero de 1977, para la protección contra el abuso de datos sobre las personas con motivo del tratamiento electrónico de datos en la República Federal Alemana, cuya aprobación se dilató en el tiempo, entre otras razones, por la ordenación de un ámbito que hasta el momento había pertenecido a la autonomía privada y cuya regulación se pretendía por el poder legislativo, de tal forma que aunque el anteproyecto fue discutido por primera vez en 1971, la Ley no fue aprobada hasta 1977. (HORSTKOTTE, Hermann «La Protección de datos en Alemania» Basis-Info 23-1996 IN-PRES, INTER NATIONES. Memoria del Delegado para la Protección de Datos del Estado Federado de Hesse, Biesbaden 1972, cit. p. 3).

podía conllevar para las libertades de los ciudadanos, se aboga por un derecho fundamental derivado del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, lo que se dio en llamar la «autodeterminación informativa», por la que cada cual pueda decidir en que medida hace al Estado o a sus conciudadanos partícipes de sus actos y pensamientos) ⁽¹²²⁾.

4.1.1.1 *La Sentencia de 15 de diciembre de 1983 de la Corte Constitucional Federal de Alemania*

Aunque como ya hemos apuntado ni la denominación ni la idea que subyace a la expresión «autodeterminación informativa» sea atribuible al *BverfG*, sin embargo sí se le ha de reconocer el mérito de haber investido a dicho derecho de naturaleza constitucional, lo cual se materializa a raíz de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983 de la Corte Constitucional Federal de Alemania, a raíz del recurso planteado contra la Ley del Censo de Población (*Vöskszählungsgesetz -VZG 1983*) de 4 de marzo de 1982 ⁽¹²³⁾. No obstante, ha de advertirse, siguiendo a SIMITIS, que dicha sentencia no supuso el nacimiento de un nuevo derecho fundamental, ni tan siquiera de un derecho fundamental a la protección de datos entendido como una categoría independiente y autónoma ⁽¹²⁴⁾.

Como se pone de manifiesto en el comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional federal, el motivo por el cual se interpone el recurso contra la VZG 1983 ⁽¹²⁵⁾, viene determinado por la potestad que se arroga el Estado de exigir del ciudadano una información personal exhaustiva, con la consiguiente vulneración, a juicio de los recurrentes, de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, la dignidad humana, la libertad de expresión y ciertas garantías procesales ⁽¹²⁶⁾. Y es que, como bien señala Luño, «...para el juzgador alemán la sensibilidad de las informaciones no depende tanto de su conexión inmediata con aspectos que afecten a la intimidad como de la posibilidad de que puedan utilizarse en procesos que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales y, en concreto, al libre desarrollo de la personalidad» ⁽¹²⁷⁾.

Efectivamente, de una mera lectura de la Ley del Censo se desprende lo desorbitado que resultaba el programa de recogida de datos, yendo más allá del mero registro y catalogación de datos personales necesario para el cumplimiento de los fines que en realidad se pretendía ⁽¹²⁸⁾. De esta forma, recalando en el artículo 2.1 de la Ley, referido al censo demográfico y profesional, se alude a una serie de datos que cualquier normativa de protección de datos actual calificaría de sensibles o de especial protección, como es el caso «... la pertenencia legal o no pertenencia a una asociación religiosa, nacionalista». Igualmente, si nos atenemos al contenido

⁽¹²²⁾ Cfr. W. STEINMÜLLER y otros *Grundfragen des Detenschutzes*, *Gutachten im Auftrag des BMI*, 1971, BT-Drcks. V/3826, pp. 88-93; Memoria explicativa del Anteproyecto y el Proyecto de Ley del Gobierno de 21 Sept. 1973 «Datenschutz - Meldegesetz» Textos Legales (asunto 5/74), audición de peritos, Bonn 1974, pp. 249 y ss. (Apud HORSTKOTTE, ob. cit. pág.3).

⁽¹²³⁾ Véase BVerfGE 65,1; También la traducción al castellano de DARANAS, M. en el Boletín de Jurisprudencia Constitución IV, Jurisprudencia constitucional extranjera, BJC 1984, núm. 33, pp. 126-170 Cf. Ley sobre el recuento de la población, de las profesiones, de las viviendas y de los centros de trabajo de 25 de marzo de 1982, Boletín de Legislación Federal -BGBl- I.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: *Nuevas tecnologías...*, cit. p. 128.

⁽¹²⁵⁾ Los autores del recurso eran simpatizantes del movimiento de "los verdes" (die Grünen), si bien, en la resolución final por la que se declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley, también fueron tenidas en cuenta las objeciones previamente expuestas por el Comisario Federal para la protección de datos y los Comisarios para la protección de datos de los Länder.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E. *Nuevas tecnologías...*, cit. p. 126.

⁽¹²⁷⁾ Loc. cit.

⁽¹²⁸⁾ Como advierte Pérez Luño, no es extraño que el Tribunal Constitucional germano hiciera hincapié en el peligro que entraña la proliferación de centros de datos con los nuevos avances tecnológicos, al 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» (loc. cit.).

del artículo 2.5. se aprecia un atentado manifiesto al principio de proporcionalidad que debe regir toda recogida de datos, pues no se entiende la sinrazón de elaborar un registro en el que se contemple la inclusión de datos personales tales como la «Profesión aprendida y duración del ciclo práctico de formación profesional, examen más alto de los aprobados en la escuela...» o como se enumera en el apartado 6 «...el medio de transporte principalmente utilizado y tiempo invertido en el viaje a ese centro de trabajo o de enseñanza»⁽¹²⁹⁾.

A la vista de estos supuestos y de otros que resultaría prolijo reseñar, claro botón de muestra de una regulación que enmascaraba con cierto descaro una finalidad de control de los poderes públicos frente a los ciudadanos a través de la recogida de datos personales que les son propios, el Tribunal Constitucional federal alemán, haciéndose eco de las últimas orientaciones doctrinales⁽¹³⁰⁾, afronta la ineludible necesidad de dar acogida a un derecho que, si bien la Ley Fundamental de Bonn —*Grundgesetz*, en su forma abreviada GG— no recogía expresamente, era necesario reconocer al objeto de evitar que los poderes públicos, valiéndose de la utilización de las nuevas tecnologías emergentes por aquel entonces, incurrieran en abusos como el que se desprendía de la VZG 1983.

En consecuencia con todo ello, la Corte Constitucional Federal —*BverfG*— sobre la base del derecho a la dignidad humana (art. 1.1 GG) y el Derecho general al libre desarrollo de la personalidad (art 2.1 GG), ambos contemplados en la Ley Fundamental de Bonn⁽¹³¹⁾, reconoce el derecho fundamental, no autónomo, a la autodeterminación informativa (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*), atribuyéndole naturaleza constitucional y entendiendo por tal, «la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales» (f.j. C.II.1). Sin más limitación que la derivada de la tutela de un interés general superior con fundamentación legal, debiendo respetar en todo caso el legislador el principio de proporcionalidad, claridad normativa y de adecuación de los medios a los fines perseguidos con el tratamiento de las informaciones, así como las garantías procesales⁽¹³²⁾.

4.1.1.2 *Naturaleza de la autodeterminación informativa a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la Ley del Censo de Población*

Hemos dejado constancia de como en la doctrina y jurisprudencia alemanas la autodeterminación informativa surge plenamente intrincada en el ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁽¹³³⁾, sin que por otra parte se le reconozca naturaleza autónoma propia⁽¹³⁴⁾. Lo cual responde en gran medida a las peculiaridades que informan la Ley Fundamental alemana, caracterizada por el reconocimiento general de unos derechos en los que cabe subsumir

⁽¹²⁹⁾ Como consecuencia del peligro que se deriva de esta exhaustividad de la recogida de los datos, no es extraño que el BverfG afirmara «...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 las condiciones de la elaboración automática de datos, ningún dato sin interés» (BVerfGE 65,1).

⁽¹³⁰⁾ Cf. el dictamen científico antes citado «Cuestiones Fundamentales de la Protección de Datos» de W. STEINMÜLLER y otros.

⁽¹³¹⁾ A juicio de Pérez Luño esta regulación de la GG es «fiel reflejo de la «impronta iusnaturalista» que inspira y fundamenta la consagración constitucional de estos derechos, en la medida en que van dirigidos a la eliminación de la humillación humana» (PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado...*, cit. p. 325).

⁽¹³²⁾ Cf. Líneas directrices de la sentencia.

⁽¹³³⁾ En palabras de Pérez Luño, siguiendo las tesis iusnaturalistas que vienen a considerar los derechos fundamentales «...como respuesta a los intereses y exigencias que en cada momento histórico se reputan socialmente necesarias para el desarrollo pleno de la persona humana y que deben ser captadas a través de una interpretación evolutiva de la Constitución» (loc. cit.).

⁽¹³⁴⁾ Cfr. S. SMITTS «Die informationelle Selbstbestimmung-Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung», en NJW, 1984, pp. 398 y ss. (Apud PÉREZ LUÑO, *Nuevas Tecnologías...*, cit. p. 152.; también Apud SÁNCHEZ BRAVO, A.A. *La protección del derecho...*, cit. p. 63).

aquellos otros no reconocidos de forma expresa como derechos fundamentales especiales (arts. 4 y ss. GG) ⁽¹³⁵⁾. De esta forma, ante la ausencia de un expreso reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, tal y como ocurre igualmente con el derecho a la intimidad se reconduce la posibilidad de hacerlos valer a través del derecho general al libre desarrollo de la personalidad (art. 2. párr.1 GG) ⁽¹³⁶⁾ por constituir el modelo estructural de los derechos de libertad y la garantía del derecho a la libertad de acción general, todo ello, en conexión con el derecho a la dignidad humana (art. 1 párr.1 GG). En consecuencia, si bien en Alemania se reconoce a la autodeterminación informativa naturaleza de derecho fundamental en cuanto incardinado en el derecho general al libre desarrollo de la personalidad ⁽¹³⁷⁾, no por ello ha de afirmarse el surgimiento en aquel país de un nuevo derecho fundamental de carácter autónomo e independiente.

Lo cierto es que la distinta configuración constitucional de las Normas supremas, alemana y española ⁽¹³⁸⁾, incide sobremanera a la hora de determinar la naturaleza de la autodeterminación informativa en uno y otro país ⁽¹³⁹⁾. De tal forma que la mayor concisión de la española no coadyuva sin embargo a dilucidar la cuestión con la sutileza que permite la alemana, siendo uno de los factores desencadenantes del debate teórico mantenido por la doctrina española sobre protección de datos en la última década ⁽¹⁴⁰⁾. De esta forma la interpretación bifronte que caracteriza tal debate, entre el derecho a la intimidad y un nuevo derecho fundamental, no coincide plenamente con la configuración que resulta de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983 de la Corte Constitucional Federal de Alemania a la hora de afrontar la autodeterminación informativa que, como hemos visto, le otorga naturaleza de derecho fundamental, si bien inmerso en el derecho general al libre desarrollo de la personalidad y, en última instancia, de la dignidad humana ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁵⁾ Como señala Sánchez Bravo «La doctrina alemana, más partidaria de ampliar los valores constitucionales ya reconocidos, como el libre desarrollo de la personalidad, que de aumentar el catálogo de los derechos fundamentales con derechos no reconocidos expresamente en la Grundgesetz» se ha decantado por considerar la autodeterminación informativa como un derecho fundamental dimanante del libre desarrollo de la personalidad (loc. cit.)

⁽¹³⁶⁾ Cfr. GAVARA DE CARA, J.C. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial, pp. 242-246. El autor, al analizar las distintas construcciones teóricas en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad como garantía del derecho a la libertad de acción general, pone de manifiesto, como dicho derecho es contemplado, bien como regla de interpretación general y, por lo tanto, sin la condición de derecho subjetivo o, bien, como derecho fundamental sin supuesto de hecho. De conformidad con esta última interpretación, es decir, como derecho de recepción, cabe identificar su contenido con un haz de derechos fundamentales individuales sin referencia expresa en la Ley Fundamental de Bonn.

⁽¹³⁷⁾ Como bien afirma Etxeberria Guridi « Toda la construcción teórica del derecho a la autodeterminación informativa gira, por consiguiente, en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) que se encuentra, a su vez en una posición de garante respecto de la dignidad humana... » (Etxeberria Guridi, J.F.: La protección de los datos..., cit. p. 29).

⁽¹³⁸⁾ Circunstancia fácilmente constatable si tenemos en cuenta que en nuestra prima lex el derecho al libre desarrollo de la personalidad aparece regulado en el art. 10.1 CE con carácter de principio interpretativo del orden político y de la paz social, así como que existe un reconocimiento expreso del derecho a la intimidad (art. 18.1) y una limitación de la informática en garantía del ejercicio de los derechos del individuo con base en su art. 18.4 CE.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. ETXEBERRIA GURIDI: La protección de los datos..., cit. pp. 32-41. El autor pone de manifiesto cómo una de las cuestiones básicas en nuestro ordenamiento jurídico es la de dilucidar «...si la previsión contenida en el art. 18.4 CE permite defender la idea de la configuración de un nuevo derecho ante la insuficiencia del derecho a la intimidad.» Al efecto relaciona los pros y los contras exhibidos por la doctrina más autorizada, lo que groso modo deja traslucir la inconsistencia del citado precepto, pues tanto de la vaguedad de su literalidad, como de su dudosa ubicación sistemática, es dable esgrimir argumentos muy dispares.

⁽¹⁴⁰⁾ Efectivamente, no sería aventura de afirmar que tanto la sistemática empleada en la elaboración del art. 18 CE, como la redacción y ubicación en el mismo del art. 18.4 CE, han contribuido a sostener el debate sobre la naturaleza, el contenido e incluso el *nomen iuris* del derecho a la protección de datos en nuestro país, precisamente por aparecer inmerso plenamente en la regulación constitucional del derecho a la intimidad.

⁽¹⁴¹⁾ No obstante, a la vista de las últimas orientaciones, fruto del Voto Particular del Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 292/2000, cabe advertir cierta similitud, como consecuencia de haber sugerido la desviación del eje vertebrador del art. 18.4 CE al art. 10.1 CE, ante la ausencia de una cláusula abierta en nuestra Constitución que permita la incorporación a la misma de nuevos derechos fundamentales.

4.1.2 La autodeterminación informativa en nuestra doctrina

A la vista del pronunciamiento de la Corte Constitucional Federal —*BverfG*— que dimana de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre la autodeterminación informativa, en su consideración de derecho fundamental no autónomo con base en el derecho a la dignidad humana (art. 1.1 GG) y el Derecho general al libre desarrollo de la personalidad (art 2.1 GG) de la Ley Fundamental de Bonn —*Grundgesetz*—, consistente en «la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales» (f.j. C.II.1); Murillo de la Cueva trata de trasladar la autodeterminación informativa al Derecho español asumiendo las peculiaridades de éste y, por lo tanto, teniendo en consideración no sólo la referencia al art. 18.4 CE sino también el reconocimiento expreso del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE y de los principios a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1, así como el carácter interpretativo del artículo 10.2 CE. Todo lo cual le lleva, como veremos seguidamente, a postular el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental propio de la sociedad de nuestro tiempo, ante la insuficiencia del derecho a la intimidad para explicar y dar cobertura a la protección de datos personales.

Así las cosas, consciente Murillo de la parquedad con la que se formula el artículo 18.4 CE, resalta del mismo la conexión intimidad-informática que a su juicio subyace del enunciado de dicho precepto, al objeto de analizar su viabilidad de cara a construir el derecho fundamental a la autodeterminación informativa⁽¹⁴²⁾. De esta forma, tomando como premisas la naturaleza expansiva del catálogo de derechos fundamentales⁽¹⁴³⁾ y la construcción del derecho a la autodeterminación informativa a partir del derecho a la intimidad⁽¹⁴⁴⁾ termina concluyendo, grosso modo, que el ámbito de la protección de datos es más amplio que el propio derecho a la intimidad y que, por lo tanto, conviene abandonar la referencia de la intimidad y enunciar un nuevo derecho⁽¹⁴⁵⁾, al objeto de preservar la información individual (íntima y no íntima) frente a la utilización incontrolada de las nuevas tecnologías⁽¹⁴⁶⁾. A su juicio la técnica de la protección de datos es más complicada pues, de un lado, combina poderes del individuo frente a terceros (limitaciones, prohibiciones) con diversas garantías instrumentales; de otro lado, los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, basta con que sean personales, aun cuando parezcan inocuos⁽¹⁴⁷⁾.

De cualquier manera para el autor lo importante es que, con independencia de que se considere la intimidad o la autodeterminación informativa el bien jurídico protegido, «...nos hallamos en el ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico está integrado por los diferentes instrumentos que integran la protección de datos» y que se traduce en el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personal-

(142) Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: El derecho a la autodeterminación..., cit. p. 30.

(143) *Ibid.*, cit. p. 34.

(144) *Ibid.*, cit. pp. 26 y 45.

(145) Como señala Murillo de la Cueva «...si no coinciden los ámbitos materiales 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...», concluye diciendo «...no vemos razones que impidan hablar de un nuevo derecho: el derecho a la autodeterminación informativa...» (*Ibid.*, cit. pp. 120-124).

(146) A este respecto enfatiza Murillo de la Cueva que la descontextualización que se produce como consecuencia de las posibilidades de difusión y desvinculación de los datos personales con el uso de las nuevas tecnologías «permite que referencias veraces desde un punto de vista dejen de serlo cuando son objeto de cruces con otras de signo diverso o cuando los datos que se recabaron para un fin se utilicen para otro absolutamente distinto.» (*Ibid.*, cit. p. 111).

(147) *Ibid.*, cit. p. 117.

mente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad ⁽¹⁴⁸⁾.

Ahora bien, no sólo desde una perspectiva dogmático jurídica cabe fundamentar la necesidad de un nuevo derecho fundamental, sino que también, para Murillo de la Cueva, la nueva realidad social motivada por el impacto social de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones justifica asimismo tal necesidad. De tal suerte que aunque «...resulte arduo transmitir a los ciudadanos la imagen exacta del riesgo que supone el uso incontrolado de las nuevas tecnologías informáticas» ⁽¹⁴⁹⁾, Murillo de la Cueva logra ilustrarlo de la siguiente manera: «El progreso científico y tecnológico ha traído consigo unas posibilidades antes insospechadas de reunir, almacenar, relacionar y transmitir todo tipo de información. (...) Hay que advertir que el peligro potencial y real al que nos enfrentamos radica, por una parte, en el volumen de información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja. Por la otra, en la posibilidad, cierta, de obtener -mediante el tratamiento de esos datos- nuevos elementos informativos que nos afectan. En tercer lugar, en que tales procedimientos permiten lograr el conocimiento de aspectos de nuestra vida que, además de personales, merecen ya el calificativo de íntimos. Por último, existe el riesgo de que, a partir de este cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles de nuestra personalidad en función de los cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas (...) Viviríamos, de no tomar medidas de protección eficaces, en una suerte de casa de cristal, bajo la constante observación de unos pocos (...) Veríamos así, en juego, no ya la información que nos afecta, ni nuestra intimidad, sino, también, la identidad que nos es propia y, por tanto, la libertad (...) ⁽¹⁵⁰⁾.” En definitiva el autor nos pone de manifiesto la trascendencia de los datos personales y la necesidad de reconocer a su titular el poder de disposición y control sobre ellos o, lo que es lo mismo, su derecho a la autodeterminación informativa, para de esta forma no sólo preservar su intimidad sino también su libertad y dignidad como persona.

A fin de lograr una efectiva protección integral de la persona o, lo que es lo mismo, preservar su identidad frente a los peligros derivados del acopio masivo de información, se postula por el autor la naturaleza preventiva que ha de presidir la protección de datos personales ⁽¹⁵¹⁾, lo cual se consigue a través de lo que denomina la «técnica de protección de datos» integrada por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: Informática y protección de datos personales, (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 33; ídem «Las funciones de la Agencia de Protección de Datos», en Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996, Agencia de Protección de Datos, Madrid, p. 268; ídem en «La Confidencialidad de los datos personales: garantías en el proceso judicial», en La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos), Cuadernos de Derecho judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 233.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. MARTÍN PALLÍN, J. A.: «Constitucionalidad del número de identificación único»..., cit. p. 58.

⁽¹⁵⁰⁾ Ibid., cit. p. 233.

⁽¹⁵¹⁾ También, entre otros, Jiménez Escobar, señala que “...el derecho a la protección de datos personales garantiza anticipadamente todos los derechos humanos, (...) siendo además, un derecho preventivo que despliega su eficacia *a priori* contra agresiones en potencia, no en el acto” (JIMÉNEZ ESCOBAR, R.: Sobre la aplicación de la Ley Orgánica 5/1992, a los ficheros automatizados de datos de carácter personal mantenidos por los abogados, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 1, 1995, p. 48); Asimismo Heredero Higuera habla de un sistema caudelar que «... se define en función de unos principios de protección de datos y del reconocimiento de unos derechos para hacerlos valer» (HEREDERO HIGUERAS, M.: «La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», en Informática Judicial y Protección de Datos Personales, Jornadas celebradas en San Sebastián los días 7 y 8 de octubre de 1993, Gobierno Vasco, Vitoria/Gasteiz, 1994, pp. 53-54).

⁽¹⁵²⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: El derecho a la autodeterminación..., cit. p. 17.

4.2 LA LIBERTAD INFORMÁTICA

A la vista de lo expuesto acerca de la autodeterminación informativa, hemos de convenir, que la naturaleza que predicen doctrina alemana y Murillo de la Cueva sobre la misma, si bien en esencia coincide en cuanto a la facultad de control que se reconoce a su titular sobre las informaciones personales que le conciernen, sin embargo, difiere en cuanto a su consideración o no de nuevo derecho fundamental ⁽¹⁵³⁾, circunstancia que ha de tenerse en cuenta si realmente se quiere equiparar plenamente con la libertad informática ⁽¹⁵⁴⁾, al menos, tal y como es concebida por Luño, como un nuevo derecho fundamental derivado de la asunción generacional de los derechos humanos, en el sentido de que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada ⁽¹⁵⁵⁾; lo que le permite hablar de los «Derechos de las Tercera Generación», entre los que engloba a la libertad informática ⁽¹⁵⁶⁾.

Para Luño la asunción generacional de la libertad informática en el marco de los derechos humanos, constituye el punto de encuentro de la propia evolución generacional de la informática ⁽¹⁵⁷⁾ y de las libertades ⁽¹⁵⁸⁾, como acabamos de ver. Así, en los sistemas de tutela legislativa de la libertad informática, cabe distinguir a su vez tres generaciones de leyes sobre protección de datos, cuya regulación viene determinada por la interacción informática-derecho, o, lo que es lo mismo, en función de la incidencia que la informática pueda tener en el ámbito del ejercicio de los derechos: la *primera generación de leyes* se caracterizaba por la autorización previa de los bancos de datos ante la escasez, gran tamaño y fácil localización de los equipos informáticos; la *segunda generación* en la que se prima la garantía de los llamados “datos sensibles” ante el riesgo de incurrir en prácticas discriminatorias; y, por último, la *tercera generación* en la que, como consecuencia de la revolución microinformática, se afronta la regulación de las grandes bases de datos desde un punto de vista funcional, a fin de evitar que su informatización propicie nuevas actividades discriminatorias ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «La LORTAD: Entre las luces y las sombras», Revista Informática y Derecho, 6-7, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1994, p. 84. Según el autor, la libertad informática se concibe como el nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática (...) la libertad informática ha sido concebida por la doctrina y la jurisprudencia germanas como un derecho a la autodeterminación informativa.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. FROSINI, V. “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 2, marzo 1983, cit. p. 113. Concibe la libertad informática como un nuevo derecho de libertad de las personas, que puede definirse como «derecho a la libertad informática».

⁽¹⁵⁵⁾ De esta forma señala Pérez Luño que «Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la operación de nuevas necesidades, que fundamentan nuevos derechos». (PÉREZ LUÑO, A.E.: «Del habeas corpus al habeas data», Revista Informática y Derecho, 1, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1992, cit. p. 160).

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Nuevas Tecnologías...», cit. p. 125. La tercera generación de derechos surgiría como respuesta a nuevos modos de agresión a los derechos y libertades como consecuencia del actual desarrollo tecnológico (que polarizan temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la propia libertad informática), es lo que por algunos sectores de la teoría social anglosajona se conoce como la «contaminación de las libertades» (liberties pollution), expresión con la que se alude a la degradación y erosión de los derechos fundamentales ante determinados usos de la tecnología.

⁽¹⁵⁷⁾ De esta forma Luño señala que «Es sabido que el progreso de la electrónica registra la sucesión de cuatro generaciones de ordenadores. La primera se considera que aparece con el ENIAC (...) que fue el primer computador totalmente electrónico, diseñado en 1946 (...). En esta época (...) salió al mercado el primer ordenador comercial el UNIVAC 1, construido por la firma IBM. La segunda generación de ordenadores, que ya utilizaban transistores, se desarrolla a partir de 1958. La tercera generación, que empleaban circuitos integrados, se desarrolla entre los años 1985 y 1976. La cuarta generación se caracterizó por la aparición de los microprocesadores y por la técnica de integración de circuitos a gran escala (...) En la actualidad se alude a una quinta generación de ordenadores, para denotar las últimas investigaciones sobre computadoras inteligentes simuladoras del comportamiento humano...» (PÉREZ LUÑO, A.E.: «La tutela de la libertad informática, en Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre, 1996, Agencia de Protección de Datos, cit. p. 96).

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Nuevas Tecnologías...», cit. p. 125. La tercera generación de derechos vendría a complementar las fases anteriores referidas respectivamente a las libertades individuales (primera generación) y a los derechos sociales (segunda generación).

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Las generaciones de derechos fundamentales», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 10, 1991, p. 203 y ss.

La libertad informática se presenta así como la respuesta histórica de los Estados de Derecho más avanzados frente a las amenazas que dimanan para el disfrute de las libertades de distintos empleos de las nuevas tecnologías⁽¹⁶⁰⁾. Y es que la incidencia de la revolución tecnológica es de tal magnitud que, como señala Luño, ha redimensionado las relaciones del hombre con su entorno, hasta el punto de calificar el marco de convivencia actual como de "sociedad de la información" o "sociedad informatizada"⁽¹⁶¹⁾. Nos hallamos inmersos en una sociedad en la que la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, convirtiendo informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, de tal manera que el ciudadano se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, por lo que se hace acuciante el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades⁽¹⁶²⁾.

A tal fin el derecho a la libertad informática se constituye en un derecho de autotutela sobre las informaciones personales que, en una primera aproximación, conlleva el reconocimiento a sus titulares de una serie de facultades: «a) la información, esto es, la posibilidad de conocer los bancos de datos existentes, así como su titularidad y la finalidad; b) el control que se desglosa, a su vez, en la facultad de acceso por parte de los afectados a las informaciones que les conciernen, en lo que se ha visto la consagración de una *habeas data* por su finalidad equiparable al clásico *habeas corpus*⁽¹⁶³⁾ y la facultad de corrección y cancelación de los datos inexactos o procesados indebidamente, el denominado «derecho al olvido», esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (por ejemplo, antecedentes penales) deben ser eliminadas de los dossiers, transcurrido un determinado periodo de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado; y c) la tutela de las facultades anteriores mediante el establecimiento de los oportunos recursos.»⁽¹⁶⁴⁾. Sistema de garantías que, desde el punto de vista de los derechos del interesado, desglosará posteriormente Luño en los siguientes mecanismos de tutela: a) Garantías jurídicas positivas para realizar determinadas conductas (derecho de información y derecho de acceso); b) Garantías jurídicas negativas para evitar o quedar a salvo de determinadas intromisiones (derecho de oposición y garantías frente a decisiones individuales automatizadas) y c) Garantías procedimentales con las que establecer estructuras organizativas adecuadas (calidad de los datos, legitimación del tratamiento, confidencialidad, seguridad y publicidad), así como recursos, responsabilidades y sanciones⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Nuevos derechos fundamentales en la era tecnológica: la libertad informática», en Anuario de Derecho Público y Estudios Públicos, núm. 2, 1989/90, p. 192.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. «Regulación jurídica del tratamiento de datos personales realizados por el sector privado en Internet», Agencia de Protección de Datos, Premio Protección de Datos Personales IV Edición, 2000, cit. p. 18-19. Resalta el hecho de pretender ser un modelo de sociedad que utiliza la informática para las diversas actividades del hombre, impulsada desde las instancias gubernamentales o internacionales y, por lo tanto, sin que tenga un carácter potestativo para el ciudadano (Cf. Decisión del Consejo de 30 de marzo de 1998 sobre Programa Sociedad de la Información - 98/253/CE). Al efecto desputa el «proyecto eEurope, de 8 de diciembre de 1999» cuyo objetivo a grandes rasgos consiste en inculcar a los ciudadanos el acceso a Internet como herramienta básica en todos los órdenes de la vida; ID. «INTRODUCCIÓN TO THE INFORMATION SOCIETY. THE EUROPEAN WAY» <http://www.ispo.ccc.be/infosoc/backg/brochure.html>, donde se asume este nombre como una de las contribuciones más importantes de Europa al modo en que se percibe la revolución de las tecnologías de la información y de las comunicaciones; augurando la transformación de Europa en una nueva sociedad en la que la relación del ciudadano individual con el conocimiento y la información será muy distinta a la del pasado; ID Comisión Europea. 4551/95 (Presse 32 - G), 6.11.1995, pp. 12-13 donde se habla de «espacio europeo de información».

⁽¹⁶²⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E. «Del Habeas Corpus al...»; cit. p. 155.

⁽¹⁶³⁾ Como señala Pérez Luño «ambos se constituyen en garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad, el *habeas corpus* de la libertad externa o física y el *habeas data* en general de aspectos internos de la libertad: la identidad de la persona, su autodeterminación, su intimidad...» (loc. cit. p. 157).

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Nuevas Tecnologías...», cit. p. 87.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de interesado...»; pp. 20-29.

No obstante conviene subrayar que, de todos los mecánicos de tutela citados, el *status de habeas data* ⁽¹⁶⁶⁾ se configura como el principal instrumento de garantía integrante de la libertad informática ⁽¹⁶⁷⁾, constituyendo un cauce procesal para la salvaguarda de la libertad de la persona en la esfera informática ⁽¹⁶⁸⁾, que se traduce en las garantías de acceso y control a las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas concernidas ⁽¹⁶⁹⁾.

El *status de habeas data* discurre a su vez por un *status activus processualis* ⁽¹⁷⁰⁾ con el que garantizar un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática a través del procedimiento ⁽¹⁷¹⁾. Esta “proceduralización” que caracteriza el derecho moderno en la tutela jurídica de los derechos ⁽¹⁷²⁾, se traduce en el ámbito de la protección de datos en la creación de instituciones de protección, que como el sistema de *Ombudsman*, tienden a completar la función de garantía de los tribunales. De esta forma en el ámbito de la protección de datos personales se crean figuras en los distintos Estados, bien de carácter unipersonal como el *Datainspektionen* sueco, el *Registertylsynet* danés, el *Datatilsynet* noruego, o, bien colegiados, como los Comisarios alemanes (*Datenschutzbeauftragten*), la *Comimission Nationales de L’Informatique et des Libertés*, el *Registrar* y el *Data Protección Tribunal* o la propia Agencia de Protección de datos españolas ⁽¹⁷³⁾. Asimismo, por las legislaciones sobre protección de datos del entorno europeo y en particular en la Directiva 95/46/CE se contemplan mecanismos de tutela basados en instrumentos procedimentales para proteger los datos que afectan a la persona interesada, distinguiendo Luño al efecto, como ya hemos visto, de una parte, los de naturaleza organizativa que tienden a garantizar indirectamente el *status subjetivo* de los interesados: calidad de los datos y legitimación, confidencialidad, seguridad y publicidad de los tratamientos; y, de otra parte, las garantías jurisdiccionales encaminadas a dotar de eficacia las garantías normativas: recursos, responsabilidades y sanciones ⁽¹⁷⁴⁾.

En definitiva, el conjunto de facultades y poderes de control que se reconocen a los titulares de la libertad informática sobre la información personal que les afecta, así como los deberes

⁽¹⁶⁶⁾ «El *status de habeas data* constituiría un cauce procesal más que, al igual que sucede con el *status positivus socialis*, en reconocimiento a los intereses económicos, sociales y culturales, vendría a completar la teoría de los *status* de Jellinek (JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpr. de la ed. de 1919, Scientia, Aalen, 1964.) en demanda de nuevas situaciones subjetivas como consecuencia de la era tecnológica». (Cfr. AA.E. «Del Habeas Corpus al...», cit. p. 157).

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A.A. «La regulación de los derechos de la persona interesada en la Directiva Europea», Jornadas sobre el Derecho español a la protección de datos», celebradas en Madrid los días 28, 29 y 30 de octubre de 1996, Agencia de Protección de Datos, 1996, cit. p. 299. Viene a resaltar el autor la cualidad del *habeas data* como una manifestación más integrante de la libertad informática con la que en modo alguno debe confundirse.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: “Intimidad y protección de datos personales: del *habeas corpus* al *habeas data*”, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, ed. a cargo de L. García San Miguel, Técnos, Madrid, pp. 44 ss.: Para el autor el *habeas data* cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «La tutela de la libertad informática...», cit. p. 93; ID. PÉREZ LUÑO, A.E. «Del Habeas Corpus al Habeas Data...», cit. p. 158.

⁽¹⁷⁰⁾ Loc. cit.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Entre las luces y...», cit. pp. 85-86; ID. «La tutela de la libertad informática...», cit. pp. 93-94: Denninger concibe el *status activus processualis* como el reconocimiento de la facultad de cada persona para participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en el seno de las estructuras organizativas más directamente vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales. (E. Denninger “Government Assistance in the Exercise of Basic Rights -Procedure and Organization- en el vol. Col. Critical Legal Thought: An American-german Debate, a cargo de Ch. Joerges y D.M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 461 y ss).

⁽¹⁷²⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «La tutela de la libertad informática...», cit. p. 94. Para el autor el *status activus processualis* pudiera considerarse una manifestación del fenómeno de proceduralización del derecho moderno. Apud: R. Wiethölter, “Materialization and Prodecularization in Modern Law”, en el vol. Col. Dilemmas of Lay in the Welfare State, a cargo de G. Teubner, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986, pp. 221 y ss.

⁽¹⁷³⁾ Loc. cit.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., “El concepto de interesado en la Directiva...», cit. p. 27.

y obligaciones que recaen sobre los sujetos pasivos y las reglas objetivas, procedimientos e instituciones de garantía predispuestos por el legislador, integran el contenido típico de la libertad informática ⁽¹⁷⁵⁾. Estos medios específicos de tutela constituyen la garantía de la protección de la libertad informática como derecho fundamental autónomo, independiente de otros valores y derechos, en particular, del derecho a la intimidad, lo contrario supondría correr el peligro de relativizar la libertad informática ⁽¹⁷⁶⁾.

4.2.1 Papel de la intimidad en la concepción de la libertad informática

De la concepción de Luño acerca de la libertad informática como nuevo derecho fundamental, se desprende el carácter global de garantía que predica más allá del propio ámbito del derecho a la intimidad, al que también engloba junto con otras categorías de derechos dimanantes de la libertad y la dignidad ⁽¹⁷⁷⁾. Así, cuando el autor pone en relación el *habeas corpus* y el *habeas data*, puntualiza que: ambos se constituyen en garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad, el *habeas corpus* de la libertad externa o física y el *habeas data* en general de aspectos internos de la libertad: la identidad de la persona, su autodeterminación, su intimidad... Efectivamente, como señala Tasende Calvo, la necesidad de proteger los datos personales frente a eventuales abusos informáticos derivados del poder de la Administración y de otras entidades, dentro del ámbito de las libertades de los ciudadanos, viene determinada por las exigencias propias de un Estado de Derecho, como protección, no sólo de la intimidad, sino también de los derechos y libertades públicas en sentido amplio y, en último extremo, de la propia identidad personal ⁽¹⁷⁸⁾. Y es que la protección de datos no sólo abarca los datos de carácter íntimo, sino también aquellos otros aparentemente inocuos y conocidos, motivo por el cual el carácter íntimo de los datos deja de ser el valor prevalente y se atiende más bien a la posibilidad de disposición sobre los mismos al margen de su carácter secreto o no ⁽¹⁷⁹⁾.

Ello es así sin perjuicio de la trascendencia que Pérez Luño otorga al derecho a la intimidad en materia de protección de datos. Así, con motivo de la aprobación de la LORTAD, el autor deja traslucir su preocupación por el derecho a la intimidad dado que a su juicio se iniciaba, con la aprobación de dicha norma, una etapa cargada de expectativas a fin de poner coto a los abusos informáticos contra la intimidad perpetrados en nuestro país ⁽¹⁸⁰⁾. Asume por ello una concepción amplia de dicho derecho, al contemplar la intimidad no sólo como un derecho garantista (status negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sino también como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto ⁽¹⁸¹⁾. Sin embargo, esta extensión del ámbito operativo de la intimidad, no necesariamente obliga al autor a tomar el derecho a la intimidad como el ámbito en el cual incardinar la protección de datos, como sí ocurre con los partidarios de las

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: El derecho a la autodeterminación..., cit. p. 117.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Nuevos derechos fundamentales en la era tecnológica: la libertad informática», en Anuario de Derecho Público y Estudios Públicos, núm. 2, 1989/90, cit. pp. 187 y ss.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Del Habeas Corpus al Habeas Data...», cit. p. 157.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. TASENDE CALVO, J.J.: «Notas al Proyecto de Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», en Poder Judicial, núm. 23, septiembre 1991, cit. p. 106.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: La protección del derecho a la libertad informática..., cit. p. 55.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: «Entre las luces y...», p. 83.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: Derechos humanos, estado de..., cit. p. 330.

tesis reduccionistas, sino tan sólo como el plano de enfoque inicial a partir del cual derivar hacia la libertad informática ⁽¹⁸²⁾.

La intimidad no es más que un aspecto parcial y concreto de la libertad y, así se manifiesta, si consideramos que mediante la lesión de la intimidad se ocasiona un ataque a la propia libertad ⁽¹⁸³⁾. De esta forma, el derecho a la intimidad, como manifestación de los derechos de la personalidad y expresión del valor de la dignidad ⁽¹⁸⁴⁾, no deja de ser uno tan sólo de los derechos a garantizar dentro del ámbito más global del derecho a la libertad informática, la cual trasciende incluso al propio ámbito de la vida privada, pues es la defensa de la personalidad, como libertad necesaria para el libre desenvolvimiento de la persona, el bien a proteger, siendo la acentuación de esa dimensión subjetiva lo que ha contribuido a configurar el nuevo derecho fundamental a la libertad informática ⁽¹⁸⁵⁾.

(Continuará)

⁽¹⁸²⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: “Nuevos Derechos Fundamentales de la era tecnológica...”, cit. pp. 187 y ss.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: La protección del derecho a la libertad informática..., cit. p. 55.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E.: Derechos humanos, estado de..., cit. p. 317.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E “Nuevos Derechos Fundamentales de la era tecnológica...”, cit. pp. 187 y ss.