

LA PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA PRIVADA EN NUESTRO TIEMPO SOCIAL: ¿NECESIDAD DE REDEFINIR EL OBJETO DE TUTELA?

Norberto J. DE LA MATA BARRANCO

Catedrático de Derecho Penal (Universidad del País Vasco-UPV/EHU)

y

Desirée BARINAS UBIÑAS

Doctora en Derecho (Universidad del País Vasco-UPV/EHU)

SUMARIO: I. La construcción del concepto de vida privada. 1. Los orígenes. 2. La individualización del concepto. 3. La consolidación internacional. 4. Perfilando el contenido. 5. ¿Alguna conclusión? II. ¿Un nuevo concepto en un nuevo orden tecnológico? 1. Un nuevo orden tecnológico. 2. ¿Un nuevo concepto de privacidad? 2.1. Datos personales, autodeterminación informativa, autodeterminación decisional y privacidad. 2.2. Apuntes normativos. 2.3. Alguna reflexión. III. la respuesta penal. 1. Diferentes modelos. 2. Algunos problemas. 3. Diferentes respuestas. 3.1. Primeras propuestas. 3.2. La tutela de la privacidad en el contexto de los delitos informáticos. 4. La plena tutela de una vida privada que excede lo puramente íntimo o secreto y que es la que está detrás de datos y sistemas. IV. Bibliografía.

Resumen: Nuestro tiempo social y el amplio desarrollo del mundo digital ponen de manifiesto la necesidad de redefinir el contenido de los tradicionales delitos contra la intimidad, recuperando un concepto de privacidad, nucleado en torno al derecho a ser dejado en paz, con el que se pueda garantizar una plena autodeterminación informativa y decisional.

Palabras clave: privacidad, intimidad, delitos informáticos, autodeterminación informativa, autodeterminación decisional.

Abstract: Our social time and the extensive development of the digital world highlight the need to redefine the content of traditional crimes against privacy, recovering a concept of privacy around the right to be let (left) alone, in order to guarantee a full informational and decisional self-determination.

Keywords: privacy, computer crimes, informational self-determination, decisional self-determination.

I. La construcción del concepto de vida privada

Como bien señala Rebollo Delgado «*el derecho a la intimidad no surge de una concepción de un legislador iluminado que llega a la conclusión de que es conveniente para todos reconocer este derecho, sino que por el contrario, es la conquista a la que se llega tras muchas luchas sociales, conceptuales, doctrinales y de creación legislativa*»¹.

Efectivamente, el reconocimiento de un derecho no es ajeno a la realidad social, económica y cultural del tiempo en que pretende hacerse valer. Así ocurre también con el reconocimiento de la vida privada como interés a proteger. Por ello mismo, la realidad actual obliga a analizar en qué medida el nuevo escenario tecnológico debe, o puede, variar el contenido que se atribuye al mismo, o en qué medida, incluso, puede aceptarse hoy la existencia de un espacio social, que trasciende la distinción entre lo privado y lo público con otros referentes. Sin duda que el ser humano sigue teniendo entre sus necesidades jurídicas básicas, como siempre, la de que se le garantice un espacio de actuación propio, ajeno a interferencias, intromisiones o simplemente conocimiento de otros; pero el modo en que el mismo empieza a entenderse hoy en día está muy condicionado por una diferente forma de desarrollo de las relaciones sociales desde la perspectiva de la realidad tecnológica virtual. Y a ello no puede ser ajeno ni el Derecho ni, mucho menos, el Derecho Penal.

1. Los orígenes

La sensación de querer disponer de un espacio propio, ajeno al control, la intromisión o la mera observación de otros es una tenden-

¹ REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 54.

cia innegable de la naturaleza humana². Su reconocimiento como derecho se encuentra ligado, sin embargo, a avatares, hechos o concepciones culturales, que lo han ido moldeando³.

A modo de síntesis, recordar que tanto la cultura griega como la romana plantearon ya la existencia de un espacio público y de uno privado, aunque obviamente en términos diferentes a los de la sociedad actual.

En Grecia se dio gran importancia a la reflexión y al mundo interior del individuo como medio de alcanzar la sabiduría, aunque no pudo desarrollarse un concepto de intimidad y vida privada como tal por la importancia de la *polis* y de la comunidad dentro de su estructura social, en la que los ciudadanos debían estar siempre «a la vista»⁴. Ana Isabel Herrán lo sintetiza al decir que «*si bien el ciudadano era partícipe activo del Estado y de su soberanía, se le prohibía la denominada libertad negativa, referida al disfrute de las cuestiones estrictamente privadas*»⁵.

Como señalan varios autores, no se puede ignorar que la cultura griega estuvo marcada por el pensamiento de grandes filósofos que, como Sócrates, Platón o Aristóteles, abordan la idea de contemplación o retiro espiritual, pero consideran ante todo al hombre como un «animal político»⁶. Al famoso mandato de la antigüedad clásica «conócete a ti mismo», se contraponen en este sentido, la concepción griega de que «*el hombre es tal, en cuanto se integra en la ciudad, en cuanto participa en la organización social*»⁷. Dentro de este marco, los griegos le atribuyen un carácter místico al espacio íntimo y exaltan el espacio público como aquél en el que el hombre se desarrolla.

² Subraya MOORE, *Privacy, studies in social and cultural history*, pp. 1 ss., que la necesidad de un espacio privado es una creación de la sociedad, ya que sin ella carecería de sentido, siendo precisamente en las sociedades «civilizadas» donde más marcada está la necesidad del derecho a la privacidad frente al orden social establecido. Y BATES, «Privacy-a Useful Concept?», pp. 429 ss., insistiendo también en esta idea, describe la privacidad como una necesidad psicológica y «sociológica» del hombre, fundamental para su autoaceptación personal, que provee un espacio en el cual las personas se ven libres de la presión social, permitiéndoles «reparar sus energías».

³ Detenidamente, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 37 a 44.

⁴ Así, REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 55.

⁵ HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 5.

⁶ Por todos, REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 38. Véase también KEMP/MOORE, «Privacy», pp. 59-61.

⁷ Así, Moore, *Privacy, studies in social and cultural history*, en general, pp. 81 ss.

Los romanos, en cambio, abordan la idea de intimidad como un «derecho de propiedad del yo»⁸ desprovéyéndola de su carácter místico e introduciendo una concepción patrimonial de la misma. La propiedad privada representa un derecho individual, excluyente y absoluto sobre un bien. Este derecho recae sobre las cosas de las que se es propietario y en este contexto se reconoce la protección del domicilio como derivada de la protección del derecho de propiedad, la seguridad y el orden público⁹, no del reconocimiento de un derecho a la vida privada como tal.

En lo que respecta al pensamiento político clásico, suele señalarse que, si bien se diferencia lo público de lo privado, dichas concepciones no responden a la idea actual que se tiene de ellas. Y si la esfera privada era el espacio de «necesidad», representado por las interacciones en el entorno familiar, que respondían al instinto de supervivencia, la esfera pública era el espacio de libertad en el que la persona queda «absorbida» para perpetuar su existencia a través de la memoria común, siendo el lugar donde realmente podía mostrarse como un ser individual a través de sus acciones y de la participación política¹⁰. Una libertad «colectiva», se dirá, sujeta a la voluntad del conjunto¹¹.

En todo caso, sin bien todavía no se puede hablar del reconocimiento de un derecho a la vida privada como es concebido hoy día, ya se plantea la diferencia entre las esferas pública y privada de actuación individual.

En el Derecho medieval los planteamientos religiosos, y en particular el cristianismo, tienen un gran impacto en la conceptualización de la vida privada, reconociéndose una esfera íntima en la que se está en contacto con Dios, en lo más íntimo del ser¹², una esfera íntima que es la que permite devenir personas únicas¹³. Se abandona la concepción patrimonial y se introduce la idea de valor individual

⁸ Véase HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 5.

⁹ En síntesis, REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 56. Véase también HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 6.

¹⁰ A este respecto GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, pp. 30-35 y REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 37-38.

¹¹ Sobre esta cuestión CONSTANT, «Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», quien identifica la diferencia entre el distinto concepto de libertad de unos y otros en la que existe entre una libertad ejercida colectivamente y la libertad individual.

¹² Véase REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 39-41, y sus referencias a San Agustín.

¹³ Así, HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 7.

de la persona. Sin embargo, desde un punto de vista si se quiere jurídico —no tanto filosófico—, la inviolabilidad del domicilio se sigue protegiendo no como una manifestación de la vida privada, sino a fin de garantizar la seguridad patrimonial, que conlleva la seguridad individual, como una extensión del poder del rey y de su capacidad para salvaguardar la «paz» y el «orden»¹⁴.

De hecho, en la Europa feudal se asimiló lo privado a aquello que se encuentra bajo el dominio del jefe de la casa, lo que a largo plazo se transformaría en pieza de erosión del poder público¹⁵. Esto así, porque es en el Medievo cuando se inician las luchas en pos de garantizar la seguridad individual frente a la arbitrariedad del Estado¹⁶, ganando un mayor espacio la concepción de lo «privado» frente a lo «público» y la necesidad de su protección.

El florecimiento y auge del comercio y la industria, que colocan a la clase burguesa en un lugar privilegiado, planteó nuevas vertientes al desarrollo de los derechos subjetivos y nos va acercando al concepto de vida privada tal y como se conoce hoy en día¹⁷.

Así, en la Edad moderna y contemporánea se separan del concepto de intimidad sus componentes místicos y religiosos, pero relacionándolo ya, más que con aspectos patrimoniales, con derechos de la persona y, específicamente, con la opción del individuo, provisto de una «razón» libre, a expresar o no lo que piensa¹⁸.

La vida privada deja de ser un componente etéreo y místico que escapa a la protección de la ley, al mismo tiempo que queda atrás su conceptualización como un privilegio de la clase noble vinculado al derecho de propiedad¹⁹. Y se conforma así como un derecho «de

¹⁴ REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 28-30, subrayando también (pp. 56-57) cómo es en esta época cuando surge la concepción de la «paz de la casa» como medio para conseguir la seguridad individual. Véase también HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 8.

¹⁵ TABATONI, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, pp. 3-4.

¹⁶ Un perfecto ejemplo es la Carta Magna del rey Juan de Inglaterra de 15 de junio de 1215. En este sentido, MOORE, *Privacy, studies in social and cultural history*, pp. 280-281.

¹⁷ Detenidamente, MOORE, *Privacy, studies in social and cultural history*, pp. 283-285. Igualmente, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 39-43.

¹⁸ Así, HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, pp. 8-9.

¹⁹ A este respecto GAETE, «Derecho a la Intimidad: Protección de Datos Personales», pp. 1 ss.

todos»²⁰, derivado de la idea de igualdad, que ha de garantizar un espacio propio tan importante como los espacios públicos de interacción y participación política.

Son de hecho los filósofos de la Ilustración, la Revolución Francesa y la Revolución Industrial y los ideales políticos en que se fundamentan la democracia, el liberalismo y la soberanía popular y sobre los que se erigen los Estados modernos²¹ los que abren el camino para el reconocimiento del derecho a la vida privada dentro del ámbito jurídico y, en su caso, el Derecho positivo²².

Así, señala Westin que si bien las sociedades modernas incrementan la posibilidad tanto física como psicológica para el desarrollo de la privacidad (al estar acompañadas por el desarrollo de las industrias, las urbanizaciones industriales, la vida anónima de las ciudades, la movilidad y el debilitamiento del poder religioso sobre el individuo), de igual forma plantean peligros para la misma relacionados con el control social del Estado. Y en este sentido, dirá, la vida privada deja de ser un producto de la necesidad para transformarse en una cuestión de libertad²³.

En este contexto, pasamos de una sociedad primitiva, en la que la propia naturaleza humana exige tanto períodos de aislamiento como de convivencia social, a una sociedad moderna, en la que el respeto del espacio privado se hace necesario para garantizar el libre desarrollo de las personas, frente al Estado y frente al resto de particulares. Y de esta necesidad de proteger el derecho a la vida privada irá surgiendo, lógicamente, el reconocimiento de tal derecho.

²⁰ Sobre ello, WHITMAN, «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty», pp. 1151-1221.

²¹ Véase WESTIN, *Privacy and Freedom*, pp. 23-51, subrayando que el sistema político moldea el nivel de protección de la privacidad.

²² Señala ROUSSEAU en *El Contrato Social* (p. 30), que el derecho a la vida privada tiene su base en el reconocimiento del ser humano como sujeto de derechos inherentes a su propia condición. Derechos que deben ser respetados, garantizados y protegidos por el Estado, en el marco conceptual de una democracia donde prima la soberanía popular y el respeto de los derechos individuales, fundamentada en un contrato social, cuyo dilema se centra en «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca libre como antes». URABAYEN, *Vida privada e información: un conflicto permanente*, p. 17, dirá que «el derecho a la intimidad tiene raíces profundas pero sus manifestaciones en la vida común de la ciudad no han aparecido de forma intensa hasta hace muy poco tiempo [...] ha seguido a la aceleración general de la vida que caracteriza la sociedad moderna [...]».

²³ WESTIN, *Privacy and Freedom*, pp. 21-22.

2. La individualización del concepto

Como señala Herrán Ortiz, aunque autores como Locke²⁴, Rousseau²⁵, Kant²⁶, Constant²⁷, Tocqueville²⁸ o Stuart Mill²⁹ no trataron

²⁴ Para LOCKE, *Two Treatises of Government*, pp. 267-428, la función del Estado es la de asegurar la vida, la libertad y la propiedad de las personas, derechos que poseen en su estado natural. Los individuos gozan así de la libertad de actuar como consideren conveniente, siendo el derecho de propiedad, dirá, el que les permite asegurar un espacio privado libre de las presiones públicas. Locke planta la semilla del liberalismo en su más amplia expresión al proponer la autorregulación como regla y enfatizar la libertad como valor supremo, aunque conceptualiza de forma insuficiente la protección del espacio privado de las personas al vislumbrarlo, no como un derecho de la personalidad, sino como un derecho de propiedad sobre el «ser».

²⁵ Rousseau si bien no plantea el concepto de intimidad como tal, destaca como fundamental la libertad del hombre, entendiendo incompatible con su propia naturaleza renunciar a ella. No enmarca su tutela dentro del derecho de propiedad sino como un derecho inherente a las personas, planteamiento desde el que se desarrollará la teoría de los derechos de la personalidad. A este respecto, GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, pp. 39-40.

²⁶ KANT, *Fundamental Principles of the metaphysic of morals*, p. 47, plantea, más que el concepto de libertad, el de dignidad. Las personas no son cosas con un precio, explicará, sino que poseen un carácter invaluable e insustituible y es su existencia su fin último. Por ello su protección no recae dentro de un marco patrimonial, sino que lo sobrepasa. Esta concepción marcará la configuración jurídica occidental de la vida privada, desde el reconocimiento de la dignidad como valor fundamental a proteger.

²⁷ CONSTANT, «Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», pp. 1 ss., resalta que la independencia individual es la más importante de las necesidades modernas. En este escrito se pone de manifiesto la diferencia diametral entre la concepción y el valor de lo público y lo privado, y el significado mismo de libertad, que separa la Época moderna de las que la preceden y que caracterizará la conceptualización de la vida privada en la Época contemporánea. De una libertad conjunta sometida a la decisión del grupo donde lo público es sinónimo de lo mejor, pasamos a una libertad individual en la que se busca salvaguardar la autodeterminación del ser humano, configurándose un espacio privado a respetar.

²⁸ DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, pp. 1 ss., plantea la vida privada como una manifestación de la igualdad que refleja la independencia personal y el creciente individualismo de las sociedades democráticas. En su concepción, la igualdad y la libertad, aún siendo diferentes, están íntimamente correlacionadas y aunque resalta la importancia de la primera como elemento esencial de la democracia insiste en que ello no implica relegar a un segundo plano la libertad, sin la que la anterior no es posible.

²⁹ STUART MILL, *On Liberty and Other Essays*, pp. 5 ss., especialmente, 11, justifica la libertad individual no en el derecho de propiedad sino en la idea de seguridad personal. Resalta como un reto de las sociedades modernas el lograr un equilibrio entre el control social y la libertad individual. Y plantea la necesidad de garantizar que todo individuo sea libre en sus gustos y decisiones y libre, por tanto, para definir su vida como mejor refleje su carácter. Su concepto no podría ser hoy más interesante, por la tendencia a olvidar que justamente la tan manida seguridad (estatal o colec-

directamente sobre la vida privada o la intimidad, sí reconocieron la necesidad de un espacio mínimo de libertad individual excluido de la intromisión del gobierno y de otros particulares, sin el cual es imposible desarrollarse, y plantean, aunque dentro de contextos diferentes, los principales problemas con que se encontrará el reconocimiento de los derechos fundamentales, construyendo los cimientos sobre los que se erigirá el derecho a la vida privada como garantía de dignidad y libertad individual³⁰.

Existe relativo consenso, en cambio, en situar en Estados Unidos de Norteamérica el nacimiento del derecho —de la necesidad de su reconocimiento— a la vida privada. Herederos de la *Petition of Rights* de 1628, la *Bill of Rights* inglesa de 1688, el *Act of Settlement* de 1701 y la reforma luterana, dentro de la ideología política anglosajona comienza a formalizarse la idea de que el individuo posee derechos ineludibles³¹.

Cierto es, no obstante, que las primeras manifestaciones protectoras del espacio privado, como el reconocimiento a la inviolabilidad del domicilio, están más relacionadas con las ideas de seguridad y libertad que con la existencia de un derecho a la vida privada³². Como señala Morales Prats, la protección inicial del derecho a la vida privada dentro de la concepción liberal y capitalista imperante en la sociedad estadounidense fue la de la *privacy-property*, es decir, a través del derecho de propiedad, donde un individuo es «*esencialmente, el propietario de su persona y de sus propias capacidades*», reflejando el individualismo posesivo liberal, donde el mercado es quien regula la vida pública³³.

tiva) ha de tener como componente esencial una irrenunciable libertad individual. A este respecto, KEMP/MOORE, «Privacy», pp. 61-62.

³⁰ Véase HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 10.

³¹ Por todos, REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 57-58.

³² Encontramos, por ejemplo, que la protección del domicilio se va protegiendo explícitamente en las Constituciones y Declaraciones de derechos de los Estados americanos en formación, destacando la Constitución de Pensilvania de 1766, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware, de 1776, y la Constitución de Massachusetts de 1780. Asimismo, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se presupone implícito en el artículo 7 sobre la libertad y seguridad personal. Por su parte, la Constitución Federal de Estados Unidos, de 1787, prevé en su IV Enmienda una protección más general, que no sólo abarca el domicilio sino también la protección de las personas y de sus bienes.

³³ MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, pp. 15-22, citando a MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*.

Esta concepción se irá superando, de la mano de las declaraciones de derechos y principios revolucionarios, y a finales del siglo XIX se irá planteando el derecho a la *privacy* como baluarte de la libertad individual, indisociable de la condición de ser humano.

El hito de un reconocimiento explícito y fundamentado del derecho a la vida privada, necesitado de tutela —el origen moderno del concepto, como tal, de *privacy*—, se data, como es sabido, en el famoso escrito de Louis Brandeis y Samuel D. Warren de 1890 «*The right to privacy*»³⁴.

Si bien Brandeis y Warren intentaron establecer precedentes jurisprudenciales³⁵ que apoyaran su posición doctrinal, la verdad es que hasta entonces los atentados contra lo que se denominaría «*privacy*» habían sido castigados desde el punto de vista del derecho de propiedad o de otros derechos meramente instrumentales³⁶.

Los jueces americanos debaten sobre este enfoque resaltando justamente que la privacidad es algo que va más allá del derecho de propiedad o del *copyright* e incluso del derecho al honor. Enfatizan que el *common law* garantiza a cada individuo la potestad de determinar la medida en que sus pensamientos, sentimientos y emociones pueden ser comunicados a otros. De esto deducen el derecho a no ser obligado a expresarlos y a establecer límites para su difusión —siendo indiferente si son expresados en palabras, signos, pinturas, esculturas o música—, entendiéndose se configura así un derecho independiente al que se tiene sobre el material que lo contiene y del derecho del autor sobre su obra.

Diferencian también el derecho a la vida privada del derecho al honor, pues su protección no se limita a los casos en que se atenta contra la reputación de una persona, considerando que el derecho al honor se sitúa en el plano exterior, en un daño causado a la reputación de la persona frente a la sociedad que le rodea, mientras que la

³⁴ Independientemente de construcciones doctrinales vinculadas al mismo o de que se hubiesen protegido aspectos relacionados con el derecho a la intimidad o alguna de sus manifestaciones por los tribunales europeos y americanos antes de 1890. Con numerosas referencias, DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, pp. 27-28 y ALLEN, *Privacy Law and Society*, pp. 10-15.

³⁵ Dieron especial importancia al caso *Prince Albert vs. Strange*, de 1849, por fundamentar la condena de la distribución de retratos no autorizada en algo más que el derecho de propiedad: en una falta a la confianza o al contrato. Y si bien citaron otros casos ninguno de ellos hace referencia a la *privacy*.

³⁶ A este respecto, FAYOS, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, pp. 25-32.

privacy se sitúa en el plano interno y subjetivo, en el daño causado a los pensamientos, sentimientos y emociones de un individuo³⁷.

Resaltan desde este punto de vista la necesidad de reconocimiento y protección de la naturaleza espiritual del hombre, a la que se suma «*el derecho a ser dejado en paz*» (*the right to be let alone*), a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo del individuo. Esta expresión, original del Juez Cooley³⁸, es la que se adopta para referenciar el derecho a la vida privada, que se desplaza del ámbito de tutela de la propiedad al de los derechos de la personalidad³⁹. Los autores finalizan su escrito planteando la cuestión de que si siempre se ha considerado el hogar como impenetrable por parte de la autoridad pública en tanto que «castillo de cada hombre», no deberían los Tribunales dejar abierta «la puerta de atrás». Es justo esta concepción que contextualiza el sentido de protección de la *privacy* la que marcará una de las grandes diferencias entre la aproximación anglosajona y la europea de la privacidad.

En definitiva, un derecho a la *privacy* que busca tutelar la naturaleza espiritual y más íntima del hombre, diferenciándolo marcadamente del derecho de propiedad, del derecho de *copyright* y del derecho al honor, en el que la protección frente a un perjuicio material y cuantificable no es lo importante, sino, por el contrario, la del libre desarrollo del individuo. Un derecho vinculado a una necesidad, la de protección un espacio de actuación propio, íntimo, de la intromisión ajena.

Y es importante también situar el marco en que surgen estas consideraciones, vinculadas a la preocupación que ya en esa época generó el desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación masiva, utilizados a menudo para invadir la vida privada y familiar (así, en el caso de las fiestas sociales celebradas por Warren y su familia, objeto de comentarios y publicaciones que aludían al derroche y la relajación moral de las mismas)⁴⁰.

³⁷ BRANDEIS/WARREN, «The Right to Privacy», p. 193. A este respecto, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 66-73 y SUÑE, *Tratado de Derecho Informático*, pp. 39-44.

³⁸ Citada por BRANDEIS/WARREN, «The Right to Privacy», p. 193, fue utilizada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el Caso *Wheaton vs. Peters*, de 1834, dentro de un contexto diferente («*El demandado no pide nada, no quiere nada, salvo que se le deje en paz hasta que se demuestre que viola los derechos de otro*»).

³⁹ Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, p. 71.

⁴⁰ Así, REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 61.

Inicialmente los tribunales estadounidenses fueron reticentes a aceptar un derecho, como tal, a la *privacy*⁴¹ y si bien algunos dieron acogida al mismo⁴², su existencia fue negada de forma categórica en repetidas ocasiones⁴³.

No fue sino hasta 1905 cuando el derecho a la vida privada es verdaderamente reconocido jurídicamente con el caso *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*, en el que el Tribunal de Georgia establece que «*La libertad personal incluye no sólo la libertad frente a la restricción física, sino también el 'derecho a ser dejado en paz', a que cada uno determine su modo de vida, sea una vida de publicidad o de privacidad, y a ordenar la propia vida y dirigir sus asuntos de la manera que más agradable le resulte, siempre y cuando no viole los derechos de otros o de lo público [...] El derecho a la privacidad, o el derecho del individuo a estar solo, es un derecho personal [...] el individuo tiene el derecho absoluto a ser dejado en paz*»⁴⁴.

Este fue el precedente acogido posteriormente ya por muchas otras resoluciones⁴⁵, si bien el reconocimiento de la *privacy* por la Corte Suprema de Estados Unidos como un derecho constitucionalmente protegido se hizo esperar varias décadas. En 1965, en el *Caso Griswold vs. Connecticut*, este Tribunal admitió como efectivamente reconocida la protección de la *privacy* a través de la IV y V Enmiendas y la relacionó, además, con la IX Enmienda, que da apertura al reconocimiento de derechos no expresamente citados en la Constitución, la XIV, que prohíbe a los Estados establecer regulaciones que limiten las libertades personales, excepto cuando se demuestres necesarias para la realización de una política estatal admisible e incluso con la Primera Enmienda, no desde el punto de vista del clásico enfrentamiento entre el respeto a la vida privada y la libertad de expresión, sino como pieza clave para el efectivo ejercicio de la libertad

⁴¹ Expresamente, NOVOA, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, p. 26.

⁴² Véanse las citas de PROSSER, «Privacy», pp. 383-423.

⁴³ Así, de modo contundente, en el caso *Robertson vs. Rochester*, de 1902, de la Corte de apelación de Nueva York, alegándose la inexistencia de precedentes significativos que reconocieran este derecho y que el mismo conllevaría un desbordamiento de litigios «absurdos». Esta decisión, sin embargo, provocó numerosas reacciones negativas.

⁴⁴ Véase KAHN, «Privacy as a legal principle of identity maintenance», p. 375. También FAYOS, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, pp. 33-34.

⁴⁵ Así, por ejemplo, en los en su momento significativos casos *Lee vs. United States*, en 1952, *Wolf vs. Colorado*, en 1958, *Mapp vs. Ohio*, en 1961 y *López vs. United States*, en 1962.

de asociación y de contratar⁴⁶. Sin embargo, todavía las afirmaciones de la Corte refieren la protección constitucional del derecho a la vida privada *únicamente* a intromisiones arbitrarias de la autoridad estatal, no frente a las que puedan cometer los particulares.

Es un proceso lento de reconocimiento de ese derecho a ser dejado en paz del que hablaban Brandeis y Warren como derecho de la personalidad de textura abierta⁴⁷; y aunque su protección no se hace derivar directamente de la Constitución americana, sino a través de la interpretación de sus Enmiendas y como medio de garantizar la libertad del individuo⁴⁸, diversas Constituciones estatales ya sí recogen de modo expreso la protección de la vida privada⁴⁹ y es también ya abundante la tutela que expresamente se brinda a ésta en la regulación estatal y federal que se ha ido generando en diversos ámbitos particulares⁵⁰, que se amplía frente a intromisiones no ya estatales sino también de otras personas⁵¹, aun de modo todavía insuficiente⁵².

⁴⁶ Sobre ello, CATE/LITAN, «Constitutional Issues in information privacy», pp. 35-63. Importante fue también el Caso *Katz vs. United States*, de 1967, con el que se garantiza que la tutela del derecho a la *privacy* dé un paso adelante salvaguardándose el mismo tanto contra intrusiones materiales como inmateriales.

⁴⁷ En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 66-73.

⁴⁸ Algunos autores también señalan su relación con la II, III, VIII y X Enmiendas. En este sentido, ALLEN, *Privacy Law and Society*, pp. 183-490 y CATE, *Privacy in the information age*, pp. 50-66.

⁴⁹ CATE, *Privacy in the information age*, pp. 66-68. Así, el art. 1, inciso 22 de la Constitución de Alaska de 1956, el art. 2, inciso 8 de la Constitución de Arizona de 1910, el art. 1, secciones 1, 3, 24 y 28 de la Constitución de California de 1879, el art. 1, sección 23, de la Constitución de Florida de 1968, el art. 1, sección 6 de la Constitución de Hawai de 1968 o el art. 1 inciso 5 de la Constitución de Louisiana de 1974.

⁵⁰ Baste señalar la *Wiretap Act*, dentro del Título III de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, la *Privacy Act* de 1974, la *Freedom Information Act* de 1966, tras su modificación de 1974, la *Freedom Information Act* modificada en 1976, la *Privacy Protection Act* de 1980, la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986, la *Computer Matching and Privacy Protection Act* de 1988, y su versión de 1990, o, más recientemente, la *E-Government Act* de 2002, además de otras en sectores concretos como la protección de la información financiera, la protección de la privacidad en las comunicaciones electrónicas, la protección de la privacidad de la niñez, la protección de la privacidad de los estudiantes, la protección de la privacidad ante el tratamiento de información en el alquiler de videos, la protección de los trabajadores contra el uso de polígrafos, la protección de los registros de vehículos y conductores, etc. Véase ALLEN, *Privacy Law and Society*, pp. 491 ss.

⁵¹ Así, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 134-151.

⁵² Expresamente, KING, «Fundamental human right principle inspires U. S. data privacy law», pp. 71 ss.

3. *La consolidación internacional*

Desarrollada la tutela de la vida privada en el ámbito angloamericano de la mano de la protección de la libertad, en el sistema romano-germánico ha sido frecuente su vinculación con la tutela de la dignidad.

Y reconociéndose la privacidad como un elemento esencial⁵³ para garantizar la «dignidad humana»⁵⁴, su consideración como derecho fundamental constitucionalmente protegido no se hizo esperar.

Como señala Rebollo Delgado, se pueden diferenciar tres niveles de reconocimiento constitucional⁵⁵, lo que, no obstante, no implica una menor o mayor protección de este derecho, sino que simplemente distingue un diferente modo de expresar el mismo: a) aquellos Estados que reconocen de forma explícita el derecho a la vida privada, como Bélgica, España, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, etc.; b) aquéllos que reconocen manifestaciones de este derecho, como Alemania, Dinamarca, Italia, Argentina o México, por ejemplo; y c) aquellos cuyo texto constitucional no reconoce de forma expresa el derecho, como Francia, que remite a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En todo caso, explícitamente o en alguna de sus manifestaciones, estamos ante un reconocimiento ampliamente extendido. En Europa⁵⁶, inicialmente relacionado con la protección del honor⁵⁷, enraizado con el desarrollo del concepto de dignidad humana y la teoría de los derechos de la personalidad y finalmente configurado como un derecho autónomo que garantiza un espacio de «soberanía personal»⁵⁸. Y en Latinoamérica⁵⁹.

⁵³ Véase DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, pp. 29-30.

⁵⁴ Así, JORGE PRATS, *Derecho Constitucional*, p. 573.

⁵⁵ REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 64-66.

⁵⁶ Véanse los arts. 1, 2, 10 y 13 de la Constitución de Alemania, el art. 149 de la de Austria, los arts. 15, 22, 23 y 29 de la de Bélgica, los arts. 71 y 72 de la de Dinamarca, el art. 18 de la de España, los arts. 5, 9 y 10 de la de Grecia, los arts. 2, 3, 13, 14 y 15 de la de Italia, los arts. 25 y 28 de la de Luxemburgo, los arts. 10, 12 y 13 de la de Países Bajos, los arts. 26, 34 y 35 de la de Portugal o los arts. 2, 3, 6, 13, 22 y 23 de la de Suecia. Con detalle, y otras referencias, PRIVACY INTERNATIONAL, *European Privacy and Human Rights*.

⁵⁷ A este respecto, WHITMAN, «The Two Western Cultures of Privacy», pp. 1151 ss.

⁵⁸ Véase REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 60.

⁵⁹ Así, de una u otra forma (en algunos casos mencionándolo expresamente, en otros garantizando la inviolabilidad del domicilio, la intimidad, el secreto de las comunicaciones o el habeas data), en los arts. 18 y 43 de la Constitución de Argentina,

No podía ser de otra manera. Máxime dada la aceptación supranacional que también se ha ido produciendo.

Con independencia del reconocimiento de la dignidad y de la libertad⁶⁰, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 contempla expresamente el derecho a la vida privada en su artículo 12.

Prácticamente con el mismo tenor, este derecho es consagrado también en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, agregando el componente de «injerencias arbitrarias o ilegales» y vinculando las intromisiones consideradas inadmisibles a las conceptos de ilegalidad y arbitrariedad. En el Comentario General n.º 16, adoptado en la 32.ª Sesión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el día 8 de abril de 1988, se destaca que el artículo 17 incluye una protección tanto contra intromisiones arbitrarias como ilegales y que ha de garantizarse el derecho a la privacidad contra dichas interferencias y ataques sin importar que las mismas emanen de autoridades del gobierno o de personas naturales o jurídicas. Este análisis rompe con la concepción clásica heredada del derecho anglosajón que configuraba el derecho más bien como una prerrogativa contra el gobierno⁶¹. Asimismo, se propone una definición para «ilegal» y «arbitrario», circunscribiéndose el primer término a establecer que ninguna interferencia puede tener lugar sino en los casos previstos por la ley, mientras el segundo va más allá, al extenderse incluso a intromisiones previstas por la ley. Dichas intromisiones, aun permitidas por la ley, se entiende deben ser acordes con las previsiones y objetivos del Convenio y ser razonables. Similares son también la previsiones de otros Convenios específicos⁶².

los arts. 21, 25 y 130 de la de Bolivia, el art. 5 de la de Brasil, los arts. 15, 16 y 18 de la de Colombia, los arts. 23 y 24 de la de Costa Rica, el art. 19 de la de Chile, los arts. 66 y 94 de la de Ecuador, el art. 31 de la de Guatemala, el art. 16 de la de México, los arts. 26 y 29 de la de Panamá, los arts. 33, 34, 36 y 135 de la de Paraguay, los arts. 2 y 200 de la de Perú, el art. 44 de la de República Dominicana o los arts. 28, 48, 60 y 281 de la de Venezuela. En ocasiones, con referencias explícitas a la protección frente al uso de la informática.

⁶⁰ Véase REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 70-73.

⁶¹ Véase CATE/LITAN, «Constitutional issues in information privacy», pp. 35 ss.

⁶² Interesa destacar que desde 1968 la ONU ha dictado numerosas resoluciones en pro de proteger la privacidad específicamente frente a las nuevas tecnologías, surgiendo finalmente en 1990 las Directrices de Naciones Unidas para la regulación de los archivos de datos personales informatizados, adoptadas mediante Resolución 45/95 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990; a ello se aludirá posteriormente. A este respecto, MICHAEL, *Privacy and human rights*, pp. 21-26.

En el contexto europeo el referente obligado es el art. 8 —también el art. 6, implícitamente— del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma), del Consejo de Europa, de 1950, que limita las injerencias inadmisibles a las ilegales, especificando que la intromisión sólo se justifica cuando *«en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros»*.

El Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 introduce la cuestión de la protección de los datos personales con respecto a su tratamiento automatizado⁶³.

En cuanto a la Declaración del Parlamento Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales aprobada el día 12 de abril de 1989, reconoce el derecho a la privacidad en su art. 6. También lo hace, en su art. 7, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su art. 6, atribuye a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico vinculante que los tratados de la Unión Europea y reconoce el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales como parte del Derecho de la Unión. Son también numerosas las Directivas de ésta⁶⁴.

⁶³ Texto complementado con innumerables Recomendaciones y Resoluciones. Por ejemplo, y entre otras muchas, la Resolución 73/22, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado; la Resolución 74/29, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público; o la Recomendación n.º (99) 5 del Consejo de Europa, de 23 de febrero de 1999, sobre la protección de la vida privada en Internet. Con numerosas referencias, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, p. 157.

⁶⁴ Entre ellas se pueden destacar, también entre otras muchas, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo de 24 de julio 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 datos; la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos; la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a los aspectos jurídicos de los servicios

Idéntica protección se asume por la Comunidad de Estados Independientes en el art. 9 de su Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes de 1995.

Y en el ámbito americano similar reconocimiento se produce en el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, de 1969.

4. *Perfilando el contenido*

Si bien es cierto que se reconoce hoy sin discusión la idea de privacidad como derecho fundamental, el concepto de lo que la misma implica y la concreción de su contenido siguen siendo difíciles de consensuar. «*De todos los derechos humanos comprendidos en el catálogo internacional, es la privacy el más difícil de circunscribir y definir*»⁶⁵, dirá James Michael, algo en lo que concuerdan la mayoría de los autores⁶⁶.

Y así, si bien es cierto que los instrumentos supranacionales dedicados a la consagración de los derechos humanos incluyen la vida privada dentro de su repertorio, ninguno define qué se entiende por ésta. Lo mismo ocurre con las disposiciones de orden constitucional y la legislación interna de cada país.

Sí está estrechamente vinculada a la noción de dignidad y de libertad y, según el sentir más común, se presenta como una manifestación particular, se dirá, de ambas; en ella impera, sin embargo, un sentimiento de interioridad, de autoexclusión, de soberanía personal.

La necesidad de tutela de la *privacy*, *intimsphäre*, *geheimsphäre*, *privacidade*, *intimidade*, *vie privée*, *intimité*, *riservatezza*, *vita privata*, *privatssphäre*, vida privada, intimidad, o como prefiera llamársele, es comúnmente aceptada; pero, su alcance y contenido no escapa a la discusión jurídica, que se inicia ya con la propia acepción termi-

de la sociedad de la información, en particular en el mercado interior; la Directiva 2002/58/CE del Parlamento de Europa y del Consejo del 2 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la vida privada en el sector de las telecomunicaciones; o la Directiva 2006/24/CE, de 15 marzo de 2006, del Consejo, por la que se regula la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

⁶⁵ MICHAEL, *Privacy and human rights*, p. 1.

⁶⁶ Con ulteriores referencias, SOLOVE, «A Taxonomy of Privacy», pp. 477 ss.

nológica a utilizar, que varía de un país a otro, de un autor a otro, porque según lo que se quiera decir con el término adoptado dará igual cómo se le denomine o, por el contrario, no.

En una aproximación preliminar, sí puede adelantarse que aunque, en nuestro ámbito jurídico más próximo, para la mayoría de autores es diferente el ámbito de lo privado del de lo íntimo, más amplio claro está el primero⁶⁷, en el ámbito anglosajón los términos «*intimity*» o «*intimacy*» (también del latín «*intimus*», que significa lo más interior, del adverbio «*intus*», traducible como hacia dentro)⁶⁸ han sido desplazados por el de «*privacy*», sin que allí exista apenas discusión alguna sobre el uso de éste⁶⁹. Y si bien es cierto que la distinta concepción americana y continental se asocia a la primacía que en la primera se da a la idea de libertad para construir el concepto de *privacy*, fundamentándose la tutela de la vida privada-intimidad en la segunda en la idea de dignidad⁷⁰, lo cierto es que difícilmente podemos hablar de dignidad sin libertad y de libertad sin dignidad y que, en todo caso, ambos son conceptos diferentes de lo que en sí misma representa la idea de privacidad.

¿De qué se trata en definitiva?, ¿de «defender el castillo» contra el abuso de la autoridad estatal, al estilo angloamericano? ¿de garantizar la posibilidad de autodeterminación personal? ¿de garantizar un espacio, familiar o reducido? ¿de tutelar el derecho a que no se sepa lo que uno no quiera de su persona? ⁷¹

Destaca Kasper que a mayoría de los intentos para definir la privacidad son o muy específicos o tan amplios que resultan inútiles, que su contenido varía según la cultura y la historia, que estamos ante una noción que tiende a estar basada en valores, que también habría que delimitar⁷². Pero el esfuerzo sigue haciéndose y sigue siendo necesario que se haga.

La primera definición precisa de la *privacy* dada por Brandeis y Warren no podía ser más sencilla: la privacidad como derecho a ser dejado en paz. Y, aunque Solove dijera que «*ser dejado en paz no*

⁶⁷ Véase URABAYEN, *Vida privada e información*, pp. 9-17.

⁶⁸ Así, REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 36.

⁶⁹ Puede apreciarse la utilización del término *privacy* sin conflicto en los diferentes países de este ámbito: por todos, MICHAEL, *Privacy and human rights*, pp. 69-92.

⁷⁰ Véase WHITMAN, «The Two Western Cultures of Privacy», pp. 1151 ss.

⁷¹ Véase, entre otros, BLOUSTEIN, *Individual & Group Privacy*, pp. 55-56, y CATE, *Privacy in the information age*, pp. 19-31.

⁷² KASPER, «The Evolution (or Devolution) of Privacy», pp. 69-92.

informa de los asuntos sobre los que uno debe ser dejado en paz»⁷³, tal vez al final esto no sea lo importante.

Sobre ello explicará Prosser⁷⁴ que más que un derecho a la privacidad, lo que existen son cuatro agravios (*tort*) distintos contra ese derecho que hay que impedir: la intrusión en la intimidad de un sujeto o en sus asuntos privados, que se extiende no sólo a una intrusión física, sino también a aquéllas capaces de causar «angustia mental»; la divulgación de hechos privados; la publicidad que coloca al sujeto en una mala posición ante la opinión pública, falsa o fuera de contexto; la apropiación de identidad. Se mezclan así, no obstante, al menos en cierta medida, cuestiones vinculadas con el derecho al honor y se acude, además, a un concepto de privacidad relacionado sí con la idea de libertad pero también, de nuevo, con la de propiedad.

Bloustein, crítico con que la privacidad pueda entenderse como una composición de intereses relativos a la reputación, la tranquilidad emocional y la propiedad intangible, defiende un concepto vinculado directamente a las ideas de libertad y dignidad. Y atento al campo de discusión que generan las nuevas tecnologías reivindica la necesidad de proteger el agravio a la privacidad, como concepto autónomo, para preservar a la persona como «*ser capaz de auto-determinarse*»⁷⁵.

Interesante también es la distinción que resalta Post en los planteamientos de Brandeis y Warren en cuanto a sus planos, interrelacionados, descriptivo y normativo⁷⁶. En el plano descriptivo confirma que efectivamente describieron la privacidad como «el derecho a ser dejado en paz», el derecho de cada individuo de determinar la medida en que quiere comunicar, o no, sus pensamientos, sentimientos y emociones⁷⁷. Pero puntualiza que en el plano normativo el derecho a la *privacy* no se refiere a un espacio «objetivo» de secreto, anonimato o soledad, sino a formas de respeto que deben ser seguidas en una comunidad y cuya transgresión debe generar la ar-

⁷³ SOLOVE, «Concept of Privacy», p. 1101.

⁷⁴ PROSSER, «Privacy», pp. 389 ss., resalta la inexistencia de precedentes que apoyen la teoría de Brandeis y Warren, habiéndose protegido estos agravios a través del derecho a la propiedad o bajo preceptos vinculados a la responsabilidad contractual.

⁷⁵ BLOUSTEIN, *Individual & Group Privacy*, pp. 55 ss.

⁷⁶ A este respecto, KAHN, «Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance», pp. 371-410.

⁷⁷ POST, «Rereading Warren and Brandeis», p. 651. Como este mismo autor señala, a esta definición se suma la de RUTH GAVISON, que sugiere que pueden identificarse tres componentes: «*el secreto, el anonimato y la soledad*».

ticulación y aplicación de normas sociales⁷⁸. Distinción que también subrayan Kemp y Moore, sin bien desestimándola conjuntamente con la visión reduccionista de la privacidad y señalando que tanto una definición descriptiva como normativa de la misma son posibles y que independientemente de que la *privacy* se nutra del derecho de propiedad o del de libertad, o que sea instrumental para el ejercicio de otros derechos y viceversa, aun así es una prerrogativa claramente diferenciable de otras⁷⁹.

En definitiva, hoy en día apenas se cuestiona el carácter autónomo del derecho a la privacidad, con independencia de que pueda, también, tener carácter instrumental para poder ejercer otros derechos. Lo importante es el contenido que se le atribuya y la delimitación de los elementos que lo caracterizan. Y a este respecto lo que cada vez es más unánime es que de ser inicialmente concebido como un derecho negativo «a ser dejado en paz», hoy día el mismo comprende también un derecho positivo, que permite al individuo el desarrollo de su personalidad y la afirmación de su libertad individual. Y esto es importante.

Tratando de desarrollar esta idea, y extendiéndonos en este punto, Solove describe con bastante claridad los seis principales discursos existentes sobre la noción de privacidad⁸⁰.

Distingue en primer lugar el insistente «derecho a ser dejado en paz», concepción original de Brandeis y Warren, que resaltan el contenido emocional de este derecho señalando que el valor de la privacidad reside en la paz mental y tranquilidad que da la capacidad de prevenir una intromisión en la esfera privada y familiar. Definición vaga, se dice, de aproximación más bien empírica que busca dar solución a problemas concretos⁸¹. Sin embargo, la misma engloba todas las interpretaciones por venir, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, y evoca el derecho a un espacio personal más allá del aspecto corporal o inmaterial que esto pueda implicar. Ello precisamente lleva implícito el aspecto positivo que más tarde se le daría al contenido de la *privacy*: el derecho a la soberanía personal que hace posible, dentro de ese ámbito privado, la libre autodeterminación y el control sobre la información que concierne a cada cual.

⁷⁸ Véase sobre esto, CATE, *Privacy in the information age*, pp. 19-23.

⁷⁹ KEMP/MOORE, «Privacy», pp. 65-66.

⁸⁰ Véase SOLOVE, «Concept of Privacy», pp. 1087-1156.

⁸¹ Así, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 66-73, siguiendo a SCHOEMAN.

El literalmente traducido «acceso limitado al ser» a que alude a continuación es una noción cercana al derecho a ser dejado en paz, pero explica Solove que la protección que otorga va más allá de permitir a un individuo estar aparte de los otros⁸². Godkin dirá en este sentido que la privacidad es «*el derecho a decidir el grado de conocimiento que debe tener el público en general sobre pensamientos y sentimientos personales, actitudes y asuntos privados*»⁸³. Es la línea de quienes entienden la privacidad como defensa contra una intrusión u observación no deseadas⁸⁴. Se afirma que sigue sin informarnos sobre los asuntos que han de considerarse privados⁸⁵, pero reconoce un aspecto positivo de este derecho, el de determinar qué queremos que se sepa de nosotros y, por tanto, va consolidando el aspecto informacional de la *privacy*.

También alude la privacidad al «concepto de secreto», entendido como derecho del individuo a «ocultar» información⁸⁶, a evitar la exposición de ciertos asuntos. Sin embargo, explica acertadamente Solove que la idea de privacidad va más allá, pues incluye la capacidad de controlar el manejo que se dé también a la información no secreta relativa a una persona⁸⁷. El derecho a la vida privada debe otorgar a su titular un control sobre toda la información referente a ciertos aspectos de su vida, sea o no secreta. Sea o no íntima, cabría añadir, como más tarde se explicará.

La postura dominante para definir la privacidad es por ello la que alude al «control sobre la información personal», al derecho a determinar por sí mismo, cuándo, cómo y en qué medida puede comunicarse una información propia a otros⁸⁸. Fried dirá que el derecho a la vida privada no se limita a la potestad de ocultar informaciones, sino que se caracteriza por la posibilidad de ejercer un control sobre

⁸² Dentro de esta concepción podría incluirse el derecho al anonimato y a no ser observado resaltado por BELLEIL como parte de la *privacy*. Este autor plantea que la *privacy* incluye cuatro derechos fundamentales de la persona: el derecho a ser dejado en paz, el control sobre la información, el derecho a vivir sin ser observado y el derecho al anonimato: véase BELLEIL, *E-Privacy*, p. 2.

⁸³ GODKIN, *The Rights of the Citizen*, citado por SOLOVE, «Concept of Privacy», p. 1103.

⁸⁴ KEMP/MOORE, «Privacy», p. 63, identifican entre los autores que siguen esta línea a ALLEN, BOK y GAVISON. Véase también KASPER, «The Evolution (or Devolution) of Privacy», pp. 69-92.

⁸⁵ Así, SOLOVE, «Concept of Privacy», pp. 1102-1105.

⁸⁶ En este sentido, ETZIONI y POSNER, referenciados por KEMP/MOORE, «Privacy», p. 63.

⁸⁷ Así, SOLOVE, «Concept of Privacy», pp. 1105.

⁸⁸ Véanse las referencias de SOLOVE, «Concept of Privacy», p. 1110. También las de HUET/MAISL, *Code de la Communication*, p. 1237.

las informaciones relativas al ser. Westin aludirá en este sentido a la autodeterminación individual⁸⁹. Conceptos recurrentes. Sin embargo, también de esta postura se ha dicho que es ambigua porque queda por delimitar qué datos hay que proteger. En la medida en que el individuo se desarrolla va generando información personal, que a su vez se forma en relación con otras personas y es difícil deslindar qué es propio y qué no lo es. Ello, al margen de que se prescinde de incluir dentro de la idea de privacidad, entendida como control sobre la información personal, aspectos de la vida que son comúnmente asumidos como privados y nada tiene esto que ver (sólo indirectamente) con la idea de información —sí con la de decisión— (ejercicio de la libertad sexual, opciones sobre el aborto, etc.), omitiendo todo lo relativo a la libertad de elección⁹⁰. Especialmente interesante, a los efectos de estas reflexiones, es la objeción de Schwartz, que plantea la problemática que surge en el ciberespacio, donde la posibilidad de autodeterminación informativa y de mantener oculta la información se encuentra limitada, y señala que la *privacy* no es un mero derecho de control, sino una cuestión de lineamientos para configurar y definir los diferentes niveles de escrutinio posibles⁹¹. Sí parece claro que la privacidad incluye no sólo un aspecto de control sobre la información, sino también de control sobre el desarrollo de la personalidad y de control sobre, si se puede llamar así, el aislamiento voluntario.

De ahí la postura que directamente vincula la privacidad con la idea de «protección del desarrollo de la personalidad»⁹², aunque es precisamente la idea de proteger la personalidad del individuo la pieza clave en que se estructura el llamado «derecho a ser dejado en paz» y su concepción de auto-determinación individual, de la mano de la llamada «inviolabilidad de la persona». Otra cosa es la necesidad de afirmar la existencia de una específica privacidad decisional, elemento transcendental en la configuración del derecho más actual a la *privacy*.

Finalmente, también se ha aludido a la «identificación de lo privado con lo íntimo». Se plantea entonces la cuestión de definir qué es íntimo y qué no. Y, al margen de la posible ambigüedad que conlleva el concepto de lo íntimo, estamos ante una propuesta claramente restrictiva pues —como ocurre con lo secreto— no todo lo

⁸⁹ Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 78-82.

⁹⁰ SOLOVE, «Concept of Privacy», pp. 1109-115.

⁹¹ Véase SCHWARTZ, «Internet Privacy and the State», pp. 815-859.

⁹² Diferentes referencias en SOLOVE, «Concept of Privacy», pp. 1116-1120.

privado tiene por qué tener ese carácter personalísimo, emocional, que define lo íntimo⁹³, como se pone de relieve en la discusión de la doctrina europea.

Quizás cada una de estas nociones por separado resulta incompleta, pero en su conjunto —téngase en cuenta, no obstante, la repetición de conceptos, la proximidad entre ellas— entiende Solove que revelan características del contenido de aquel ahora ya clásico derecho a ser dejado en paz: un derecho a no sufrir injerencia alguna en los asuntos privados, que se traduzca en una limitación de mi decisión sobre lo que quiero que quede al margen de otros, en un control sobre la información relativa a un individuo (en el que se incluye el mantener en secreto ciertas informaciones), en un derecho a autodeterminarse y a desarrollar libremente la personalidad y el respeto a la esfera privada de acción, en cuyo núcleo se encuentran aspectos íntimos de cada cual.

El concepto que propone, como todos, sigue planteando incertezas, pero advierte varias vertientes de la privacidad y destaca, entre otras cosas, y en lo que aquí interesa ahora resaltar, que ni limita ésta a un mero espacio físico, ni se centra sólo en el hecho de la intromisión.

La Jurisprudencia norteamericana, por su parte, ha vinculado la *privacy* a casi todas las Enmiendas⁹⁴, pero lo ha hecho en torno a tres ideas básicas⁹⁵ —desde su concepción como derecho fundamental para garantizar la libertad individual y el desarrollo de la personalidad—, muchas veces interrelacionadas entre sí: — derecho a la no intrusión, material o inmaterial, sensorial o física y a la soledad, que impide la observación, vigilancia y extracción de información que de alguna manera implique una injerencia en la vida de una persona; — derecho a controlar la información propia, que impide que se revelen o manipulen aspectos de la vida privada sin consentimiento; — derecho a la autodeterminación personal, para garantizar

⁹³ SOLOVE, «Concept of Privacy», pp. 1120-1124.

⁹⁴ Véase ALLEN, *Privacy Law and Society*, pp. 183-490.

⁹⁵ Esta clasificación va de la mano de la básica del profesor Kurland acogida en *Whalen vs. Roe*, de 1977, por la Corte Suprema de Estados Unidos: «El concepto de un derecho constitucional a la privacidad permanece ampliamente indefinido. Hay por lo menos tres aspectos que han sido parcialmente revelados, pero su forma y configuración no se han establecido plenamente. El primero es el derecho de un individuo a ser libre en sus asuntos privados de la vigilancia e intromisión del gobierno. El segundo es el derecho de un individuo a no ver sus asuntos privados hechos públicos por el gobierno. El tercero es el derecho de un individuo de ser libre de la coacción del Estado para actuar, pensar, experimentar y crear».

la capacidad de decidir sobre asuntos privados. Y construye un concepto que incluye la autonomía de la persona, el derecho de definirse a sí mismo, a la soledad y a la intimidad, así como al anonimato, a la confidencialidad, a la seguridad, a la no intrusión física o tecnológica, e igualmente la libertad de no ser molestado, lo que, señalan Cate y Litan, nos aboca a un concepto que puede significar prácticamente «*cualquier cosa para cualquier persona*»⁹⁶, aunque quizás es así como debe ser, si creemos en los diferentes modos que cada uno podemos tener de entender nuestra individualidad.

Pues bien, si complicada es la concreción del concepto de privacidad, tanto o más lo es la de elección del propio término en el que pretenden englobarse esos derechos a los que se viene haciendo referencia. Como señala Novoa, «*En Estados Unidos esta materia adquiere carta de ciudadanía con el nombre de 'right to privacy' [...] En Francia algunos prefieren el nombre de 'droit à la intimité' y otros hablan de 'droit a la vie privée'. Los italianos han usado la denominación de 'diritto alla vita privata', pero obras importantes se refieren al 'diritto alla riservatezza' (derecho a la reserva). En Alemania se emplean nombres variados 'Privatsphäre' (esfera privada), 'Intimsphäre' (esfera íntima), 'Geheimsphäre' (esfera secreta) y otras similares (...) la mayoría de juristas españoles habla de 'derecho a la vida privada'. Pero no falta alguien que diga 'derecho a la intimidad de la vida privada' [...]*»⁹⁷.

¿Es una mera cuestión terminológica o la distinción es conceptual?

En Alemania, Hubmann destacó la existencia de dos esferas dentro del derecho genérico a la personalidad: la esfera individual (*individualsphäre*), donde residiría el derecho al honor y al nombre, y la esfera de la vida privada (*privatsphäre*) donde estaría el derecho a ser dejado en paz. Helken profundizaría en esta distinción, puntualizando que en realidad conforman una espiral al intercomunicarse entre sí y critica el hecho de que esta teoría parta de la abstracción de un «grado cero» de soledad del individuo y deje de lado el significado político, filosófico e histórico de la privacidad⁹⁸. También se ha distinguido entre la esfera íntima de la persona, que se equipara a una esfera secreta, que no se comparte con nadie (*intimsphäre*), la esfera privada (*privatsphäre*), conformada por todo lo que no llega al conocimiento público y la esfera individual que define la particula-

⁹⁶ A este respecto, CATE/LITAN, «Constitutional issues in information privacy», pp. 59-60.

⁹⁷ NOVOA, *Derecho a la vida privada*, pp. 30-31.

⁹⁸ Así, MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, pp. 126-133.

ridad o individualidad de una persona (*individualsphäre*)⁹⁹. O se ha aludido a tres graduaciones distintas de la esfera privada: una esfera secreta, a la que nadie tiene acceso (*geheimsphäre*), una esfera confidencial, a la que tienen acceso unos pocos, como la familia y los amigos (*vertrauenssphäre*) y una esfera privada propiamente dicha, la más amplia, conformada por lo que escapa al conocimiento público (*privatsphäre*)¹⁰⁰. También se ha planteado una teoría del mosaico, que explica que si bien existen informaciones que de forma separada no constituyen una injerencia a la intimidad, vistas en conjunto pueden representar una amenaza como piezas de un «mosaico» que perfilan al individuo¹⁰¹, planteamiento interesante en cuanto a lo que en la actualidad implica la recolección y tratamiento de datos de forma masiva que se van transformando en elementos nodales de las interacciones dentro una sociedad donde el impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación es exponencial.

Ocurre sin embargo que lo privado y lo público muchas veces se entremezclan dentro de un espacio «social» de convivencia y en ocasiones los contornos que delimitan cada marco son imprecisos. Por otra parte, la existencia de un espacio al que nadie debe tener acceso, y que no se comparte con nadie, es innegable y propio de la naturaleza humana; aunque el mismo carecería de importancia si no fuera por el contexto social en que se ubica; es en esa interacción en la que la vida privada o el modo en que cada individuo pueda definir la misma se torna necesaria.

En la doctrina italiana se han distinguido varias fases de aislamiento: la soledad en que no existe contacto social, la intimidad en la cual el individuo reduce su interacción con otros, el anonimato dentro del cual aun entre múltiples personas mantiene el control sobre su identidad y la reserva, que hace referencia a barreras psicológicas contra posibles intromisiones¹⁰². Bricola, diferencia dos grandes aspectos de la intimidad: el derecho a la reserva o *riservatezza* contra la divulgación de información y el derecho a la vida privada que protege al individuo de interferencias externas¹⁰³. Se explica también que el contenido del concepto *privacy* es mucho más amplio

⁹⁹ Véanse las referencias de MORENO, «El deber profesional frente a la intimidad» y de REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 81-82.

¹⁰⁰ Así, HERRERO-TEJEDOR, *La intimidad como derecho fundamental*, pp. 21-22.

¹⁰¹ A este respecto, TÉLLEZ, *Tecnologías, intimidad y protección de datos*, pp. 64-65.

¹⁰² Véase REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 82.

¹⁰³ Así, MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, pp. 129-130. Véase FROSINI, «La protezione de la riservatezza nella società de l'informatica», pp. 5-14, quien hace referencia a la *riservatezza* y a la «intimidad» de la vida privada.

que el clásico derecho a la *riservatezza* italiano¹⁰⁴, que no hace más que proteger uno de sus aspectos —«*el interés por el conocimiento limitado de los asuntos personales*»¹⁰⁵— y se entiende que un derecho a la inviolabilidad del ser humano, asimilable a la *privacy*, permitiría acoger tanto el derecho de reserva como el derecho a la autodeterminación individual y a la libertad de elección. En todo caso, se opina en general que el derecho a la *riservatezza* y a la vida íntima del individuo forman parte de una garantía general de protección de la personalidad y, en este sentido, que en el corazón de la *riservatezza*, como concepto asimilable a la *privacy*, se encuentra la tutela de aquello que es privado, así como de aquello que es de la exclusiva pertenencia del individuo o de la dimensión personal o familiar de su actividad¹⁰⁶.

En Francia se diferencia el secreto a la vida privada de la libertad a la vida privada. En el primero se incluye la no divulgación de información sobre una persona, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la soledad (el clásico «*right to be let alone*»), mientras el segundo responde a la protección de la autodeterminación del individuo y el derecho de libre elección en la esfera privada de acción. Mientras un aspecto busca garantizar la tranquilidad de la persona, el otro busca asegurar la soberanía personal, como un elemento esencial de la libertad individual¹⁰⁷. Visión interesante ya que resalta la existencia de una interpretación del derecho a la vida privada no sólo como un derecho negativo sino positivo, una interpretación que incluye dentro de este derecho una prerrogativa de no injerencia en el espacio privado como tal y la facultad de autodeterminación del individuo dentro de este ámbito. Guillien y Vincent definen la vida privada como aquella que se designa por oposición a la vida pública, comprendiendo la esfera de actividades de la persona propias de la intimidad y que deben permanecer al abrigo de la vista de otros¹⁰⁸. Pero, como siempre, ¿dónde comienza la vida pública y dónde la vida privada de una persona? Cornu, en la línea de Kayser, define el derecho a la vida privada como el derecho de no ser molestado por otro ni en su casa (inviolabilidad de domicilio), ni en cuanto a sí mismo (inviolabilidad de la

¹⁰⁴ A este respecto ROLLA, «El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada», pp. 140 ss.

¹⁰⁵ Así, AULETA, *Riservatezza e tutela della personalita*, citado por VIGGIANO, «'Navigazione' in Internet e acquisizione occulta di dati personali», p. 351.

¹⁰⁶ Detenidamente, VIGGIANO, «'Navigazione' in Internet e acquisizione occulta di dati personali», pp. 347-394.

¹⁰⁷ KAYSER, *La protection de la vie privée*, pp. 46-62.

¹⁰⁸ GUILLIEN/VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, p. 638.

esfera de la intimidad)¹⁰⁹. Y el belga Docquir en este sentido dirá que la vida privada comprende no sólo un derecho a la intimidad sino también a la autonomía personal¹¹⁰.

Los juristas nórdicos en la Conferencia de Estocolmo de 1967 identificaron la vida privada con el derecho del individuo a «vivir su propia vida».

¿Y en España? También se ha diferenciado claramente entre esfera íntima y esfera privada¹¹¹. La primera se dice que hace referencia «a los datos íntimos, mientras que la segunda garantiza el respeto no sólo de éstos, sino también el control de los mismos, el secreto de las comunicaciones y las circunstancias en que se producen, otros datos públicos que dan acceso a la intimidad, etc.»¹¹². Que representa «lo íntimo la realidad más interna del ser humano, más aún que en la vida privada que la engloba o absorbe, respondiente a un campo mucho más amplio»¹¹³. Que «intimidad y vida privada constituyen dos realidades diferentes [...], si lo propio de la vida privada es su carácter secreto o reservado, lo que caracteriza a la intimidad es que incide en lo más interno y personal de cada individuo»¹¹⁴. O que lo íntimo es algo que se encuentra al margen de la dialéctica entre vida privada y pública, representado la expresión más profunda e interna del ser, ajena a todo conocimiento o contacto exterior¹¹⁵. Aunque como dice Urabayen «Podemos imaginar que lo legalmente protegido de la curiosidad ajena en la vida de una persona es comparable a un castillo amurallado. Sabemos que dentro de esas murallas existe también una torre de homenaje que es el centro, el núcleo, lo íntimo de la fortaleza. Nosotros pensamos que si la Ley defiende las murallas también la torre quedará defendida»¹¹⁶. En la doctrina penal es clásica la diferencia-

¹⁰⁹ CORNU, *Vocabulaire juridique*, p. 947.

¹¹⁰ DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, p. 30.

¹¹¹ GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, pp. 128-129, con numerosas citas.

¹¹² A este respecto, MEGÍAS, «Vida Privada y Nuevas Tecnologías», pp. 1 ss., quien dice que se puede distinguir claramente entre intimidad y vida privada (o privacidad), aunque en ocasiones se hayan utilizado ambas expresiones indistintamente.

¹¹³ CABEZUELO, *Derecho a la Intimidad*, p. 36.

¹¹⁴ HERRÁN, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, p. 16.

¹¹⁵ GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, pp. 16-49. Interesante es el enfoque que introduce la aparición de una esfera social y rompe con la concepción clásica de distinción única entre lo privado y lo público, esfera que surge con el desarrollo de los medios masivos de comunicación y el ámbito de las «páginas sociales». Véase también MARTÍNEZ DE PISON, «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», pp. 717-738.

¹¹⁶ URABAYEN, *Vida privada e información*, p. 12. REBOLLO, *El derecho fundamental a la intimidad*, pp. 87-90, si bien rechaza la utilización del término privacidad en un

ción de las tres dimensiones de Morales Prats: la *privacy* de la esfera íntima, que responde al derecho de exclusión y a la autodeterminación como fundamento de la libertad personal; una *privacy* política, que garantiza sus libertades públicas, asumiendo un rol de «garantía institucional» y la *privacy* de la esfera personal, en la que se renuevan las garantías tradicionales que conforman este derecho como la protección del domicilio y la correspondencia y las garantías jurisdiccionales, que él identifica con el *habeas mentem* o libertad general del individuo. Pone de manifiesto que estas esferas se comunican e interrelacionan y que es difícil a veces distinguir unas de otras¹¹⁷.

En Latinoamérica el debate es similar y si bien, en general, los términos de «vida privada» e «intimidad» son normalmente aceptados como sinónimos, parte de la doctrina plantea que el derecho a la vida privada incluye el derecho a la intimidad, como el núcleo más protegido de aquélla.

En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el concepto de vida privada de modo amplio¹¹⁸, rechazando una definición exhaustiva de la misma, pero incluyendo no sólo el «círculo íntimo»¹¹⁹, sino también el derecho al desarrollo de la vida personal y a autodeterminarse¹²⁰, o las relaciones con los semejantes, extendiendo la protección al entorno profesional y comercial¹²¹, abarcando aspectos vinculados tanto a la integridad física como a la integridad moral¹²². Concepto que admite en evolución¹²³, pero que en todo caso implica la tutela de lo que es en sí vida privada, la protección del domicilio —incluyendo el derecho a la tranquilidad—, las comunicaciones¹²⁴ —telefónicas¹²⁵, por fax¹²⁶,

sentido amplio, que incluya el derecho al honor, lo acepta como asimilable al de vida privada siempre que se respete el contenido esencial del derecho a la intimidad, que es para él el bien jurídico a proteger.

¹¹⁷ MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, pp. 29-31 y 122-126.

¹¹⁸ Véase a este respecto el análisis de RUIZ MIGUEL, *El derecho de la protección de la vida privada*, pp. 33-42.

¹¹⁹ TEDH, *Caso Niemietz c. Allemagne*, 1992.

¹²⁰ TEDH, *Caso E. B. c. France*, 2008. También, TEDH, *Caso Tysiac c. Pologne*, 2007.

¹²¹ TEDH, *Caso Niemietz c. Allemagne*, 1992.

¹²² TEDH, *Caso Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 1993.

¹²³ TEDH, *Caso Johnston et Autres c. Irlande*, 1986.

¹²⁴ Incluye no sólo la comunicación telefónica en sí misma sino el registro de los números, la hora y la duración de las llamadas o la técnica del «comptage» (*metering*): TEDH, *Caso Malone c. Royaume-Uni*, 1984.

¹²⁵ TEDH, *Caso Klass et Autres c. Allemagne*, 1978.

¹²⁶ TEDH, *Caso Liberty et Autres c. Royaume-Uni*, 2008.

a través de mensajes electrónicos y las relativas a la navegación en Internet¹²⁷— y los datos personales¹²⁸.

Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia también los conceptos de intimidad y vida privada, considerando ésta más amplia que aquella¹²⁹. Es partidaria de una definición extensa de vida privada que contempla la capacidad de autodeterminación y que abarca la tutela frente a la interceptación, grabación y monitoreo de la conversación telefónica y la divulgación de información así obtenida¹³⁰, extendiendo la noción de «correspondencia» a las comunicaciones¹³¹. Y, en este contexto, la Corte no ha dejado de acentuar la necesidad de que los Estados protejan la vida privada frente al flujo de información generado por las nuevas tecnologías¹³².

Entonces, ¿en definitiva, qué?

5. ¿Alguna conclusión?

Parece incuestionable que el concepto de vida privada tiene un alto contenido emocional y se ve directamente afectado por los cambios sociales y culturales de cada sociedad y época. Como dice Pérez Luño estamos ante «*un concepto unitario de textura abierta, plural, dinámica y globalizadora*»¹³³. El derecho a ella será difícil de definir y describir en cuanto a lo que debe o puede abarcar pero sí responde a la necesidad de garantizar un «espacio —no sólo meramente físico—

¹²⁷ TEDH, *Caso Copland c. Royaume-Uni*, 2007.

¹²⁸ Como es el caso del ADN y las huellas digitales: TEDH, *Caso S. et Marper c. Royaume-Uni*, 2008 o TEDH, *Caso Liberty et autres c. Royaume-Uni*, 2008.

¹²⁹ CIDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004.

¹³⁰ CIDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, 2009.

¹³¹ La CIDH amplió el espectro al explicar que «*aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada*» (CIDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, 2009).

¹³² «*La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada*» (CIDH, *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, 2009).

¹³³ PÉREZ LUÑO, *Dilemas actuales de la protección de la intimidad*, citado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, p. 36.

exclusivamente personal», ajeno no ya a interferencias o intromisiones, sino incluso a accesos no consentidos o a un conocimiento de lo que en él sucede no expresamente permitido, que asegure un pleno desarrollo personal, que garantice la conformación del propio ser tal como cada cual quiera moldearla.

Incuestionable como derecho universal, inherente al ser humano¹³⁴, personalísimo¹³⁵, esencial para el desarrollo de su personalidad¹³⁶, pero relativo al mismo tiempo, en cuanto ha de conciliarse con otros intereses¹³⁷, autónomo pero instrumental para garantizar la dignidad personal y la libertad en su sentido más amplio, flexible y moldeable, de textura abierta, y con un aspecto positivo que garantiza la autodeterminación personal y negativo que impide a otros la merma de ésta, interesa destacar también su sensibilidad a los avances tecnológicos que generan nuevas amenazas y formas de intrusión en el ámbito privado¹³⁸.

La concepción primaria del derecho, surgido —en la plasmación de su reconocimiento— desde la preocupación por proteger la esfera privada frente a la injerencia de los medios de comunicación desde un punto de vista negativo, materializada en la concepción del «ser dejado en paz», ha dado pie a un amplio desarrollo del mismo que en lo que aquí se quiere destacar ha conducido a una visión positiva del mismo que permite reconocer no sólo un derecho a la no injerencia o intromisión arbitraria en la esfera privada sino el derecho a determinar y controlar esta esfera del modo deseado en aras al favorecimiento de un desarrollo definido desde la autodeterminación de lo que se quiere ser. Tenemos derecho a que nos dejen en paz pero también tenemos derecho a callar, a que no se sepa de nosotros, a que nadie nos defina a partir de datos a que pueda accederse sobre nuestros gustos o modo de vivir, a que no se nos clasifique, a que no se nos perfile, a que no se nos interrogue a partir de códigos configurados sin que sepamos cómo.

¿Esto es intimidad? Lo es, pero es también muchas otras cosas, porque ese derecho a callar no tiene por qué venir referido a aspectos, si sirven estas expresiones, «personalísimos», «recónditos», «profundos de nuestro ser» (condición sexual, ideología política, preferencias religiosas, padecimiento de enfermedades, etc...). La

¹³⁴ DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, pp. 57-59.

¹³⁵ MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, p. 136.

¹³⁶ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, pp. 1 ss.

¹³⁷ TABATONI, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, p. 37.

¹³⁸ MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, p. 118.

privacidad es mucho más. Es, y hay que volver al origen después de tanto discurrir, derecho a que me dejen en paz (y a que pueda sentirme dejado en paz), a que no me digan qué hacer o qué no hacer, pero, más aún, a que no se tenga posibilidad alguna de decírmelo, a que no se tenga posibilidad de saber sobre qué se me puede decir qué hacer o no, porque no se me conoce salvo en lo que yo me haya dado a conocer.

II. ¿Un nuevo concepto en un nuevo orden tecnológico?

1. *Un nuevo orden tecnológico*

La nueva «Sociedad de la Información»¹³⁹ surgida con el desarrollo de las TICs ha planteado un nuevo elenco de problemas a la hora de abordar el alcance del concepto de privacidad y el ámbito que ha de darse a su tutela¹⁴⁰.

De forma paralela al mundo «físico» surge un mundo «virtual» y con él un nuevo espacio de interacción social en el que se nos repre-

¹³⁹ Término utilizado en las directivas de la Unión Europea para hacer referencia a una nueva era vinculada a la comunicación electrónica, que permite acceder de forma más o menos ilimitada a todo tipo de información sin importar la ubicación geográfica; así, por ejemplo, en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de los derechos de autor y de los derechos vecinos en la sociedad de la información o, antes, en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, que en su primer artículo hace referencia a «los servicios de la sociedad de la información». Estos conceptos ya habían sido introducidos por el economista MACHLUP en su libro *La Producción y Distribución del Conocimiento en los Estados Unidos*, en 1962, y por MASUDA, quien en 1981 publicó la obra *La Sociedad Informatizada como Sociedad Post-Industrial*. El *Libro Verde sobre la Sociedad de la Información en Portugal* (1997) establece que este término «se refiere a una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y diseminación de la información con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas y de las organizaciones, juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y las prácticas culturales de los ciudadanos». Véase detenidamente REUSSER, «¿Qué es la Sociedad de la Información?», pp. 1 ss.

¹⁴⁰ De hecho, no sólo el derecho a la vida privada va a verse afectado (o su concepto), sino la mayoría de derechos fundamentales e, incluso, podría decirse que el Derecho en general. Véase VERA, «Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación», pp. 189-246.

senta a través de datos y en el que nos movemos a través de las interacciones e interconexiones con la «red de redes». Un espacio que se nutre del mundo real, en el que las personas nos transformamos en generadores y consumidores de información, reflejada en esos datos. Y, claro, esos datos somos nosotros. De este modo no basta ya con proteger un entorno físico; hay que proteger también el entorno virtual que nos define.

Es evidente la dependencia en nuestra sociedad de la infraestructura tecnológica como lo es la facilidad para la recolección y tratamiento masivo de información y con ella la posibilidad, fácil, de vigilancia y trazabilidad ubicua de las personas.

¿De qué modo afecta esto a esa garantía hoy ya consolidada al reconocimiento de una vida propia libre de intromisiones?

¿De qué modo hay que redefinir lo que es privado cuando con la interconexión virtual se posibilitan «ambientes inteligentes» capaces de predecir nuestras necesidades como consumidores sin que nosotros lo sepamos?, ¿cuándo se crean perfiles sobre nuestros gustos, preferencias y costumbres a partir de actuaciones individuales que nosotros creemos o queremos crear «privadas»?

Los datos que alimentan la «ciberrealidad» pudieran parecer de manera aislada absolutamente inofensivos, pero recolectados y manipulados facilitan la vigilancia y la intromisión, o pueden hacerlo, de un modo nunca antes visto. Porque claro que Internet es una ventana hacia el mundo, pero también hacia nosotros mismos. ¿De modo voluntario? Claro que en nuestra época ha ido surgiendo la necesidad de ver y ser visto (quizás, y al margen de cuestiones vinculadas con el marketing y el consumo, por aburrimiento o, simplemente, porque es fácil hacerlo), pero, ¿con qué límites? Y, lo que a nosotros aquí más nos interesa en particular, ¿cómo se van redefiniendo en esta «nueva realidad» las fronteras entre lo privado y lo público?

No se trata de cuestionar la aportación de la tecnología al desarrollo social y personal de los individuos. Pero tampoco podemos obviar que están —parecen estar— cambiando las reglas del juego sin que lo sepamos o, al menos, sin que, con claridad seamos conscientes de las renuncias que se nos piden a cuenta de lo que se nos ofrece.

Entonces, ¿cómo ha de tutelarse en este ámbito la vida privada? Es más, ¿puede y debe seguirse hablando de un derecho a la vida privada, tan poco privada ya teniendo en cuenta lo que hacemos queriendo —cómo nos relacionamos con el resto y qué espacio abrimos

a los otros— e incluso lo que hacemos sin saber —y menos querer— que lo hacemos?. Como ya en algunos foros se oye, ¿ha muerto el derecho a la vida privada? ¿o quizás los intereses a tutelar ya son otros?

2. *¿Un nuevo concepto de privacidad?*

2.1. Datos personales, autodeterminación informativa, autodeterminación decisional y privacidad.

Indudablemente el concepto de vida privada y, por tanto, el contenido y objeto del derecho que lo protege está en constante evolución y se ve directamente afectado por aquello que tiene un impacto sobre las relaciones humanas y la realidad social en la que el hombre interactúa. Es obvio insistir en ello.

En nuestro contexto, la Sociedad de la Información va imponiendo una dependencia de las nuevas tecnologías y de la convergencia de medios en el mundo digital a un ritmo de crecimiento exponencial, que abarca el ámbito económico y comercial, pero también el cultural, el político y, en lo que aquí interesa, el social.

En ella las nuevas tecnologías han generado grandes cambios en el núcleo mismo de aquello que el individuo considera público o privado y ha creado nuevos espacios de interacción, con importantes transformaciones en la manera en que las personas se comunican y relacionan con el mundo que les rodea, lo que necesariamente impacta en lo que es el derecho a su vida privada.

Y en ella la persona se identifica con su representación digital. En un entorno en el que se imponen las reglas del juego dictadas por «el código» y en el que o aceptamos navegar en el ciberespacio bajo estructuras preconcebidas de vigilancia y trazabilidad o quedamos excluido de él. Un espacio de aparente gratuidad, pero en el que el precio a pagar por lo que se pone a nuestra disposición es el de dejar nuestros datos expuestos y, junto con ellos, la llave que abre la puerta a los espacios más recónditos de nuestro ser y a una «configuración» externa de cómo se supone que somos, de cómo se nos va a considerar y de qué perfil se va a crear de nosotros.

Nace un mundo «virtual» en el que las personas existen en la medida que se generan y manipulan datos sobre ellas, pareciendo que se vuelven no sólo sujetos sino objetos dentro de él. En este espacio digital los individuos se transforman en datos que circulan por las autopistas de la información y que alimentan las interacciones y co-

nexiones que se generan en su interior. Por ello cuando se aborda en la actualidad la protección del derecho a la vida privada frente a las TICs se acaba haciendo hincapié en la tutela de los datos personales (no sólo íntimos o especialmente sensibles)¹⁴¹.

Entonces, y ya de entrada, ¿la protección de la vida privada incluye la de los datos personales (que muchos insisten en que no son necesariamente «privados») o esa tutela implica la protección de un nuevo derecho emergente, independiente y autónomo?

Hoy día es innegable —ya se ha subrayado con anterioridad— el componente positivo del derecho a la vida privada y dentro de él la necesidad de reconocer un derecho al control sobre la información que pueda darse de nosotros¹⁴²; por tanto, hoy, también de nuestros datos personales, cuya generación y facilidad de intercambio e interconexión se ha potenciado en una sociedad donde las comunicaciones e interacciones económicas, culturales, políticas y sociales se hacen «en línea».

Y aunque se plantea un derecho a la protección de los datos personales distinto del que tutela la privacidad —es cierto que como elemento que se desprende de ésta—, en una interpretación amplia del derecho a la vida privada, en tanto que derecho a «ser dejado en paz», el control por parte de los individuos de la información que se pueda tener de ellos es uno de sus aspectos esenciales, a situar en la misma base de la posibilidad de autodeterminación y de la posibilidad de acceso al espacio privado de cada uno. Porque el uso que se dé a la información dentro de un universo «parametrizable» puede conllevar el condicionamiento de nuestro «ser», nuestra posibilidad de autodeterminarnos y por tanto variar los contornos de nuestro ámbito privado.

La protección de los datos personales es un aspecto de la *privacy* (informativa, primero, pero luego también decisiva, como se explicará) y no deja de ser instrumental para la tutela de la vida privada¹⁴³. Lo que se busca proteger no es «la representación de

¹⁴¹ Así, dirá MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, p. 47, que «el bien jurídico protegido no es otro que la información personal susceptible de revelar aspectos privados del individuo ya sea por sí sola o mediante su consideración conjunta con otras informaciones o gracias a la realización de algún tipo de tratamiento».

¹⁴² Véanse las posturas de FRIED, O'CALLAGHAN, PARKER o WESTIN, referenciadas en GARRIGA, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, pp. 19-47.

¹⁴³ PUCCINELLI, «Apuntes sobre la evolución normativa y el desarrollo conceptual de los derechos 'de' y 'a' la protección de datos», pp. 99-105.

una información bajo la forma convencional destinada a facilitar su transmisión»¹⁴⁴, sino los derechos vulnerados a través de los tratamientos a los que es sometida.

De lo que se trata es de redefinir el clásico derecho a la vida privada incluyendo en él una *privacy* informacional que no sólo extiende la protección a la exclusión del conocimiento o manipulación de los datos por un tercero, sino que presupone un derecho de control sobre los mismos, en todo momento (no sólo previo), aun cuando hayan sido compartidos o se haya permitido su manipulación por un tercero.

Se trata de tutelar el derecho de decidir cuánta (y cuál) información sobre nosotros queremos «allí afuera» y de qué manera esa información puede ser utilizada. Pero, entonces, junto a la *privacy* informacional aparece la *privacy* «decisional», completando el mero derecho a ser dejado en paz. Porque serán los datos que nosotros permitamos que estén los que definirán nuestros perfiles y los que, en parte al menos, nos permitirán que actuemos como queramos (o podamos); no datos sesgados que nos impidan actuar (o dejar de hacerlo) al definirnos de una determinada manera, concreta (correcta —parcialmente, al menos, o no) y no deseada.

Téngase en cuenta que ya dentro de la originaria concepción de Brandeis y Warren la privacidad abarca el control sobre la información de la persona¹⁴⁵. Y que ya en el caso *Whalen vs. Roe*, de 1977, precedente jurisprudencial por excelencia de la *informational privacy*, la Corte Suprema establece la existencia de por lo menos dos facetas de la *privacy*: la de impedir la difusión de asuntos personales y la independencia para tomar cierto tipo de decisiones importantes. Y que en la actualidad se habla en la doctrina y jurisprudencia americanas incluso de una «nueva privacidad» basada en lo que se denomina «*Fair Information Practices*»¹⁴⁶. Todo ello al margen del interesante debate, en el que aquí no cabe entrar, sobre si la misma se define desde criterios que la vinculan al derecho de propiedad y al funcionamiento del mercado y destacan su carácter negociable¹⁴⁷

¹⁴⁴ Definición dada por la Administración pública francesa al término «dato» en su Decreto de 22 de diciembre de 1981 relativo al enriquecimiento del vocabulario informático.

¹⁴⁵ Véase, no obstante, sobre la crítica a la inclusión de la tutela de los datos dentro de la de la privacidad, KING, «Fundamental human right principles inspires U. S. data privacy law», pp. 71-98.

¹⁴⁶ Por todos, SCHWARTZ/TREANOR, «The New Privacy», pp. 2163-2184.

¹⁴⁷ Véase la postura de LESSIG, *Code: and other laws of Cyberspace*, pp. 200-232.

o desde criterios que la explican desde su inherencia a la condición humana, a la dignidad personal y a la misma idea de libertad¹⁴⁸.

Sí queremos, no obstante, insistir en que la defensa de la privacidad no va sólo encaminada a prevenir la intrusión, aunque deba ayudar a ello. Más allá de eso, es lo que permite definir individuos dentro de una vida en sociedad (y no simplemente patrimonializada, máxime en un mercado en el que no hay partes en igualdad de condiciones¹⁴⁹). Como dice Schwartz, la *privacy* informacional ayuda tanto a construir la sociedad en la que vivimos como nuestras identidades individuales y debe permitir la independencia necesaria para garantizar una verdadera expresión y acción social¹⁵⁰. Y, claro, en este contexto, la *privacy* informacional va de la mano de la *privacy* «decisional»: el derecho a tomar decisiones de modo independiente sobre el modo en que queremos vivir nuestra privacidad.

Por ello la protección de los datos personales se vincula con la idea de autodeterminación informativa (término heredado de la emblemática Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 1983 —*BverfGE* 62,1— sobre el censo de población) y la posibilidad de decidir sobre la información que me afecta¹⁵¹. Una autodeterminación informativa que delimita la existencia de una parcela de soberanía sobre los datos que nos afectan que ha de permitir un muro de contención frente a la posibilidad tecnológica de un monitoreo y conocimiento ubicuos de todos los pasos de nuestra vida¹⁵².

¹⁴⁸ Véanse los planteamientos de SCHWARTZ/TREANOR, «The New Privacy», pp. 2163-2184.

¹⁴⁹ Así, POULLET, «Pour une troisième génération de réglementation de protection des données», pp. 66-67. También DRUMMOND, *Internet, Privacidad y Datos Personales*, pp. 27-30.

¹⁵⁰ SCHWARTZ, «Internet Privacy and the State», pp. 816, 823, 840, poniendo de relieve, para criticar la visión dominical de este derecho, la trampa de la autonomía, con sitios *web* que se reservan el derecho de cambiar sus políticas de privacidad, otros que establecen políticas que permiten prácticamente hacer cualquier cosa con la información recolectada, acuerdos de «acéptalo o déjalo» y la idea de que el hecho de decidir surfear en línea sea considerado en sí mismo como la decisión de aceptar cualquier uso de la información personal generada y una actuación estatal con la que no cabe negociación alguna.

¹⁵¹ Véanse ADINOLFI, «Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental», pp. 3-29, o DEL CASTILLO, *Protección de datos*, pp. 312-316.

¹⁵² Señala LUCAS, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», p. 38, que «la conciencia creciente de que otros disponen o pueden disponer en cualquier momento de información sobre todo lo que hacemos e, incluso, pensamos inspiraría comportamientos psicológicamente clónicos: tenderíamos a conducirnos en nuestras relaciones con los demás, no espontánea y libremente, sino de acuerdo con los patrones gratos a quienes controlan la información». Efectivamente, el desarrollo de

Porque es evidente que junto al interés por que se proteja qué queremos que se sepa o no de nosotros, cómo y en qué condiciones, ha de protegerse la posibilidad de tutelar esa *privacy* informacional para que podamos decidir quiénes somos, qué queremos y conformar así nuestra propia identidad.

La idea en definitiva es, y esto es lo se pone de relieve en esta nueva era tecnológica, que se está acentuando —o ha de hacerse— el aspecto informacional —y decisonal— del derecho a la vida privada y la necesidad de tutela de que cada individuo pueda controlar qué, cómo, cuándo y por qué se sabe algo de él.

Y, como señala Troncoso, «[...] un derecho nuevo a controlar la propia información personal (sea íntimo o no lo sea), un derecho general frente a las tecnologías de la información [...] no debe ser visto como un derecho absolutamente independiente, sino dentro de la esfera más amplia de la vida privada [...], aunque tutele también el ejercicio de otros derechos fundamentales»¹⁵³.

Lo que sí está claro es que rebasa lo que es la tutela de la intimidad en su sentido más estricto o tradicional¹⁵⁴. Más aún, destaca Poulet que el control sobre los datos que pueden amenazar la privacidad rebasa incluso la concepción de la tutela de los datos «personales»¹⁵⁵.

Esto es importante, pues poner el énfasis en el calificativo «personal» olvida que las nuevas tecnologías potencian la relación e interconexión de información aparentemente inocua y sin sentido alrededor de una persona, permitiendo la creación de perfiles, que ayudan a identificar individuos, y haciendo que en este sentido todos los datos en torno a ella acaben teniendo esa importancia que se

técnicas de manipulación de datos con las que la trazabilidad y seguimiento permanente se encuentran impresos en la infraestructura misma de la tecnología que sustenta el mundo digital lleva a comportamientos psicológicamente condicionados. Y permite a quienes manipulan la información y los patrones trazados como «adecuados» tomar decisiones sobre las personas que pueden condicionar sus vidas sin que siquiera lo noten. Como dice GARRIGA, *Tratamiento de datos personales*, pp. 19-47, la creación de perfiles lleva al establecimiento de normas de conducta y tratamientos diferenciados para los grupos, terminando por dividirse la población con previsiones generalmente discriminatorias.

¹⁵³ TRONCOSO, «La protección de datos personales», pp. 247 y 322.

¹⁵⁴ A este respecto, PUCCINELLI, «Apuntes sobre la evolución normativa y el desarrollo conceptual de los derechos 'de' y 'a' la protección de datos», pp. 99-130; y POULLET, «Pour une troisième génération de réglementation de protection des données», pp. 25-70.

¹⁵⁵ Véase POULLET, «Pour une troisième génération de réglementation de protection des données», pp. 49-54.

quiere señalar cuando se alude a «datos personales», aunque no lo sean, de cara a construir y salvaguardar una determinada identidad o forma de ser.

2.2. Apuntes normativos

Aunque, obviamente, en los textos internacionales clásicos no existe un reconocimiento explícito al derecho a la tutela de los datos personales, ya, por ejemplo, en el Comentario General n.º 16 sobre el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra la vida privada, el Comité de Derechos Humanos incluye dentro del ámbito de protección de la vida privada la protección de aquéllos, a fin de hacer más eficaz su defensa y garantizar que su manipulación no atente contra ella. Similares pronunciamientos se dictan por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en 1980 (directrices relativas a la protección de la vida privada y el flujo transfronterizo de la información, a las que siguieron declaraciones relativas a la protección de la vida privada en las redes) y la Organización de Naciones Unidas (Asamblea General de 14 de diciembre de 1990).

En Europa, en 1967 el Consejo de Europa inicia un proceso de documentación sobre el impacto de las nuevas tecnologías en los derechos de las personas, creándose una «Comisión Consultiva para estudiar las tecnologías y su potencial agresividad hacia los derechos de las personas», cuyos trabajos se manifestaron finalmente en la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de 1968, sobre «los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos». Ésta llevó finalmente a la emisión de la Resolución 73/22 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado y de la Resolución 74/29 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público. Ambas fueron seguidas de innumerables Recomendaciones y Resoluciones en la materia que inician un importante movimiento legislativo en Europa, cuya primera manifestación regional importante fue el Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, que complementa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Muchos autores establecen un antes y un después de este Convenio, al introducir éste la protección de los datos de carácter personal frente a su tratamiento automatizado como vía de tutelar el derecho a la vida privada. Se establece en él un derecho a la autodeterminación informativa, con deberes para el responsable del tratamiento y derechos para el afectado. Y asienta las bases del sistema regulatorio europeo. A partir del mismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos planteará una interpretación amplia del derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁵⁶, incluyendo dentro de él la protección de los datos personales relativos a la vida privada de un individuo¹⁵⁷, que extiende a su vida profesional y comercial¹⁵⁸, señalando expresamente que se incluye la tutela de datos personales frente su tratamiento automatizado y excediendo, con ello, el ámbito de lo que en sentido estricto es la «intimidad». Se llega a admitir incluso que el tratamiento de información personal, aun cuando se trate de informaciones generadas o gestionadas por la Administración pública, puede revelar aspectos de la vida privada, por ejemplo, a través de su recolección y almacenamiento sistemático, lo que debe ser objeto de tutela¹⁵⁹.

El Convenio de 1981 fundamenta la protección de los datos personales frente a su tratamiento automatizado en el respeto a la vida privada¹⁶⁰. Sin embargo, ya en este siglo XXI la protección de los datos personales comenzará a transcurrir de modo independiente a la de la vida privada. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 introduce dos artículos diferentes para la protección de la vida privada (art. 7) y para la protección de los datos personales (art. 8), sin límite aquí a su tratamiento automatizado, quizás obviando la problemática que la informática ha generado en torno a la tutela de lo que ha de entenderse por vida privada.

Sin embargo, en las diferentes Directivas surgidas del Convenio de 1981 (Directivas 95/46/CE, 2002/58/CE o 2006/24/CE, por

¹⁵⁶ Véase el análisis de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, pp. 145-206.

¹⁵⁷ TEDH, *Caso Amann c. Suisse*, de 2000.

¹⁵⁸ TEDH, *Caso Niemietz c. Allemagne*, de 1992, y *Caso Halford c. Royaume-Uni*, de 1997, referenciados por el TEDH, *Caso Amann c. Suisse*, 2000.

¹⁵⁹ TEDH, *Caso Rotaru c. Roumanie*, 2000.

¹⁶⁰ Véanse los Considerandos y el art. 1 del Convenio.

ejemplo)¹⁶¹ se vincula todavía la protección de los datos a la de la vida privada.

A nivel estatal es innegable que se ha tendido a un marco protector especializado¹⁶²: por señalar algunas de las primeras, Ley del *Land* de Hesse de 1970, la *Data Lag* Sueca de 1973, Ley Federal de Alemania de Protección de Datos (*Bundesdatenschutzgesetz*) de 1977, Ley *Informatique et Liberté* francesa de 1978, *Private Register Act* y *Public Authorities Register Act* de 1978 de Dinamarca, Ley Federal de Austria de Protección de Datos Personales de 1978 o Ley Noruega de Registros Personales de 1978, las últimas de ellas —de segunda generación, se dirá— marcadas ya por la preocupación informática. Al mismo tiempo, se va iniciando un proceso de reconocimiento constitucional, cauteloso, del derecho a la autodeterminación informativa: así, en la Constitución Portuguesa de 25 de abril de 1976, en su artículo 35, la Constitución Española de 1978, en cierta medida, en su artículo 18 o la Constitución de Austria del mismo año¹⁶³. Posteriormente surgirán las Leyes de tercera generación, claramente vinculadas al uso de la informática y se va constituyendo toda una reglamentación particular para la protección de datos, de carácter general o sectorial, garantizadora de la denominada *privacy* informacional.

En Latinoamérica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de que los Estados garanticen la protección de la vida privada frente a los avances tecnológicos y, no ajena a ello, la Organización de los Estados Americanos ha elaborado un Anteproyecto de Convención Americana sobre Autodeterminación Informativa, que precisamente define como su objetivo fundamental la protección de esta autodeterminación en relación con la de la vida privada¹⁶⁴. Importa resaltar también que en el ámbito latinoamericano la tutela de los datos no se limita a la de los que sean personales. Hay que indicar, no obstante, que el *habeas data* se vincula más al derecho de acceso a la información que al derecho a

¹⁶¹ Para más información, GUERRERO, *El Impacto del Internet en el Derecho Fundamental a la Explotación de Datos de Carácter Personal*, pp. 370-385.

¹⁶² Véase, en el ámbito regional europeo, SUÑÉ, *Tratado de Derecho Informático*, pp. 49-68.

¹⁶³ Para más información, CARBÓ, *Régimen legal de las bases de datos y habeas data*, citado por KING, «Fundamental human right principle inspires U. S. data privacy law», pp. 112-113.

¹⁶⁴ Sobre su contenido, ampliamente, ESTRADA, «Hacia una estandarización del habeas data», pp. 1 ss. Detenidamente, BAZÁN, «El habeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado», pp. 85-139.

la vida privada¹⁶⁵, aunque muchos autores insisten en que los derechos tutelados por el *habeas data* son el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, en su sentido más amplio¹⁶⁶, y hay Estados, como Chile, que expresamente incluyen la protección de datos personales dentro del derecho a la privacidad.

El modelo angloamericano responde a una lógica jurídica diferente, en la que la autorregulación acostumbra a ser la regla. Sólo en casos puntuales, en relación a tratamientos de datos particularmente sensibles, se han establecido regulaciones sobre el manejo de los datos personales, sin que ello implique que pueda afirmarse la existencia de un concepto equivalente al europeo de «protección de datos personales», con carácter general, y, mucho menos, un catálogo de los datos «sensibles» que requieren un tratamiento diferente. Pero su protección sí se enmarca dentro de lo que es la tutela de la «*informational privacy*», desde un concepto extensivo del derecho a la vida privada.

Lo que también es cierto es que la preocupación por los riesgos de las nuevas tecnologías ha ido condicionando un desarrollo legal cada vez más tuitivo en este ámbito¹⁶⁷, en todo caso, desde una perspectiva sectorial —y vinculada a cuestiones mercantiles o de consumo en muchos casos— que a menudo resulta insuficiente. Cabe citar, sin ánimo exhaustivo alguno, la *Freedom of Information Act* de 1966, la *Fair Credit Reporting Act* de 1970, la *Privacy Act* de 1974, la *School Records-Family Educational Rights and Privacy Act* de 1974, la *Right to Financial Privacy Act* de 1978, la *Computer Matching and Privacy Act* de 1988, la *Cable Communications Policy Act* de 1984, la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986, la *Video Privacy Protection Act* de 1988, la *Children's Online Privacy Protection Act* de 1988, la *Driver's Privacy Protection Act* de 1994, la *Telecommunications*

¹⁶⁵ Véase la RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN-COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del relator especial para la libertad de expresión de 1999*, pp. 27 y 29, donde se señala: «Un aspecto importante del derecho a la información es la acción de *habeas data*. Mediante este procedimiento se garantiza a toda persona a acceder a información sobre sí misma o sus bienes contenida en bases de datos o registros públicos o privados y, en el supuesto de que fuera necesario, actualizarla o rectificarla. Esta acción adquiere una importancia aún mayor con el avance de nuevas tecnologías. Con la expansión en el uso de la computación e Internet, tanto el Estado como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas».

¹⁶⁶ Por todos, OBERTO DE GRUBE/GOVEA DE GUERRERO, «Algunas consideraciones sobre el *habeas data* en Venezuela», pp. 106-108.

¹⁶⁷ Véanse las referencias de WINN, «Can a duty of information security become special protection for sensitive data under US law?», pp. 243-257.

Act de 1996, la *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996, la *Gramm-Leach-Bliley Act* de 1999, la *Real ID Act* de 2005 o la *Genetic Information Non-Discrimination Act* de 2008¹⁶⁸. En todo caso, la preocupación por la afeción a la privacidad de las nuevas tecnologías es manifiesta. Así, la *E-Government Act* de 2002 requiere expresamente que las Agencias estatales realicen estudios para medir el impacto en la privacidad de la implementación de nuevas tecnologías, a fin de ser tomados en cuenta en el proceso de toma de decisiones, lo que, sin embargo, se limita al ámbito de la Administración Pública¹⁶⁹.

En cuanto al referente jurisprudencial por excelencia al hablar de la consagración por parte de la Corte Suprema de Justicia de Estado Unidos de la «*informational privacy*» es, como ya hemos visto, el del caso *Whalen vs. Roe* de 1977, sobre la protección contra la revelación de datos sobre una persona sin su consentimiento, que se entiende genera un doble atentado contra la privacidad: la divulgación de asuntos personales y el afectar al proceso personal de toma de decisiones de forma independiente. Ha sido recientemente, sin embargo, cuando se ha desarrollado una jurisprudencia protectora de la *privacy* frente al uso de los ordenadores, Internet, *e-mails*, *spam* y otras novedades tecnológicas, que ha concebido el control sobre la información personal como uno de los aspectos de la protección de la privacidad¹⁷⁰, en decisiones vinculadas a la revelación de datos de menores en Internet, *web sites* que recolectan información sobre ellos, envíos masivos de correos no solicitados, tele-marketing, ausencia de protección de datos e informaciones personales frente a programas espías, brechas de seguridad, incumplimiento de políticas

¹⁶⁸ Ampliamente, GELLMAN, «The American approach to privacy supervision», pp. 611-634.

¹⁶⁹ Respecto a otros Estados del ámbito anglosajón véanse, en Australia, la *Privacy Act*, que protege la *privacy* informacional, la *Privacy (Private Sector) Regulations* y la *Privacy Regulations*, que garantizan la autodeterminación informativa como un aspecto fundamental de la protección del derecho a la vida privada; y, en Canadá, la *Privacy Act*, la *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* o la *Access to Information Act*, en relación con la prohibición de revelar datos personales.

¹⁷⁰ En la Sentencia del *Caso US West Inc. vs. Federal Communications*, de 1999, especialmente significativa, se dirá: «El concepto de privacidad, sin embargo, tiene múltiples facetas. De hecho, se pueden englobar bajo el paraguas de la privacidad diversas nociones, tales como el derecho a tener la suficiente libertad moral para ejercer una plena autonomía individual, el derecho de un individuo para definir quién es mediante el control de acceso a la información sobre sí mismo, y el derecho de un individuo a la soledad, el secreto y el anonimato [...] La amplitud del concepto de vida privada nos obliga a prestar especial atención a los intentos del gobierno para hacer valer la privacidad como un interés estatal importante».

de privacidad, cesión o transferencia de datos personales, privacidad de los subscriptores de servicios de cable y teléfono, protección de correos electrónicos, protección frente a interceptación de las emisiones de los satélites de televisión, creaciones de bases de datos y transferencia de las mismas, bien es cierto que en muchas ocasiones confundiendo lo que es la invasión de la privacidad con la causación de un daño que casi siempre se entiende desde un punto de vista económico¹⁷¹.

Interesante es la Sentencia de la Corte de Apelación de Estados Unidos en el caso *Doe vs. Gonzales*, de 2006, al plantear que si bien el gobierno propugna la teoría del «mosaico» a fin de justificar un seguimiento continuo de las comunicaciones en su lucha contra el terrorismo (teoría según la cual lo importante es la imagen que surge al juntar una serie de piezas que, de forma independiente, parecen inofensivas y sin significado), esto va en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues una investigación de este tipo sin limitación alguna puede conllevar un seguimiento continuo, secreto y permanente, que podría degenerar en un mal uso de los datos recolectados. También lo son las resoluciones que han garantizado la tutela de los datos personales, en base a la *Freedom of Information Act*, y como excepción a la posibilidad de divulgación de información en manos del Estado, por «invasión a la privacidad», en función, no obstante, del interés que pueda tener el dato relevado (no meramente comercial, por ejemplo, pero sí científico)¹⁷².

También en los tribunales europeos la tutela de los datos personales ha surgido de la mano de la de la privacidad, ante la ausencia en la mayoría de casos de una protección expresa de la autodeterminación informativa, con relevantes excepciones, como la que surge de la decisión citada del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1983 sobre el censo, bajo cuya concepción, y en relación con el tratamiento automatizado de datos, ya no existen informaciones «insignificantes». Ya en una decisión básica de 16 de julio de 1969 sobre la constitucionalidad de una estadística representativa (microcenso), el Tribunal Alemán había afirmado que «*sería incompatible con la dignidad humana que el Estado pudiera apelar al derecho de registrar y catalogar en forma coercitiva la totalidad de la personalidad de los seres humanos, incluso en el anonimato de una encuesta estadística, y de esta manera tratarlos como una cosa, que sea accesible a una encuesta respecto a todas sus relaciones. Al Estado se le ha negado*

¹⁷¹ Véase el Caso *Getman vs. National Labor Relations Board*, de 1971.

¹⁷² Caso *Wine Hobby USA, Inc. vs. United States Internal Revenue Service*, de 1974.

la posibilidad de ejercer, a través de una inspección total, una intromisión de este tipo en la esfera de la personalidad, porque los individuos, para desarrollar su personalidad libre y responsablemente, deben conservar un 'espacio interior', en el que 'se posean a sí mismos' y 'al que se puedan retirar, sin que el entorno tenga acceso, en el que se pueda permanecer en paz, y gozar de su derecho a la soledad'». También en Alemania se ha insistido en la tutela de la privacidad frente a las nuevas tecnologías y se ha declarado incluso inconstitucional la norma que posibilita el registro en línea de sistemas informáticos, que entiende posible sólo en caso de amenaza concreta para un interés jurídico preponderante¹⁷³.

En España ya para 1984 el Tribunal Constitucional Español, en su STC 110/1984, había reconocido una interpretación extensiva del derecho a la intimidad al establecer que «[...] *Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida*».

Posteriormente se iría insistiendo en que a fin de tutelar efectivamente la intimidad (o la vida privada, dirá el Tribunal, en una equiparación consolidada últimamente, por no renunciar claramente a un concepto, de intimidad, que se queda corto en lo que se necesita proteger) es necesaria la protección de cierto tipo de información¹⁷⁴. Se da así una interpretación a la idea de intimidad que sobrepasa sus insuficiencias tradicionales para lograr una tutela efectiva frente a la amenaza de las nuevas tecnologías. Ya en 1993 el Tribunal (STC 254/1993) incluyó dentro del contenido mínimo del derecho a la intimidad personal y familiar el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, confirmando dicha posición en 1998 al señalar que «*la garantía de la intimidad, latu sensu, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos,*

¹⁷³ Por todas, Sentencia de 27 de febrero de 2008 (BVerfGE 370, 595/07).

¹⁷⁴ Así, se dirá: «[...] *que hubiera casos en que alguno de los extremos sobre los que ha de versar la información puede incidir sobre el ámbito del derecho a la intimidad [...]*» (STC 143/1994).

la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 11/1998)¹⁷⁵.

Sin embargo, en 2000 el Tribunal introduce un matiz, reconociendo el carácter autónomo de la protección de datos personales frente a la del derecho a la intimidad: «Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley [...] De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad [...] el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (STC 292/2000)¹⁷⁶. El Tribunal acepta en todo caso que el derecho a la vida privada engloba algo más que la protección de la esfera más íntima: engloba también la tutela de la esfera privada que incluye el control y disposición sobre la información personal.

En la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, es frecuente en Francia la condena por atentados al control sobre la información personal, incluido dentro de la tutela de la vida privada al modo de la *privacy* americana¹⁷⁷, con ejemplos en relación al acceso a informaciones indecorosas de una persona a través de motores de búsqueda en la *Web* (Google)¹⁷⁸, publicación de datos en Facebook a través del «robo» de identidad, gustos, contactos e imágenes de un individuo¹⁷⁹, difusión por Internet de fotos tomadas en un lugar privado¹⁸⁰,

¹⁷⁵ En este mismo sentido, STC 94/1998 y STC 202/1999.

¹⁷⁶ Véase PIÑAR, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, pp. 1 ss.

¹⁷⁷ A este respecto, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, p. 103.

¹⁷⁸ Tribunal de Gran Instancia de Montpellier, *Marie-Cécile c. Google France et Inc.*, de 2010.

¹⁷⁹ Tribunal de Gran Instancia de Paris, *Omar S. c. Alexandre P.*, de 2010.

¹⁸⁰ Corte de Casación, Sala Criminal, *Christiane L. et Charles-Louis R. c. Laurent L. et Anselme T.*, de 2009.

lectura de correos electrónicos personales de empleados¹⁸¹ o recolección y tratamiento de datos personales¹⁸².

En Latinoamérica, La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de forma expresa sobre el derecho a la protección de los datos personales, pero todo parece indicar que la misma sería englobada dentro del concepto más amplio de tutela de la vida privada¹⁸³. Tampoco ha habido mucha jurisprudencia ordinaria en relación con la tutela de la vida privada frente a las nuevas tecnológicas¹⁸⁴, aunque sí hay jurisprudencia constitucional relevante en la que se tutela la autodeterminación informativa, como una extensión de la vida privada, en aras a garantizar el control propio de los datos personales¹⁸⁵. En todo caso, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional se puede percibir una utilización un tanto imprecisa de los términos intimidad y vida privada, ya sea asimilándolos, ya usándolos como binomio, ya dando una interpretación amplia al derecho a la intimidad que incluye la tutela de la vida privada o viceversa. Eso sí, a pesar de ello, lo interesante es que los Tribunales van enmarcando la protección de los datos personales dentro del derecho a la vida privada, aceptando sin discusión que el derecho al control sobre la información personal entra dentro del aspecto positivo del mismo.

2.3. Alguna reflexión

En la denominada Sociedad de la Información es evidente la posibilidad tecnológica de vigilancia y seguimiento ubicuo, en un mundo en el que las interacciones y transacciones económicas, sociales y culturales se desarrollan en la *Web* frente a generaciones cuya sed de participación e interconexión en el espacio virtual crece y conduce a la configuración de perfiles personales cada vez más completos y a la creación de una identidad digital del individuo cada vez más cercana a su identidad real.

En esta Sociedad la injerencia en la vida de la persona trasciende la cuestión de los límites que tradicionalmente han definido el

¹⁸¹ Corte de Casación, Sala Social, *Sanofi c. Joseph G. et Jean-Louis P.*, de 2009.

¹⁸² Tribunal de Gran Instancia de París, *SNES FSU et autres c. Note2be.com.*, de 2000.

¹⁸³ CIDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil.*, de 2009.

¹⁸⁴ Así, RIVERA, «El derecho a la protección de la vida privada», pp. 43 ss.

¹⁸⁵ Véase HERNÁNDEZ VALLE, «Delimitación de los derechos a la intimidad y de información en la doctrina y jurisprudencia costarricense», pp. 85-102.

ámbito de la intimidad y reclama un debate en el que se apela a la necesidad de protección en el mundo virtual.

Aquí es donde hay que recontextualizar un derecho a la vida privada que reclama, también, la tutela de los datos —la información— personales que permiten configurar una personalidad en línea, que, a la larga, condiciona —o puede hacerlo— comportamientos y posibilidades en una sociedad en la que los perfiles y la identidad digital marcan decisiones no sólo del mercado sino incluso del aparato estatal.

En un espacio en el que, como dijera Lessig, «*el código es la ley*»¹⁸⁶, en el que se comercializa con una información de la que se usa de modo indiscriminado, en el que el código se financia por el mercado o por el gobierno, la necesidad de una redefinición de la tutela tradicional parece evidente.

Pero no desde una perspectiva mercantilista en la que la protección de los datos se reduzca a la del derecho de propiedad sobre los mismos, sino desde la que entiende que la autodeterminación informativa pertenece a la esencia de la persona (a ese «espacio interior» de que habla nuestro Tribunal Constitucional) que quiere garantizarse una vida privada plena.

La infraestructura de vigilancia y trazabilidad nos lleva a una realidad, más que inminente, ya actual: la idea de privacidad, como se ha conocido tradicionalmente, ya no existe. Nuestras decisiones, preferencias, gustos, el desarrollo de nuestra identidad e incluso nosotros mismos nos vemos reducidos a un algoritmo computacional que permite hacer fluir datos dentro de un espacio intangible e interconectado que todo lo ve, lo recuerda, lo relaciona y lo pone a disposición de quien pueda pagar por ello, sea capaz tecnológicamente de acceder a ello o pueda obligar a otros a proporcionárselo. Pero, tras esos datos hay personas y en este nuevo contexto hay que redefinir el contenido del derecho a la vida privada y acentuar dos dimensiones irrenunciables: la *privacy* informacional y la *privacy* decisional.

Y no se trata de garantizar la reserva respecto de datos sensibles o íntimamente personales, sino de todos los datos, porque es su conjunción la que me define, la que configura mi identidad digital (gustos, preferencias, hábitos, ingresos, presencias) y la que la muestra a los demás, sin yo saberlo o, al menos, sin yo quererlo.

La protección del carácter informacional de la privacidad va moldeándose en estos nuevos tiempos con importantes matices y

¹⁸⁶ LESSIG, *Code: and other laws of Cyberspace*, p. 1.

reivindica la necesidad de aceptar un nuevo derecho a la autodeterminación informativa (y, a continuación, decisional), como parte intrínseca del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado y de la soberanía personal que salvaguarda, desde una perspectiva en la que es justamente la protección informacional del derecho a la vida privada la que permite tutelar su aspecto decisional.

Es difícil seguir reivindicando ese «castillo dentro del cual cada persona es el rey» con la exposición a la que constantemente nos sometemos y en la que sus puertas se abren más y a más de lo que uno imagina; por ello, el irrenunciable «derecho a ser dejado en paz» ha de traducirse en un derecho, por supuesto, a la no intromisión e injerencia arbitrarias, pero también en un derecho a la posibilidad de autodeterminación real del ser desde su yo y frente a (todos) los demás. La reivindicación del derecho a la vida privada, más que un mero respeto a lo que sea íntimo, reclama ya una tutela frente al tratamiento masivo de datos, para que podamos retomar el control sobre nuestra información y sobre la forma en que ésta puede utilizarse para clasificarnos, discriminarnos, manipularnos o controlarnos y, a la postre, condicionar nuestro desarrollo como personas libres. Esto no se puede negociar, no se puede matizar. Y necesita de toda la tutela posible. También del Derecho Penal, que ha de reaccionar frente a nuevas conductas que hacen peligrar este pleno desarrollo.

III. La respuesta penal

1. *Diferentes modelos*

La tutela de la privacidad en nuestra sociedad actual se asocia directamente al fenómeno de la denominada cibercriminalidad y a la respuesta penal que contra la misma se está planteando nacional e internacionalmente. Al margen, por supuesto, de las previsiones administrativas o civiles que ya desde hace tiempo se están articulando.

Frente al fenómeno de esta cibercriminalidad (aunque el término correcto sea el de delincuencia informática), a nivel internacional se ha intentado ofrecer una respuesta común, siendo ejemplos representativos de ello el Convenio sobre cibercriminalidad aprobado en Budapest el día 23 de noviembre de 2001 y, en la Unión Europea, la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo de Europa, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, de contenidos muy diversos.

Precursora en la materia, en 1986 la legislación alemana comienza la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática con la promulgación de la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica, que introduce los tan comentados artículos, en su momento (modelo para muchas otras legislaciones), de espionaje de datos (parágrafo 202 a), estafa informática (parágrafo 263 a), alteración de datos (parágrafo 303 b) o sabotaje informático (parágrafo 303 b). Este modelo legislativo opta por modificar preceptos penales existentes para la tutela de bienes jurídicos tradicionales (o por la creación de otros que complementan los anteriores), dejando a un lado la discusión sobre el posible nacimiento de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección penal.

Es el modelo seguido también en Italia con sus artículos, dispersos entre los delitos contra la libertad individual o contra el patrimonio, 600 *quater*, 615 *ter* a *quinquies*, 617 *quater* a *sixies*, 623 *bis*, 635 *bis* y *ter*, 635 *quater* y *quinquies*, 640 *ter* y 640 *quinquies*, varios de ellos introducidos en las importantes reformas de 2006 y 2008. Y en España. Aquí, las diferentes reformas que se han ido operando en esta materia, culminadas en lo que aquí interesa con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, han ido incorporando diversos preceptos de nuevo cuño, de entre los que pueden destacarse los artículos 183 *bis*, 197.3, 256, 264, 248.2 a), b) y c), 282 *bis*, 286, 392.2 o 400 *bis*, por ejemplo, para tutelar bienes jurídicos de naturalezas muy diversas, pero en relación a ataques que de una u otra manera tienen que ver con las tecnologías de la información y de la comunicación o con la utilización de la informática, en su sentido más amplio.

Desde otra perspectiva diferente, Estados Unidos ha optado, dentro de lo que podría considerarse un segundo modelo, por una penalización promovida desde la regulación legal de concretos ámbitos de actuación, respondiendo a las realidades sociales y económicas de mayor impacto en su entorno, apuesta que no dista mucho de la de otros países, pero que se focaliza más en la protección de bienes jurídicos de corte patrimonial y en la protección de información financiera. Surge así, entre otras muchas, la *Computer Fraud and Abuse Act*, de 1984, que sufrirá subsecuentes e importantes modificaciones de entre las que destacan las de 1994 y 1996, que introduce la penalización de todo acceso ilícito a sistemas de información sea con fines lucrativos o no, así como el uso de códigos maliciosos diseñados para alterar, dañar o destruir los datos en una computadora. Y, posteriormente, la *Electronic Communications Privacy Act*, de 1986 o la *Cyber Security Enhancement Act*, de 2002, entre otras.

Frente a ambos sistemas, Francia, que ya había ido modificando su Código Penal con las leyes 2004-575, 2004-801 y 2009-526 e incorporando diversos preceptos entre los atentados contra la personalidad (atentados contra los derechos de la persona derivados de ficheros o tratamiento informáticos), crea con la Ley 2012-410, relativa a la protección de la identidad, un específico Capítulo III, dentro del Título II del Libro III del texto penal, dedicado a los atentados contra los sistemas de tratamiento automático de datos, en un tránsito que va de la tutela de los intereses estrictamente personales a la tutela de lo que en Francia se define como «otros bienes», incorporando así los sistemas informáticos de datos como un bien jurídico digno de protección. Ello, por supuesto, al margen de los denominados delitos de contenido, también presentes en su regulación. De algún modo lo que se va pretendiendo con ello es, al margen de la tradicional consideración del tratamiento de todos estos delitos como «*computer related crimes*» (delitos vinculados con la informática), la estructuración de una doble protección: por una parte, la reformulación de la tutela de clásicos intereses de corte individual frente al uso de las TICs (como, por ejemplo, la privacidad) y, por otra parte, la incorporación de tipos penales protectores de los sistemas informáticos y los datos, como nuevos bienes dignos de tutela.

Esta nueva regulación francesa, sobre la que ya se está empujando a debatir de modo intenso en Bruselas y en Luxemburgo, ha abierto el debate sobre si es posible estructurar o no un grupo de delitos, al modo de los delitos contra la intimidad, contra el honor, contra el patrimonio o contra determinadas instituciones estatales, vinculados a los ataques —informáticos— a sistemas de información y comunicación, independientemente del perjuicio a intereses particulares que los mismos puedan conllevar.

Vemos así un posible tercer modelo en el que fue pionera, en su momento, la legislación de la República Dominicana, que, con los objetivos de procurar una protección integral de los sistemas de información y de regular los delitos cometidos contra éstos o contra sus componentes, junto a los delitos cometidos mediante las TICs en perjuicio de personas físicas o jurídicas, insiste en la necesidad de distinguir lo que estrictamente considera delitos de Alta Tecnología de los clásicos delitos de contenido (que son, de alguna manera, los únicos que se están tomando en consideración en legislaciones como la española). Ello, para tutelar la integridad de los sistemas y sus componentes, la información y los datos, las transacciones y los acuerdos y la confidencialidad de éstos. Fue con esta idea cómo surgió su Ley 53/07.

2. *Algunos problemas*

Ahora bien, con independencia de que se opte por un modelo u otro y de que se atienda o no la posibilidad de configurar un grupo de delitos que interesa tipificar por la peligrosidad de las conductas que puedan afectar a sistemas de información crítica —a menudo se hablará de delitos contra la integridad y confidencialidad de datos y sistemas—, lo cierto es que los intereses tradicionales, ya amplia y largamente tutelados en los ordenamientos nacionales (patrimonio, intimidad, etc.), se enfrentan a nuevas realidades que obliga a una reconsideración de los dictados típicos vigentes. A este respecto existe todavía cierta confusión porque cuando se alude, por ejemplo, a esos delitos contra la integridad y confidencialidad de los datos, no acaba de aclararse si de lo que se trata es de describir conductas que pongan en peligro los sistemas de información por lo que su correcto funcionamiento implica (servicios de aeropuertos, policía, bomberos, hospitales) o si lo que se pretende es en cambio (o también) simplemente tutelar intereses de contenido patrimonial o, por ejemplo, vinculados a la vida privada. Y, claro, esto es fundamental. Pero las respuestas no son claras.

Ejemplo de ello es el artículo 197.3 del Código penal español incorporado con la reforma de 2010. El nuevo delito se ubica dentro del Título X, dedicado entre otros a los delitos contra la intimidad, en su Capítulo Primero, dedicado al descubrimiento y revelación de secretos. De entrada parece que estamos ante un delito de contenido que no tiene que ver con la tutela de infraestructuras críticas o de la seguridad nacional, por ejemplo. Que no estamos ante un estricto delito informático, sino ante un delito contra un bien jurídico tradicional (un delito de contenido, si se quiere). Pero si leemos el texto del artículo, vemos que ni se tutela, o no sólo, la intimidad, ni se describen conductas, necesariamente, de descubrimiento o revelación de secretos.

Entonces, ¿qué pretenden preceptos como éste, que desde instancias internacionales se insiste en que se incorporen a las regulaciones penales?

La llegada de las TICs no implica que la protección clásica de la vida privada —penal o no— sea obsoleta. Lo que ocurre es que la protección frente a las clásicas intrusiones «corpóreas» debe dar paso a la protección frente a las «incorpóreas», lo que ya desde hace tiempo ocurre en relación a tecnologías menos novedosas. Pero es que, además, ha de repensarse y, en su caso, redefinirse lo que se quiere proteger. La evolución es conocida y ya hemos visto cómo en el siglo pasa-

do a la penalización de la violación de la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia se ha añadido la de la interceptación de las comunicaciones o la de la captación, fijación o transmisión de imágenes. Ya no se trata sólo de eso. Máxime, cuando la misma se circunscribe —en nuestro entorno más próximo y, desde luego, en la legislación penal española— a los aspectos más sensibles de la persona, más íntimos o a lo que es o se entiende como secreto. Y máxime cuando ya no se trata de garantizar, por supuesto, espacios, pero ni tan siquiera, sólo, imágenes o palabras. ¿Datos? No sólo, porque lo importante en la actualidad, lo que interesa a quien genera las intrusiones no deseadas —o las compra o se favorece de ellas—, no son los datos aislados ya definidos de una persona, sino su tratamiento automatizado, su trazabilidad y, en definitiva, las secuencias numéricas que permiten definir identidades a través de un procesamiento adecuado.

¿En qué medida la todavía vigente clásica configuración de la protección penal de la «intimidad» (o incluso de la vida privada) es válida en el mundo de los ordenadores, de la computación, y en qué medida es necesario generar nuevos marcos de tutela?

La protección inicial de la vida privada, como se ha dicho, se plasma en las diferentes legislaciones a través de un articulado más o menos disperso pero focalizado siempre en la tutela del domicilio, la correspondencia, el secreto profesional y los secretos personales.

En un inicio de lo que se trata, básicamente, es de tutelar la —si se le puede llamar así— intimidad física, sancionando acciones que generan una intromisión en el espacio, físico, de los individuos, para, inmediatamente, ampliar la protección a objetos que viabilizan el acceso a informaciones sobre ámbitos privados, en particular la correspondencia, y, posteriormente, a la información en sí, a través de la tutela del secreto.

La tutela del domicilio se garantiza desde antiguo, fundamentada inicialmente en el derecho de propiedad y posteriormente en el concepto de seguridad (y de tranquilidad)¹⁸⁷, a fin de proteger «el castillo» de cada individuo, pero también su libertad individual¹⁸⁸. La tipificación penal de los atentados al mismo, y su ubicación, es muy diversa. Pero la idea es siempre la de preservar un espacio privado en que se puedan desarrollar las actividades e interrelaciones más personales de la vida del ser humano.

¹⁸⁷ Véanse las consideraciones de DONNA, *Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 291-293 y pp. 317-318.

¹⁸⁸ Detenidamente, PASCUAL, «El Derecho Germánico y la Paz de la Casa», pp. 225-231.

En todo caso, o por ello mismo, la protección siempre se hace desde el respeto a la voluntad o no de exclusión del otro y en ella la averiguación de la existencia o ausencia de consentimiento a la posible intromisión es fundamental. Justamente esta idea es la que se recoge por los más fervientes defensores de la libre circulación de datos en Internet para explicar que por el simple hecho de navegar en el ciberespacio se abren las puertas de ése nuestro «castillo» que, en realidad, van desapareciendo con la interconexión digital. Sin embargo, así como puede aceptarse la relevancia de un consentimiento referido sólo a determinados ámbitos, debería poder aceptarse la posibilidad de que, confiado en una buena relación vecinal, por ejemplo, mis puertas quedan abiertas sólo para aquél a quien se presume franqueo la entrada (y no hasta la cocina), la posibilidad de que cada cual pueda configurar de modo concreto los parámetros de «privacidad» con que quiere interactuar en el espacio virtual.

También el concepto de domicilio abre la discusión sobre la posibilidad de aceptar el «virtual» como objeto de tutela. Si el mismo se define en un sentido amplio —absolutamente distante de su concepto civil— como el lugar que sirve de habitación y de residencia real, sin importar el local o carácter inmobiliario o mobiliario del mismo bien podría aceptarse la existencia de un domicilio donde «habitamos» virtualmente y en el que el individuo coloca, controla y gestiona datos que revelan aspectos personales y que en ese sentido pertenecen a su esfera más privada. Qué son sino esto las oficinas virtuales, cada vez más extendidas en el mundo de los negocios. Y a dónde conduce la famosa «nube» en sus múltiples manifestaciones como «lugar» donde se encuentra lo que previamente yo he depositado ahí con idea de disponer de ello en cualquier momento y desde cualquier ubicación. No es infrecuente ya, de hecho, la alusión a la inviolabilidad de un domicilio electrónico¹⁸⁹.

Claro. La intromisión en este mundo virtual es más fácil, el concepto de introducción o permanencia arbitrarias más difíciles de concretar, la distinción entre lo público y lo personal más difusa, la posibilidad de controlar la intromisión o siquiera de darse cuenta de ella muy complicada, la delimitación del perímetro de privacidad hartamente compleja. Se dice que cada vez que una persona se conecta a Internet, las paredes físicas desaparecen y la infraestructura de Internet y las redes de telecomunicación existentes se encargan de dar

¹⁸⁹ En este sentido, señala GRAHAM, «La Convención de Viena sobre la Compra-venta Internacional de Mercaderías y el Comercio Electrónico», pp. 1 ss., que el domicilio no es un *corpus* sino un *animus*.

seguimiento a todos sus pasos. Con ello, ¿llevamos el espacio público al seno de nuestro hogar? ¿abrimos la puerta de par en par al seguimiento de nuestras acciones? ¿viola nuestra privacidad quien ve el interior de nuestra vivienda, por ejemplo, a través del control de las cámaras web digitales que se encuentran conectadas o simplemente encendidas, por descuido o no?

Pero, además, ¿no se está quedando limitado el concepto tradicional de domicilio? Porque hay muchos espacios, que no son la clásica morada, pero en los que el individuo quiere desarrollar actividades excluidas del conocimiento público, normalmente vinculadas al esparcimiento individual y familiar y que generan un espacio «social». Y porque esto, en el mundo digital, es más evidente. ¿Es todo público o privado? Y si no lo es, ¿merece tutela ese espacio, social, intermedio? La llamada «nube», como antes se apuntaba, no viene más que a acentuar esta tendencia a crear espacios virtuales en los que el individuo interactúa, poniendo a disposición información que sólo él quiere controlar en realidad, aunque su gestión se deje a otros¹⁹⁰.

¿Dónde residimos en este nuevo mundo? En tanto que representados por nuestros datos, debiera aceptarse que allí donde éstos estén. Allí donde los mismos nos permitan crear espacios privados en los que no sólo estamos sino que somos.

El segundo ámbito de tutela de la privacidad ha sido el de la correspondencia, vinculado a la idea de secreto¹⁹¹, con ubicaciones muy diversas, según las diferentes legislaciones, y condicionándose en muchos casos la sanción a la apertura de la misma, la lectura de su contenido o su divulgación (normalmente, sin embargo, considerada causa de agravación).

Y si la noción de secreto es un elemento clave en dicha tutela, entendiéndolo por él todo aquello que se haya querido sustraer del conocimiento de terceros, esta característica de la correspondencia hace que, independientemente de su contenido real, se entienda siempre la misma como comunicación privada¹⁹².

¹⁹⁰ CAVOUKIAN, «Privacy in the clouds», pp. 89-108.

¹⁹¹ MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, p. 175, remonta su origen a la época romana y la protección de los secretos escriturados (con la sanción de la indebida apertura de los testamentos), que se extiende en la Edad Media a todo tipo de documento y comunicaciones privadas, hasta llegar a la Revolución Francesa, en que se busca no sólo proteger estos secretos documentales sino regular el servicio postal a cargo del Estado.

¹⁹² Véase STERN, «El sentido de la privacidad, la intimidad y la seguridad en el mundo digital», p. 188. Señala RUIZ MARCO, *Los delitos contra la intimidad*, p. 61, citando a POLAINO, que el contenido se considera secreto porque «expresa algo que

Posición extrema frente a la que cabría oponer que informaciones intrascendentes (por ejemplo, ofertas comerciales) deben permanecer ajenas al ámbito de protección penal¹⁹³, salvo, claro está, que revelen datos, inclinaciones, opciones, etc., personales.

Lo que no se discute en todo caso es que lo que importa no es el apoderamiento material de la carta o de los papeles, sino el quebrantar su carácter confidencial tomando conocimiento de la información personal que contienen¹⁹⁴.

Surgen evidentemente diferencias en las diversas legislaciones sobre, por ejemplo, la necesidad o no de que se quebrante alguna medida de protección específica, que se trate de correspondencia cerrada, o que se acceda realmente al contenido de la comunicación interceptada¹⁹⁵. O sobre la posibilidad de sancionar la obstrucción, retraso, desvío o destrucción de comunicación no dirigida al sujeto activo, esté cerrada o abierta¹⁹⁶.

Evidentemente es en esta sede donde se plantea cómo tutelar correos electrónicos y conversaciones en línea en un tránsito (ya previamente con la telefonía) que va de la inviolabilidad de la correspondencia a la de las comunicaciones. Pero ya nadie duda (en la mayoría de los casos con refrendo legal) sobre la necesidad de protección de documentos digitales¹⁹⁷.

Más compleja es la cuestión del acceso a bases de datos y a información en manos de terceros, la de las comunicaciones de personas con máquinas o entre máquinas. Pero parece ya claro que la protec-

sólo es conocido por su titular o por quien él determine [...] con total independencia de si el mismo es valioso o no, relevante o intrascendente, positivo o negativo, sustantivo o vacuo, íntimo y reservado o no, pues la barrera de lo privado y secreto es subjetiva y la establece el legítimo titular del soporte material en que aquel se asienta».

¹⁹³ Véanse MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, pp. 188-190, y ORTS/ROIG, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, pp. 20-30.

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, el supuesto de la STS 6432/2000, de 14 de septiembre, en el que la persona no había sustraído la carta, sino que la había fotografiado, condenando el Tribunal Supremo por la «aprehensión virtual» del contenido. Detenidamente, JAREÑO, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, pp. 36-42, y RUEDA, *Protección Penal de la Intimidad Personal e Informática*, pp. 41-42.

¹⁹⁵ Véase JAREÑO, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, pp. 45-59.

¹⁹⁶ Véanse, por ejemplo, el art. 153 del Código Penal Argentino, el art. 151 del Código Penal Brasileño, el art. 226-15 del Código Penal Francés o el art. 616 del Código Penal Italiano,

¹⁹⁷ Por todos, LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, pp. 36-37. Ampliamente, ROMEO, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet», pp. 123-149.

ción de la correspondencia en su sentido más tradicional o desde su entendimiento digital es insuficiente para garantizar la idea de privacidad; la tutela habrá de alcanzar a todo medio de comunicación y al proceso mismo que permite la circulación de datos.

El tercer ámbito de tutela de la privacidad ha sido el del secreto profesional. Aunque de modo menos evidente, también aquí la nueva era digital manifiesta su presencia en cuanto es inevitable que los prestadores de servicios tengan acceso a los datos de conexión y a innumerables informaciones que la propia infraestructura tecnológica requiere para poder conectarse e interactuar en ella, siendo necesaria la gestión de los mismos para posibilitar determinados servicios. La cuestión es la de en qué medida el sigilo profesional ha de extenderse a estos prestadores de servicios digitales que, en función de su gestión, acceden de modo ilimitado a los datos personales de sus clientes, máxime teniendo en cuenta que en muchas ocasiones la gratuidad de los servicios prestados se rentabiliza a través de la comercialización de los datos obtenidos¹⁹⁸.

Ámbitos todos ellos que, hoy, sólo entendidos en un sentido muy laxo pueden considerarse suficientes para garantizar la privacidad.

3. *Diferentes respuestas*

3.1. Primeras propuestas

El desarrollo de los medios de comunicación y las nuevas formas de intrusión en el ámbito privado da lugar a lo que, siguiendo a Sieber, se considera primera «oleada» de reformas legales generada en los años setenta¹⁹⁹, que, obviamente, es demasiado temprana para poder entender el fenómeno de Internet en toda su complejidad y el impacto no ya de la informática en general, sino de la cibernética en lo que a la comunicación en red se refiere.

Se atisba en todo caso que la protección de la información personal en esta época se va entendiendo como otro aspecto de la *privacy* más tradicional, observando, sí, que las palabras y las imágenes de

¹⁹⁸ Véanse, por ejemplo, los arts. 16 y siguientes de la Directiva 95/46/CE, el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en España, o el art. 47 de la *Lei No. 67/98 da Protecção de Dados Pessoais*, en Portugal.

¹⁹⁹ SIEBER, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society*, pp. 62-68.

las personas se transforman en «datos» registrables, manipulables, transmisibles y modificables.

También que el legislador, atento a posibles evoluciones en el sector, comienza a introducir el concepto de «neutralidad tecnológica» a fin de evitar futuras lagunas legales, tratando de no discriminar sistemas y evitando la referencia a procedimientos informáticos concretos por el riesgo de obsolescencia en un ámbito que se desarrolla a velocidad de vértigo, de forma tal que el cambio de herramientas tecnológicas no tenga que implicar la modificación de las disposiciones legales vinculadas a ellas²⁰⁰.

Si bien es cierto que la utilización del principio de neutralidad tecnológica pertenece más al plano del comercio electrónico²⁰¹, la cuestión para nosotros es el modo en que el mismo se puede transpolar a un Derecho penal, que necesita tutelar la privacidad sea cual sea el modo en que se vulnere la misma —sea cual sea la herramienta tecnológica utilizada—, pero también innegociablemente definido por la idea de taxatividad típica.

En todo caso, en esta primera época de actuación legal sí se observa la focalización en el acto material cometido sin importar el medio utilizado para vulnerar del bien jurídico a proteger, transitándose de la tutela de la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de las comunicaciones, etc., a la tutela, en sí, del concepto de lo privado (incluyendo la imagen del individuo). Da igual cómo se ataca a alguien, lo que importa es si se le ataca. Dirá Morales a este respecto que la nueva protección penal en esta sede evidencia la ruptura con la tradicional concepción físico-corpórea de la intrusión y comienza a vislumbrarse la necesidad de control sobre la información personal como un elemento de la protección de la vida privada²⁰².

²⁰⁰ Véase IRIARTE, «La Neutralidad Tecnológica», pp. 1 ss. Hay que referir, en el ámbito de las Naciones Unidas, la Ley modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas aprobada en 2001, que se fundamenta en la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, y su propuesta de estructuración de espacios legales tecnológicamente neutros como principio rector. Ambos textos han inspirado las leyes relativas al comercio electrónico en numerosos países de todo el mundo. A modo de ejemplo, es interesante también el art. 1 de la Ley chilena n.º 19.799 de 12 de abril de 2002, que señala como principio que regula las actividades electrónicas la neutralidad tecnológica; a este respecto, TRIVELLI, «El Principio de Neutralidad Tecnológica», pp. 107-116.

²⁰¹ Véase, sin embargo, el primer informe del Observatorio de Neutralidad Tecnológica, en relación con el ámbito de la Administración pública y la dependencia tecnológica de grandes emporios. Ampliamente, COCCIA/LANCHO, *Primer Informe, Revisión 2*, pp. 1 ss.

²⁰² MORALES, *La tutela penal de la intimidad*, pp. 293-295.

Surgen así, junto a preceptos que en sede penal sancionan el indebido conocimiento de la correspondencia privada, los que para garantizar más genéricamente el secreto de las comunicaciones penalizan su inviolabilidad, sin más, con independencia de cuál sea el medio utilizado para ello. Es el tránsito de la tutela del secreto de la correspondencia a la del secreto de las palabras.

Así, por ejemplo, el art. 616 del *Codice Penale* italiano especificará que a los efectos del mismo se entiende por «correspondencia» la epistolar, telegráfica, telefónica, informática, telemática o cualquier forma de comunicación a distancia. Amplía con ello el ámbito de protección del precepto a supuestos ajenos a los tradicionales de apoderamiento de un documento escrito. El Código Penal español, desde otra perspectiva, optará —dentro de lo que se ubica más en una segunda oleada de reformas— por construir en el art. 197 un precepto específicamente destinado a sancionar la interceptación de comunicaciones²⁰³.

Sea como fuere el hecho es que con estos preceptos se entiende ya de modo diferente lo que es la violación de la vida privada, que también abarca comunicaciones o conversaciones. Estamos ante la sanción de ataques incorpóreos que excede la tradicional visión corpórea del domicilio, de la comunicación personal escrita, del espacio físico propio.

Bien es cierto que las legislaciones variarán en su mayor o menor decisión a la hora de abordar estas conductas, agravando o no la revelación de lo conocido ilícitamente, penalizando únicamente ésta²⁰⁴, ampliando la incriminación a conductas que facilitan la interceptación²⁰⁵ o a aquellas que implican revelación de datos obtenidos ilícitamente sin que así se conozca por quien los revela²⁰⁶, o limitando o no la sanción a conversaciones que tenga lugar en el domicilio físico de la persona, etc.²⁰⁷.

Pero la idea es la de tutelar el «secreto de la palabra», siempre que ésta no forme parte de una conversación pública o destinada al público

²⁰³ Véase PUENTE, «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», pp. 169-170.

²⁰⁴ Véase el art. 211 bis del Código Penal Mexicano, con la exigencia añadida del perjuicio.

²⁰⁵ Así, en Estados Unidos (*Title 18, Part I, Chapter 119 § 2511 US Code*).

²⁰⁶ Es el caso del art. 201 del Código Penal alemán, el art. 226-2 del Código Penal francés o el art. 615 bis del Código Penal italiano.

²⁰⁷ El Código Penal francés, por ejemplo, reformuló su normativa específica para ampliar acertadamente la tutela a palabras no sólo pronunciadas en lugares privados sino que tuvieran un carácter privado o confidencial; a este respecto, FITOUSSI, «Dossier complet: doctrine jurisprudence droit pénal de la vie privée», pp. 1 ss.

conocimiento²⁰⁸. Avance importante, en cuanto se desvincula el carácter privado de la comunicación del lugar en que la misma tenga lugar, pero insuficiente, en cuanto no resolverá el problema que se plantea con el tratamiento de los datos obtenidos a partir de determinadas informaciones que se han conocido de conversaciones conocidas y de otras muchas formas aparentemente no invasivas de la privacidad.

También, junto a la palabra, en segundo lugar, este primer gran grupo de reformas prestará atención a la sanción de la captación, fijación y transmisión de imágenes.

De la mano de la penalización de la captación, grabación y transmisión de comunicaciones o conversaciones privadas, va la de la captación, interceptación, grabación y transmisión de imágenes de una persona que se encuentra en un lugar privado.

Cuestionado si el derecho a la imagen forma parte del derecho a la intimidad o es un derecho autónomo en sí mismo²⁰⁹ —a nuestros efectos, poco importa—, lo que sí se acepta mayoritariamente es que la imagen de un individuo²¹⁰, la exposición de su rostro y de su cuerpo, están intrínsecamente ligadas a la protección de su privacidad como una información a tutelar a fin de salvaguardar su personalidad²¹¹. El Tribunal Europeo de Derechos humanos así lo ha reconocido al entender tutelada la imagen por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²¹². La discusión se plantea aquí sobre si lo que hay que tutelar son imágenes que revelen aspectos de la vida privada o imágenes obtenidas dentro un espacio privado o simplemente imágenes de un sujeto que no consiente sean reproducidas. Y la respuesta legal internacional es muy variada a este respecto²¹³.

Lo que hay que tener en cuenta es que cuando se pretende tutelar la imagen al margen del espacio estrictamente más privado se amplía lo protegido en una tendencia a tutelar lo que se puede entender como espacio social, que no público, del individuo. Y aquí de nuevo

²⁰⁸ Así, en el art. 201 del Código Penal alemán o en normativas similares en Brasil, Chile, España, Francia, República Dominicana, etc.

²⁰⁹ Véase la discusión en LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, pp. 105-106, con referencias jurisprudenciales.

²¹⁰ Por todos, JARENO, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, pp. 93-96.

²¹¹ Así, DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, pp. 97-98.

²¹² TEDH, *Caso Von Hannover c. Allemagne*, de 2004.

²¹³ Véanse las distintas regulaciones de los arts. 161-A del Código Penal chileno, 226-1 del Código Penal francés, 615 bis del Código Penal italiano o 211 bis del Código Penal mexicano.

la realidad de las nuevas tecnologías surge para poner en tela de juicio tuteladas tradicionales, porque si desde una perspectiva física la distinción entre espacios públicos y espacios privados puede ser más o menos clara, la misma no lo es tanto en los entornos virtuales.

Así, al margen de supuestos de espacios físicos controvertidos (es ya clásica la casuística de la Jurisprudencia española sobre Salas de Tribunales o iglesias, considerados espacios públicos, o sobre playas recónditas, enfermerías de plazas de toros, probadores de tiendas de ropa, cuartos de baño de centros comerciales, vestuarios de gimnasios, etc., considerados privados), el problema actual se centra en determinar si las imágenes volcadas en Internet se entiende que pertenecen al ámbito de lo público o no, teniendo en cuenta que con determinados conocimientos técnicos se puede acceder a lugares en principio «no abiertos» a, al menos, no a «todo» el público. Y en concretar si merece protección o no quien deja una puerta o una ventana abiertas o quien no establece obstáculos a una posible intromisión²¹⁴, lo que se complica cuando entran en juego los entornos virtuales. La idea debe seguir estando clara: tutelar ámbitos que corresponden a la esfera privada del individuo, lo que no ocurre cuando el sujeto renuncia voluntariamente a dicha privacidad²¹⁵. Pero, el mundo virtual, caracterizado por una convergencia de medios a partir de los que una palabra, un escrito, «una imagen» y, en definitiva, una elección personal se transforman en datos que viajan por las autopistas de la información, complica la concreción de dicha idea.

¿Son estas «autopistas» de la información espacios públicos o privados? Todos los datos transitan por ella, por lo que no existe exclusividad en su uso y, en principio, cualquiera, con el conocimiento técnico y herramientas adecuadas, puede acceder a esa información. ¿Esto lo convierte en pública? Más aún, la exposición voluntaria de imágenes a través de los servicios de la *Web 2* implica la renuncia a la tutela frente a su divulgación, reutilización, etc.? ¿No tengo «derecho» a retirar de la circulación una idea o una imagen volcadas en su momento en red, incluso voluntariamente, en un concreto contexto o para un público puntual?

²¹⁴ Véase LAZCANO, «Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público», p. 305, en relación a espacios físicos y, específicamente desde una perspectiva penal, JAREÑO, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, pp. 109-110.

²¹⁵ La Jurisprudencia francesa dirá que es privado aquel espacio en que nadie puede entrar a menos que lo autorice quien lo ocupa de forma permanente o temporal, sin que esto impida que el espacio privado de un individuo pueda ser «compartido» con otros: a este respecto, TRÉZÉGUET, *Code Lamy droit de l'immatériel. Code annoté*, p. 173.

Quizás más que definir si estamos en espacios públicos o privados, lo que hay que tomar en cuenta es la naturaleza de las interacciones, salvaguardando el proceso de comunicación o transmisión privada, su contenido y, por ello mismo, los datos en sí mismos considerados, porque al final todo (palabras e imágenes) acaba transformándose en información (algorítmica) que converge en el mundo digital.

Y, finalmente, en tercer lugar, también se ha atendido por algún legislador, de modo específico, a la cuestión de los montajes.

Así, por ejemplo, en Francia y en varias legislaciones latinoamericanas, incriminando la publicación de montajes de palabras o imágenes de una persona sin hacer mención expresa de ello, con independencia de la obtención lícita o no de las imágenes²¹⁶.

En definitiva estamos ante una primera oleada de reformas legislativas, que ya introduce la fractura entre la intromisión corporal y la incorpórea en el ámbito privado, pero que ha terminado siendo desbordada por un avance tecnológico que ha obligado a replantear la incidencia de la informática en la tutela de bienes tradicionales y la necesidad o no de una tutela directa de los datos en que, al final, se traducen palabras e imágenes y la exigencia de que ésta, en el ámbito de la tutela de la privacidad, tenga carácter penal²¹⁷.

Pero, claro tutelar los datos implica reconducir la tutela misma a la de un interés necesitado y merecedor de protección penal; y si pretende ubicarse en el ámbito de la de la vida privada habrá que precisar cuándo los mismos tienen carácter privado y si, además, la vulneración implica la clase de gravedad a la que ha de hacer frente el Derecho Penal²¹⁸.

En todo caso, una segunda oleada de reformas legislativas incidirá en la cuestión del tratamiento de los datos personales, muy focalizado en el ámbito administrativo, pero con aspectos penales²¹⁹.

²¹⁶ Véase el art. 226-8 del Código Penal francés.

²¹⁷ Véase ROMEO, «La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos», pp. 1 ss.

²¹⁸ A este respecto señala, por ejemplo, JAREÑO, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, pp. 15-19, que hay que distinguir cuándo la lesión sufrida recae efectivamente sobre la intimidad, a la que ella da una interpretación amplia, dejando al ámbito civil y administrativo el mero derecho de control de los datos que no poseen un carácter íntimo. Véase también PLANTAMURA, «La tutela penale dei dati personali», pp. 649-664, sobre la importancia de la tutela administrativa en este ámbito.

²¹⁹ SIEBER, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society*, pp. 65-67, alude a este respecto a una protección contra el acceso, difusión, obtención y revelación de información, el uso ilegal de datos, la inserción, modificación o falsificación de información con la intención de causar daño, la recolección, registro

¿Es esto ya suficiente? ¿Basta con penalizar el, genéricamente hablando, uso indebido de datos (por supuesto, con independencia de la lesividad concreta que se produzca al margen del ya lesivo uso en sí mismo considerado)?

3.2. La tutela de la privacidad en el contexto de los delitos informáticos

Domicilio, correspondencia, secretos, palabras, imágenes... datos. ¿Es esto suficiente?

Desde hace años han irrumpido en los Códigos penales los denominados delitos informáticos (relacionados con la informática). ¿Con qué finalidad?

Indudablemente, si de lo que se trata es de seguir protegiendo bienes jurídicos tradicionales lo que será necesario es reformular los dictados típicos para que «nuevas agresiones» tengan cabida en ellos. Si, por el contrario, se entiende que se trata de proteger «algo» diferente, habrá que ver el modo en que ese «algo» se puede concretar, la, en su caso, necesidad de tutela y la mejor ubicación sistemática para posibles nuevos preceptos penales²²⁰.

No vamos a entrar aquí en la discusión de si los delitos informáticos (ciberdelitos, en la terminología —no del todo correcta— que se está imponiendo) van más allá o no de la tutela de bienes tradicionales (entendemos que sí) y han de enfocarse en la protección de sistemas de información para evitar riesgos a grandes infraestructuras como aeropuertos, hospitales, policías, etc. (por supuesto), de si de lo que se trata es de proteger la autopistas de información por el servicio que prestan a la sociedad, con la irrupción de los conceptos de seguridad informática, libertad informática, etc. (también) o de si lo que hay que proteger son los datos en sí mismos considerados, su integridad, su plena disponibilidad, para garantizar el buen funcionamiento de las TICs y con independencia del daño personal generado (sin duda)²²¹, porque lo cierto es que, y al margen de esto, siempre va a seguir estando presente la necesidad de tutela de bienes tradicionales como la propiedad o la privacidad (y, con ello, de la

y almacenamiento de data considerados prohibidos o el almacenamiento de datos incorrectos.

²²⁰ Véase DE LA MATA, «Ilícitos vinculados al ámbito informático», pp. 15-30.

²²¹ Véase la *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Computer-related crime and final Report of the European Committee on Crime Problems*, de 1989, pp. 12-14. Ampliamente, HERNÁNDEZ, «Aproximación a un concepto de Derecho Penal Informático», pp. 31-54.

integridad y confidencialidad de los datos, por lo que implican ambas para situaciones individuales concretas), en riesgo ante posibles nuevas formas de agresión. Hablamos para muchos autores y alguna legislación de delitos de contenido en los que se hace presente la incidencia de la informática pero que no necesariamente trascienden la dimensión individual del objeto a proteger²²².

Es en este último contexto donde se ha de plantear cómo tutelar la privacidad frente a nuevas formas de agresión.

Estas formas de agresión hacen referencia al acceso, la intromisión y la manipulación no autorizada en los sistemas de información y respecto a los datos en ellos contenidos, así como a la interceptación y utilización de datos disponibles en la red²²³. El lenguaje informático (anglosajón) alude a conductas (aunque algunas de ellas trascienden lo que es la vulneración en sí de la privacidad para pretender finalidades diversas, lucrativas o de otro tipo) de *scavenging* (obtención de información sin protección, abandonada como residuo de un trabajo previamente autorizado por los usuarios legítimos del sistema informático), *superzapping* (alteración, destrucción, copiado, utilización, inserción o bloqueo de datos a través del uso de llaves maestras —programas— que permiten acceder a cualquier archivo del ordenador), *trap doors* (acceso a un sistema a través de puertas falsas utilizando vulnerabilidades del mismo), *hacking*, *cracking* y *laming* (accesos a sistemas rompiendo las medidas de seguridad mediante pirateo informático), *wiretapping* (pinchado o interceptación de datos transmitidos a través de líneas telefónicas o telemáticas), *sniffing* (interceptación de comunicación entre ordenadores), *phreaking* (interceptación de redes telefónicas), *data leakage* (fuga de datos o revelación de información considerada confidencial o reservada) o incluso *impersonation* (suplantación de identidad haciéndose pasar directamente por otra persona), *spoofing* (suplantación de direcciones de IP, de Webs o de sistemas a fin de

²²² Véase RIQUERT, *Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur*, pp. 35-36. Es conocida la definición dada por el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de Viena, del año 2000, que describe el delito cibernético como «*todo delito que puede cometerse por medio de un sistema o una red informáticos, en un sistema o una red informáticos o contra un sistema o una red informáticos*», definición amplia que permite distinguir los delitos cibernéticos (o informáticos), que lo son en sentido estricto por atentar contra la seguridad de los sistemas informáticos y los datos procesados por ellos y los que lo son en sentido amplio (delitos relacionados con la informática), que abarcan los comportamientos ilícitos realizados por medio de un sistema o una red informáticos o en relación con ellos. Sin embargo, no existe ningún consenso al respecto.

²²³ Véase ACURIO DEL PINO, «Delitos Informáticos», pp. 1 ss.

obtener información) o *phising* (obtención y utilización de datos ajenos mediante conductas de engaño), normalmente asociadas éstas tres últimas a la comisión de otros delitos.

Al margen de su consideración o no como delitos informáticos en su sentido más estricto (ataques a sistemas con riesgo para infraestructuras críticas) y de su potencialidad para generar perjuicios económicos o de otra índole (honor, libertad sexual, integridad moral, libertades fundamentales) merecen ya consideración por lo que de afectación a la protección de la vida privada implican (en sus aspectos informacional y decisional).

¿Cómo hacer frente a estas conductas? ¿Adaptando —o ampliando— los tipos penales existentes y relacionando estas conductas con bienes jurídicos objeto de tradicional tutela penal, como en Europa? ¿Creando leyes especiales dedicadas a la incriminación de delitos vinculados con las altas tecnologías, como en Latinoamérica?²²⁴ Lo que está claro es que frente al avance de las nuevas tecnologías, el Derecho penal sustantivo más reciente se ha revelado insuficiente, pues la protección del domicilio, de la correspondencia, del secreto profesional, de la imagen, de las palabras se enfrenta con una realidad «virtual» que la sobrepasa en un mundo en que todo se digitaliza, en que «somos en datos» y en que quien conoce los algoritmos se informa de lo que somos y toma decisiones sobre lo que somos que puede impedir que seamos lo que queremos ser.

En el Manual de Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos²²⁵ se insiste en que nos encontramos ante una revolución informática que potencia el uso de la información de forma nunca antes vista y de una manera global e interconectada y, basándose en recomendaciones previas de la OCDE²²⁶, describe como conductas a penalizar, entre otras, el acceso no autorizado a sistemas o servicios informáticos. Sin embargo, las conductas consideradas responden más al interés por tutelar intereses económicos (fraudes, falsificaciones, etc.). Y en el fondo la preocupación parece ser más la de evitar los problemas que la alteración del «orden virtual» puede causar en el correcto funcionamiento de la sociedad tal como está se diseña desde las esferas de poder que

²²⁴ Véase CRUZ DE PABLO, *Derecho Penal y Nuevas Tecnologías*, pp. 157-169.

²²⁵ Las Naciones Unidas toman como base la Resolución de la Asamblea General 45/121, de 1990, para adoptar ya en 1994 este Manual (*UN Manual on the Prevention and Control of Computer-Related Crime, United Nations*, 1994).

²²⁶ Véase la *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Computer-related crime and Final Report of the European Committee on Crime Problems*, de 1989, pp. 36-69.

por el impacto de posibles intromisiones en los intereses y valores que conforman y estructuran la sociedad «real», entre ellos el de la privacidad.

No obstante, en el año 2000 se dicta la Resolución A/RES/55/63, de 22 de enero, en la que se alude a la necesidad de crear un marco normativo que proteja la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos y se penalice su uso y deterioro no autorizado, sin exigir que se produzca un daño a bienes jurídicos tradicionales, aunque enfatizándose la también necesidad de proteger tanto la libertad individual como la privacidad. Es la misma línea que la del Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención de Delito y Tratamiento del Delincuente, que habla de delitos cibernéticos en sentido «estricto» como aquéllos referidos a conductas que atentan contra la seguridad de los sistemas informáticos y los datos procesados por ellos²²⁷.

La cuestión, tal y como se va planteando en esta época, es la de o bien atender directamente la tutela de la «seguridad» informática (con esta u otra denominación), la tutela de datos y sistemas, adelantando la intervención penal²²⁸ o, por el contrario, seguir exigiendo que se afecten intereses individuales. Aunque ambas propuestas pueden ser compatibles, distinguiendo como se ha reiterado los delitos informáticos en su sentido más estricto (o contra las nuevas o altas tecnologías) de los delitos de contenido.

En todo caso, la tendencia internacional sí parece ser la de reconocer una nueva necesidad de tutela al margen de la atención a nuevos medios de agresión a intereses tradicionales. Así, en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico²²⁹, en la Unión Europea²³⁰ o en la Organización de Estados Americanos²³¹.

Aunque el instrumento básico en esta materia, por su impacto en legislaciones concretas, es el conocido Convenio sobre la Ciberdelincuencia, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de

²²⁷ NACIONES UNIDAS, «Delitos relacionados con las redes informáticas», *Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Viena, 2000.

²²⁸ Véase MORÓN, «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», pp. 104-108.

²²⁹ Así, en sus *Guidelines for the Security of Information Systems and Networks: Towards a Culture of Security*, de 2002.

²³⁰ Así, en la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

²³¹ Así, en el Informe final de la Segunda reunión de expertos gubernamentales sobre delito cibernético, de San José, Costa Rica, de 10 febrero de 2000.

Europa el día 8 de noviembre de 2001 y abierto a la firma el día 23 de noviembre de 2001 en Budapest.

En lo que a la tutela de la vida privada se refiere son relevantes los delitos que el Convenio ubica en el primer gran bloque de delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas, dentro de los que se incluye el acceso ilícito a sistemas informáticos y a los datos que estos contienen, la interceptación ilícita de datos en transmisiones no públicas, el ataque a la integridad de los datos y de los sistemas informáticos y el abuso de dispositivos como medio preparatorio para la comisión de las conductas anteriores.

Se obliga a los Estados firmantes, en su art. 2, a proteger, por tanto, los datos y sistemas. En sí mismos considerados. ¿Más allá, podría pensarse, del posible menoscabo a la vida privada? Lo que está claro es que da igual si se trata de datos íntimos o tan siquiera personales²³². Otra cosa es el modo, acertado o no, en que las distintas legislaciones incorporan la penalización de los accesos ilícitos (deliberados, casuales, vulnerando barreras de protección, con intencionalidad añadida, sólo si al mismo sigue una difusión de información, sólo cuando se obtenga información relevante o se acceda a datos concretos, sólo cuando exista apropiación de información, sólo cuando se trate de datos confidenciales, o secretos o íntimos, etc.). Aunque el Texto no establece requisito añadido alguno.

Menos conflictiva es la obligación de penalizar la interceptación deliberada e ilegítima a que se alude en el art. 3, que puede recaer no sólo sobre datos personales, sino sobre datos, cualesquiera, informáticos en transmisiones no públicas, dirigidas a un sistema informático (por ejemplo, de máquina a máquina), originadas en el sistema informático (por ejemplo, datos de conexión) o efectuadas dentro del mismo. Tampoco aquí se exige intencionalidad de vulnerar datos especialmente sensibles de la vida privada, entendiéndose implícitamente, como en el mundo no virtual, que la interceptación en sí es merecedora de reproche por el mero apoderamiento de la información interceptada, hecho que ya afecta a la privacidad. No es sino la extensión lógica del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en la era digital y en el contexto virtual. Pero la referencia no es ya la de la interceptación de comunicaciones privadas sino la de las transmisiones no públicas, concepto no del todo equivalente, lo que es especialmente interesante desde una doble perspectiva: en primer lugar, porque el simple hecho de que la transmisión no tenga voca-

²³² Véase JAREÑO, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, p. 21.

ción pública recibe una especial protección (sin que en principio sea necesario probar el apoderamiento de un contenido particular) y, en segundo lugar, porque despersonaliza, sin lugar a dudas, el proceso de comunicación, en la medida en que una transmisión es la forma en que los sistemas informáticos se comunican —y las personas a través de ellos—, protegiendo este modelo particular de interacción.

Por supuesto, conflictiva seguirá siendo la definición de lo «no público», en cuanto ¿todo lo que transita por Internet, sin especial protección, puede entenderse público? ¿Y si destinatario y emisor están perfectamente identificados? ¿Y si simplemente se sabe que proviene de una ubicación (por ejemplo, *IP*) concreta, definido o no el interlocutor específico? En este sentido, ¿habría que proteger todo proceso de transferencia de información: transmisión de correos electrónicos, solicitudes a páginas webs, transmisiones de transacciones privadas en línea, etc.?

Determinante es en todo caso que ni en uno ni en otro artículo se alude a la «personalidad» de los datos. Y tiene su lógica. Porque datos aparentemente intrascendentes, en su interconexión virtual, como se ha subrayado, definen personalidades y trascienden una en principio aparente nimia importancia.

Los arts. 4 y 5 vinculados a la tutela de la integridad de datos (de nuevo, no necesariamente personales) y sistemas, no a su confidencialidad, aunque en apariencia más vinculados a intereses económicos, también afectan y no tangencialmente a la privacidad, porque, al menos (y al margen de otras consideraciones) dificultan el aspecto decisional de la misma y el libre desarrollo de la personalidad desde cuanto me permite el entorno virtual (imposible si no dispongo de todos «mis» datos). Lo mismo ocurre con el art. 7 previsto para la falsificación de datos, que también (pensemos en supuestos de suplantación de identidad) puede afectar la vida privada.

Junto al Convenio, como se sabe, el segundo instrumento básico concreto generado para hacer frente a toda esta nueva delincuencia, al menos en nuestro entorno, ha sido la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que prácticamente reproduce las conductas a sancionar consideradas por el Convenio, pero de modo más limitado, considerando sólo las conductas contra la confidencialidad, integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, específicamente en lo relativo al acceso ilegal a los sistemas informáticos, la intromisión ilegal en los sistemas informáticos (que matiza posibilitando que sólo sean sancionables en casos de cierta gravedad) y la intromisión ilegal en

los datos, sin atender las que se vinculan a la falsedad, estafa, otros delitos de contenido o tutela de la protección intelectual, también referidas por el Convenio²³³.

En definitiva, y aunque no plena (se olvidan, por ejemplo, comportamientos de apropiación de informaciones residuales —*scavenging*— dentro de una infraestructura tecnológica en la que los usuarios van dejando rastros e información a su paso que puede ser recolectada, interconectada y manipulada sin necesidad de «acceso o intromisión ilícita alguna»), sí amplia tutela de un ámbito privado, que trasciende lo que tradicionalmente se ha entendido necesitado de protección.

A nivel interno, estamos siendo testigos de cómo las diversas legislaciones van incorporando preceptos penales que de una u otra manera hacen referencia a agresiones «relacionadas» con la informática, incluidas las que pueden afectar a la vida privada, con independencia —o además de— la compleja regulación que sobre todo en el ámbito administrativo tiene que ver con la regulación de la protección de los datos en su tratamiento digital.

Son diversos los modelos adoptados a la hora de enfocar el tratamiento penal de estas conductas —antes se aludía a ello—, pero en la mayoría de casos se sigue la tónica de reformar o ampliar el ámbito de tutela de figuras consolidadas en cada regulación para dar cabida a nuevas formas de agresión a bienes tradicionales. Así, en Alemania, Italia o España, en cierta medida contrariando lo que parece desprenderse del mandato internacional. Diferente es la propuesta, como se decía, de Francia, mucho más ambiciosa, aludiendo a conceptos como atentado a los derechos de las personas a través del tratamiento de datos o sistemas informáticos, protección de datos de cualquier naturaleza por los que sea posible identificar a una persona o protección de la identidad digital e integral de la persona.

La cuestión es que de una u otra forma es recurrente, además de la previsión de otras muy diferentes figuras, la penalización del acceso no autorizado a datos «especialmente guardados»²³⁴, el acceso abusivo a un sistema informático y telemático²³⁵, la intrusión en una comunicación informática²³⁶ (con una previsión final que permite

²³³ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los ataques contra los sistemas de información, de 2010, derogatoria de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, es similar en lo que aquí interesa considerar.

²³⁴ Así, el art. 202a del Código Penal alemán.

²³⁵ Art. 615 *ter* del Código Penal italiano.

²³⁶ Art. 617 *quater*, y siguientes, del Código Penal italiano.

aplicar los preceptos y penas a transmisiones de cualquier clase de dato²³⁷), el acceso ilegítimo a sistemas informáticos a fin de acceder a bancos de datos personales²³⁸, el acceso ilícito a sistemas informáticos²³⁹, el acceso ilícito a sistemas y equipos de informática²⁴⁰ o el acceso a información reservada o protegida o a sistemas o a servicios de telecomunicación con fines fraudulentos²⁴¹, por mencionar regulaciones de diferentes ámbitos jurídicos.

Pero no es lo mismo hacerlo dentro de Capítulos o Títulos previstos para tutelar la intimidad, la privacidad o el secreto, como Argentina o México, que en otros (normalmente de nuevo cuño y vinculados a Leyes especiales) previstos para la tutela, por ejemplo, de «la información y los datos», como Colombia²⁴². ¿Qué se trata de proteger, los sistemas en sí o los intereses personales que permiten desarrollar los mismos? ¿Los datos o la vida privada? ¿Ésta o algún aspecto concreto —intimidad, secreto— de ella?

Claro que hace falta seguridad informática. Para garantizar, entre otras cosas (entre otras muchas cosas, como, sobre todo, que no se produzcan macrodesastres a nivel global), la vida privada, en cuanto a la capacidad de control sobre la información relativa a uno mismo apta para permitir la autodeterminación en espacios propios.

¿Y la legislación española?

4. La plena tutela de una vida privada que excede lo puramente íntimo o secreto y que es la que está detrás de datos y sistemas

Como es sabido, el Código Penal español, dentro del Título X dedicado a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, incluye dos Capítulos, el primero de los cuales (el segundo lo reserva al allanamiento de morada) se entiende que lo dedica a los delitos contra la intimidad y la propia imagen, aunque denominándolo «del descubrimiento y revelación de secretos».

²³⁷ Art. 623 bis del Código Penal italiano.

²³⁸ Art. 157 bis del Código Penal argentino.

²³⁹ Art. 269 A, y siguientes, del Código Penal colombiano.

²⁴⁰ Art. 211 bis-1, y siguientes, del Código Penal mexicano.

²⁴¹ Title 18, Part I, Chapter 47 § 1029 US Code.

²⁴² Ley 1273/2009, de 5 enero.

Es en él donde tradicionalmente ha ido tratando de proteger (al margen del domicilio, tutelado en el Capítulo II) la correspondencia, los secretos, la imagen, la palabra y los datos, pero todo ello dentro del concepto genérico de «intimidad e imagen».

Es en él donde se han ido incluyendo, en esa evolución antes explicada, primero el apoderamiento de correspondencia (papeles, documentos, efectos, mensajes), posteriormente la interceptación de comunicaciones (escucha, grabación, reproducción) y últimamente el acceso no autorizado a datos reservados de carácter personal o familiar (utilización, modificación), además de otras conductas (grabación de imágenes, revelación de secretos profesionales, etc.).

Y es en él donde recientemente introduce el nuevo artículo 197.3 dedicado al acceso ilícito a datos (o programas, que los contienen) informáticos.

¿Datos íntimos? Ya la Jurisprudencia ha venido reconociendo en relación a la regulación previa a 2010 que estos preceptos han de aplicarse no sólo cuando se trate estrictamente de «datos íntimos», sino cuando se afecte «directamente» a la persona²⁴³. Sorprendentemente, dada la claridad del enunciado del Título. De nuevo la confusión entre intimidad y vida privada.

Pero el nuevo art. 197.3 prescinde totalmente de la naturaleza de los datos (programas o sistemas). Parece presuponerse que los que tienen naturaleza «informática» pertenecen, siempre, a la esfera privada del individuo. Aunque, desde luego, ni necesariamente hablamos de secretos ni necesariamente de intimidad. En el fondo de la reflexión parece latir la idea, que sí compartimos (aunque entendemos debiera ser más claro el legislador en el enunciado de las rúbricas), de que no es que importe que se conozcan (los datos) por lo que puedan revelar en particular de uno, sino que simplemente no se consiente que se conozcan, porque a nadie le tienen que interesar —aunque le interesen—.

El legislador español no acierta, en todo caso, en el tratamiento de los delitos informáticos. Primero, porque no reconoce la necesidad de tipificar los atentados a los sistemas en relación al importante peligro que pueden conllevar para infraestructuras críticas (ya sea en Capítulo propio, ya, por ejemplo, y si se quiere ser tradicionalista, entre los estragos, que es —con muchísimos matices— a lo que más podrían aproximarse, dentro de la normativa penal española, estas conduc-

²⁴³ Véase, con referencias, RUIZ MARCO, *Los delitos contra la intimidad*, pp. 80-84.

tas). Segundo, porque cuando aborda aspectos concretos lo hace sin preocuparse de las implicaciones que para la regulación existente puede tener la nueva tipificación (ejemplo de ello es la regulación del denominado «daño informático» en el art. 264, que plantea numerosos interrogantes y, en todo caso, especialmente el de saber si exige o no un daño económico-contable evaluable en el objeto del delito, al margen del perjuicio —exigible vía responsabilidad civil— que pueda generarse). Tercero, porque acumula conductas, y es el ejemplo del art. 197.3, en Títulos y Capítulos, sin plantearse realmente qué es lo que se quiere proteger y bajo denominaciones del todo incorrectas.

No basta enumerar casuísticamente todo lo que se nos ocurra (en regulaciones detalladas, aun de textura abierta) o seguir «a pies juntillas» indicaciones supraestatales. Un criterio de interpretación de la norma penal básico ha sido (y debe seguir siéndolo) el teleológico, en función del interés a proteger. Sabiendo cuál es éste se sabrá que es lo que hay que prevenir y se podrá delimitar la interpretación del alcance de las palabras que se contienen en cada norma. Esto, entendemos, debería seguir siendo evidente. Y, así, la primera defensa del acusado de acceder a un sistema será la de que ni descubrió ni reveló secreto alguno, la de que ni atentó contra la intimidad ni lo hizo contra la imagen. Lo cual no debería importar para su condena. Porque debiera estar claro que esto, para proteger la privacidad en el entorno digital, no es lo importante. Pero, claro, mientras no variemos la rúbrica del Título X o redefinamos el Capítulo Primero del mismo será difícil (por mucha Jurisprudencia que se pronuncie al respecto, que sólo debiera hacerlo cuando la ley no sea clara) decir que no importa.

El concepto de vida privada está siendo redefinido, incluso inconscientemente, frente a las actuales amenazas que presentan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que han revolucionado la forma en la que interactuamos con el mundo y han abierto las puertas al desarrollo de nuevas conductas merecedoras de respuesta jurídica.

La vida privada como era conocida hace simplemente unas décadas ya no existe, en un mundo virtual que la va moldeando de modo muy diferente. Y a fin de salvaguardar un derecho a ella realmente tuitivo es necesario redimensionar su visión y asumir, de entrada, la necesidad de protección tanto en el mundo físico como en el mundo virtual, con el consecuente impacto en la redefinición de las amenazas, conductas a evitar y mecanismos que realmente lo garanticen.

Los atentados a los derechos fundamentales que se pueden producir en la denominada «ciberrealidad» (aunque realidad hay una,

que se puede vivir, dar a conocer o ser descrita, eso sí, también a través de herramientas virtuales) no distan mucho de aquéllos que tienen lugar en el mundo físico; la finalidad de los mismos seguramente tampoco (conocimiento, control y poder); lo que sí ha variado son los medios, más sofisticados, que pueden utilizarse; pero las afectadas siguen siendo personas (individual o grupalmente) que ven cómo se menoscaban (o ponen en peligro) intereses merecedores de tutela.

Para hacer frente al acceso, recopilación, tratamiento e interconexión masiva de información en un mundo donde la trazabilidad y vigilancia continua y ubicua están a la orden del día, los legisladores (el fenómeno es global) han ido diseñado, en diversas latitudes, respuestas para garantizar que la vida privada sea respetada.

Y al margen de la tutela administrativa en torno al tratamiento automatizado de datos, el Derecho penal sustantivo se está enfrentando a esta tarea desde diferentes vertientes: en síntesis, en primer lugar, modificando la regulación de los preceptos clásicos protectores de la vida privada para dar cabida a conductas vinculadas a las nuevas tecnologías (es el caso, por ejemplo, del apoderamiento de secretos contenidos en correspondencia, papeles o documentos, que se amplía para permitir la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones en general y del contenido de documentos tanto físicos como electrónicos, o de cuanto tiene que ver con el deber de sigilo que implica el secreto profesional, que se extiende al responsable de un tratamiento de datos); igualmente, aceptando el planteamiento de un domicilio «virtual», por la necesidad de proteger el espacio privado en que habitamos en el ciberespacio (así, a través de tipos penales que incluyen en la mayoría de los Estados la protección contra la captación, fijación y transmisión de conversaciones o «palabras» que se consideran no públicas); y finalmente, creando «ciberdelitos» vinculados, en su sentido más estricto, a la tutela de datos y sistemas informáticos.

Pero esta tutela importa no en sí misma considerada, sino en lo que significa como garantía para posibilitar el ejercicio de intereses personales o colectivos. Esto es lo que ha de buscar la misma en sede penal.

De lo que se trata es de definir lo que hay detrás de esos datos o sistemas. Y lo que hay (además de aspectos vinculados a la seguridad, al buen funcionamiento de los servicios públicos, a la vida incluso, en ámbitos ajenos a estas consideraciones) son vidas privadas (no íntimas, ni secretas, no vidas paralelas o extraoficiales, vidas normales en la individualidad de cada cual).

Y lo que no puede es crearse delitos vacíos de contenido. ¿Qué es lo importante, que me roben una clave de seguridad o la vulneración que esto puede generar a bienes jurídicos tradicionalmente reconocidos como la vida privada o la propiedad intelectual? ¿Qué busco proteger, el funcionamiento de un sistema en sí o los daños y perjuicios (o, en su caso, el peligro de que se produzcan) económicos o de otra índole que esto pueda causar?

Estas reflexiones (o, al menos, preguntas) son las que no debería obviar el legislador a la hora configurar el marco jurídico protector de la vida privada en esta nuestra «Era digital».

Se está pasando (y así debe ser) de proteger aquel espacio privado en su materialización «corporal» a tutelar un espacio intangible, en el cual el concepto de autodeterminación informativa juega un rol trascendental como eje para entender por qué han de evitarse injerencias en una esfera, más o menos amplia (dependerá de la importancia que en cada comunidad se dé a lo individual o a lo social), en la que sólo cada cual habría de poder decidir cómo (y cuánto) darse a conocer.

La respuesta legislativa que acostumbra a darse para ello se encuentra todavía muy circunscrita a procurar sancionar el acceso y tratamiento ilegítimos de los datos «personales»; o, como máximo, de información relativa a las personas, tutelando sobre todo el aspecto puramente informacional de la privacidad. Lo que si bien es necesario, no necesariamente resulta suficiente.

Llegará un momento en que habrá que replantearse, realmente (cambiando rúbricas, reformulando preceptos, yendo al fondo de la cuestión), la protección de la posibilidad de autodeterminación personal en sí misma, frente a una sociedad que tiende a clasificar, estandarizar, perfilar, predecir y condicionar a sus actores. Porque no podemos esperar a que sea tarde para poder ejercer la libertad de decidir quién soy, lo que quiero y cómo interactuar en mi espacio personal y con los otros. Porque puede llegar un momento en que todo esfuerzo sea baldío y nos encontremos en «un mundo feliz» dopados por la tecnologías y su modo de «socializar» personas.

Las tecnologías abren nuevas puertas, facilitan y mejoran, en muchas ocasiones (que no siempre), nuestra calidad de vida en tanto que herramientas de desarrollo y de interacción, pero deben seguir siendo eso: un medio para el desarrollo del ser humano, no uno que lo condicione y lo controle.

La vida privada como pilar del espacio personal del individuo se erige aquí como baluarte. No ya la intimidad (hoy esto es lo de

menos, porque ya no se es tan susceptible a aquellos tan queridos «aspectos sensibles» de cada uno y es difícil diferenciar en cuanto a su importancia real para cada cual entre lo realmente internamente profundo y aquello que importa, pero que no está en lo más recóndito del ser). Tampoco el secreto (no se trata de la cuestión de que no se sepa, sino de por qué se tiene que saber). El reforzamiento de ciertos aspectos que se encuentran latentes en aquel concepto se hace siempre (de modo recurrente) necesario: no podemos prescindir del derecho al olvido, a la desconexión, a la «paz» (y no sólo del hogar, sino de ese espacio privado y particular de cada uno sin el temor de una vigilancia continua y ubicua que pueda marcar nuestras decisiones con una exposición total y constante, que no deseamos).

Y aún habrá de darse un paso más, entendiendo que la tecnología debe ir en auxilio del Derecho. Al final y al cabo, ¿no están las TICs para mejorar las posibilidades y la calidad de vida de las personas?, ¿no es entonces lógico que en su mismo desarrollo se tomen en cuenta valores no negociables como la privacidad?, ¿y, de no ser así, que intervenga el Derecho y, en su caso, el Derecho penal (atentos, eso sí, a excesivos adelantamientos de la tutela)? Es éste un ámbito a desarrollar (quizás no desde el Derecho penal, al menos no desde uno no intervencionista en exceso), pero la filosofía de la *privacy by design* parece vislumbrar respuestas a tal efecto.

IV. Bibliografía

- ACURIO DEL PINO, Santiago, «Delitos Informáticos: Generalidades», en *Delitos Informáticos* (versión digital de la OEA en http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf).
- ADINOLFI, Giulio, «Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental», en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 17, 2007, pp. 3-29.
- ALLEN, Anita L., *Privacy Law and Society*, St. Paul (MI), 2007.
- BATES, Alan P., «Privacy-a Useful Concept?», en *Social Forces, University of North Carolina*, Vol. 42, n.º 4, 1964, pp. 429-434.
- BAZÁN, Víctor, «El habeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2005, pp. 85-139.
- BELLEIL, Arnaud, *E-Privacy*, Paris, 2001.

- BESSONE, M./GIACOBBE, G., *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia*, Padova, 1988.
- BLOUSTEIN, Edward J., *Individual & Group Privacy*, New Brunswish, 2003.
- BRANDEIS, Louis/WARREN, Samuel D., «The Right to Privacy», en *Harvard Law Review*, Vol. IV, n.º 5, 1890, pp. 193-220.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la Intimidación*, Valencia, 1998.
- CARBONELL, Miguel, «Nueva interpretación del principio constitucional de legalidad en materia penal», en *Iter Criminis*, n.º 6, 2006, pp. 29-54.
- CATE, Fred H., *Privacy in the information age*, Whashington D. C., 1997.
- CATE, Fred H./LITAN, Robert, «Constitutional issues in information privacy», en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 9, 2002, pp. 35-63.
- CAVOUKIAN, Ann, «Privacy in the clouds», en *Identity Journal Limited*, 2008, pp. 89-108.
- *Privacy by design...take the challenge*, Ontario, 2009.
- «Privacy by design: the definitive workshop», en *Identity in the Information Society*, Vol. 3, n.º 2, 2010, pp. 247-251.
- COCCIA, Julián/LANCHO, José María, *Primer Informe, Revisión 2* (Versión digital del Observatorio de Neutralidad Tecnológica, 20 de Diciembre de 2006 en http://www.neutralidad.es/informes/Primer_Informe_R2.pdf).
- CONSTANT, Benjamin, «Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» (Versión digital, por Oscar Godoy, de la *Revista de Estudios Públicos*, n.º 59, 1995, en http://www.uc.cl/historia/vinculos/2006/vatter_revoluciones.pdf).
- CORNU, Gérard (Director), *Vocabulaire juridique*, Paris, 2006.
- CRUZ DE PABLO, José Antonio, *Derecho Penal y Nuevas Tecnologías. Aspectos Sustantivos*, Madrid, 2006.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal», en *Derecho Penal Informático*, Navarra, 2010, pp. 15-30.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique, Vol. II* (Versión Collection Folio Histoire de Ed. Gallimard), Saint-Amand, 2010.

- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel, *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas*, Madrid, 2007.
- DOCQUIR, Benjamin, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, 2008.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II-A*, Buenos Aires, 2001.
- DOVAL PAIS, Antonio/JUANATEY DORADO, Carmen, «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes», en *La Protección Jurídica de la Intimidad*, Madrid, 2010, pp. 127-169.
- DRUMMOND, Víctor, *Internet, Privacidad y Datos Personales*, Madrid, 2004.
- ESTRADA AVILÉS, Jorge Carlos, «Hacia una estandarización del hábeas data», en *II Congreso Mundial de Derecho Informático*, Madrid, 2002 (versión digital en <http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Estrada%20Aviles,%20Jorge20Carlos.pdf>).
- FAYOS GARDÓ, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2006.
- FITOUSSI, Vanessa, «Dossier complet: doctrine jurisprudence droit pénal de la vie privée!!!» (versión digital en <http://www.vfitoussi.com/2010/04/la-protection-penale-de-la-vie-privee/>).
- FROSINI, Vittorio, «La protezione de la riservatezza nella società de l'informatica», en *Informatica e Diritto*, n.º 1, 1981, pp. 5-14.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto, «Derecho a la Intimidad: Protección de Datos Personales», en *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, n.º 54, 2003 (versión digital en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1389>).
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009.
- GELLMAN, Robert, «The American approach to privacy supervision: less than the sum of its parts», en *Défis du droit á la protection de la vie privée*, Bruxelles, 2008, pp. 611-634.
- GONZÁLEZ GAITANO, Norberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, 1990.
- Graham, James A., «La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y el Comercio Electrónico», en *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, n.º 39, 2001 (versión digital en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=822>).

- GUERRERO PICÓ, María del Carmen, *El Impacto del Internet en el Derecho Fundamental a la Explotación de Datos de Carácter Personal*, Madrid, 2006.
- GULLIEN, Raymond/VINCENT, Jean, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 2005.
- HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, «Aproximación a un concepto de Derecho Penal Informático», en *Derecho Penal Informático*, Navarra, 2010, pp. 31-54.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, «Delimitación de los derechos a la intimidad y de información en la doctrina y jurisprudencia costarricense», en *Estudios Constitucionales (Universidad de Talca)*, n.º 1, 2008, pp. 85-102.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, 1999.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998.
- HUET, Jérôme/MAISL, Herbert (Directores), *Code de la communication*, Paris, 2005.
- IRIARTE AHON, Erick, «La Neutralidad Tecnológica... ¿existe o no existe?», en *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, n.º 94, 2006 (versión digital en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6104>).
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, 2008.
- JORGE PRATS, Eduardo, *Derecho Constitucional. Vol. I y II*, Santo Domingo, 2005.
- KAHN, Jonathan, «Privacy as a legal principle of identity maintenance», en *Seton Hall Law Review*, Vol. 33, 2003, pp. 371-410.
- KANT, Immanuel, *Fundamental Principles of the metaphysic of morals* (Versión traducida por Thomas Kingsmill Abbott de Merchant Books), La Vergne, 2010.
- KASPER, Debbie V. S., «The Evolution (or Devolution) of Privacy», en *Sociological Forum*, Vol. 20, n.º 1, 2005, pp. 69-92.
- KAYSER, Pierre, *La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée*, Paris, 1984.
- KEMP, Randy/MOORE, Adam D., «Privacy», en *Library Hi Tech*, Vol. 25, n.º 1, 2007, pp. 58-78.
- KING, Nancy J., «Fundamental human right principle inspires U. S. data privacy law, but protections are less than fundamental»,

- en *Défis du droit á la protection de la vie privée*, Bruxelles, 2008, pp. 71-98.
- LAZCANO BROTONS, Íñigo, «Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público», en *La ética y el derecho en la producción y el consumo del entretenimiento*, Valencia, 2006, pp. 295-315.
- LEPAGE, Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, 2002.
- LESSIG, Lawrence, *Code: and other laws of Cyberspace*, New York, 2006.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government* (Versión a cargo de Peter Laslett, de Cambridge University Press), 2.^a ed., Cambridge, 1999.
- MARTÍNEZ DE PISON, José, «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 717-738.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, 2004.
- «Vida Privada en Internet», en *Datospersonales.org*, n.º 7, 2004 (versión digital en <http://www.datospersonales.org>).
- «Vida privada en Internet (II). La monitorización informática», en *Datospersonales.org*, n.º 8, 2004 (versión digital en <http://www.datospersonales.org>).
- MARTÍNEZ REAL, Francisco Javier, *El fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana*, Santo Domingo, 2010.
- MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, «Vida Privada y Nuevas Tecnologías», en *Revista de Contratación Electrónica*, n.º 17, 2001 (versión digital de Id. vLex: VLEX-123979).
- MICHAEL, James, *Privacy and human rights*, Londres, 1994.
- MOORE, Barrington Jr., *Privacy, studies in social and cultural history*, Armonk (NY), 1984.
- MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, «El deber profesional frente a la intimidad de su cliente» (versión digital de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/187/dtr/dtr5.pdf>).

- MORÓN LERMA, Esther, «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», en *Delito e informática: algunos aspectos*, Bilbao, 2007, pp. 85-128.
- NACIONES UNIDAS, «Delitos relacionados con las redes informáticas», en *Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Viena, 2000, pp. 1-18
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto entre derechos*, México D. F., 1979.
- OBERTO DE GRUBE, Lucía Thays/GOVEA DE GUERRERO, María, «Algunas consideraciones sobre el hábeas data en Venezuela», en *Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*, Vol. 7, n.º 3, 2008, pp. 100-109.
- ORTS BERENGUER, Enrique/ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001.
- PASCUAL LÓPEZ, Silvia, «El Derecho Germánico y la Paz de la Casa», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n.º 24, 2006, pp. 225-231.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, 2005.
- PLANTAMURA, Vito, «La tutela penale dei dati personali», en *Il Diritto Dell'Informazione e Dell'Informatica*, n.º 3, 2007, pp. 649-664.
- POST, Robert C., «Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property and Appropriation», en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 41, 1991, pp. 647-680.
- POULLET, Yves, «Pour une troisième génération de réglementation de protection des données», en *Défis du droit á la protection de la vie privée*, Bruxelles, 2008, pp. 25-70.
- PROSSER, William L., «Privacy», en *California Law Review*, Vol. 48, n.º 3, 1960, pp. 383-423.
- PUCCINELLI, Oscar Raúl, «Apuntes sobre la evolución normativa y el desarrollo conceptual de los derechos 'de' y 'a' la protección de datos», en *Défis du droit á la protection de la vie privée*, Bruxelles, 2008, pp. 99-130.
- PUENTE ABA, Luz María, «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», en *Eguzkilore*, n.º 21, 2007, pp. 163-183.
- PRIVACY INTERNACIONAL, European Privacy and Human Rights (EPHR), 2010 (en <http://www.privacyinternational.org/sites/privacyinternational.org/files/ephrfull.pdf>).

- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, 2000.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN – COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del relator especial para la libertad de expresión*, Washington D. C., 1999.
- REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos Patricio, «¿Qué es la Sociedad de la Información», en *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, n.º 61, 2003 (en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1307>).
- RIQUERT, Marcelo Alfredo, *Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur*, Buenos Aires, 2009.
- RIVERA S., José Antonio, «El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia. Una perspectiva en Bolivia», en *Estudios Constitucionales (Universidad de Talca)*, Año 6, n.º 1, 2008, pp. 43-67.
- ROLLA, Giancarlo, «El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada: Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana», en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 7, 2002, pp. 140-167.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet», en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 2, 2002, pp. 123-149.
- «La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos», en *Datos personales*, n.º 2, 2003 (versión digital en <http://www.datospersonales.org>).
- RUEDA MARTIN, M.^a Ángeles, *Protección Penal de la Intimidad Personal e Informática*, Barcelona, 2004.
- RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad*, Madrid, 2001.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, *El derecho de la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano*, Madrid, 1994.
- SCHWARTZ, Paul M., «Internet Privacy and the State», en *Connecticut Law Review*, Vol. 32, 2000, pp. 815-859.
- SCHWARTZ, Paul M./TREANOR, William M., «The New Privacy», en *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003, pp. 2163-2184.

- SIEBER, Ulrich, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society*: COMCRIME Study, 1998 (version digital en <http://www.oas.org/juridico/english/COMCRIME%20Study.pdf>).
- SOLOVE, Daniel, «Concept of Privacy», en *Californian Law Review*, Vol. 90, 2002, pp. 1087-1156.
- *The digital person*, New York, 2004.
- «A Taxonomy of Privacy», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, n.º 3, 2006, pp. 477-560.
- STUART MILL, John, *On Liberty and Other Essays* (Versión digital La Vergne, Digireads.com, 2010).
- SUÑÉ LLINÁS, Emilio, *Tratado de Derecho Informático. Introducción y Protección de Datos Personales, Vol. I*, Madrid, 2002.
- TABATONI, Pierre (Director), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, T. 1 y 2, Paris, 2000.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Tecnologías, intimidad y protección de datos*, Madrid, 2001.
- TRÉZÉGUET, Marlène (Responsable), *Code Lamy droit de l'immatériel. Code annoté*, Paris, 2010.
- TRIVELLI GONZÁLEZ, María Paz, «El Principio de Neutralidad Tecnológica en la Ley 19799», en *Revista Chilena de Derecho Informático*, n.º 4, 2004, pp. 107-116.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio, «La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 19-20, 2003, pp. 231-334.
- URABAYEN, Miguel, *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Pamplona, 1977.
- VERA SANTOS, José Manuel, «Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación», en *Principios de derecho de internet*, Valencia, 2005, pp. 189-246.
- VIGGIANO, Miriam, «'Navigazione' in Internet e acquisizione occulta di dati personali», en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n.º 2, 2007, pp. 347-394.
- WESTIN, Alan F., *Privacy and Freedom*, New York, 1967.
- WHITMAN, James Q., «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty», en *The Yale Journal*, Vol. 113, 2004, pp. 1151-1221.
- WINN, Jane K., «Can a duty of information security become special protection for sensitive data under US law?», en *Défis du droit à la protection de la vie privée*, Bruxelles, 2008, pp. 243-257.