

Ética, Derecho y datos personales

José Antonio Seoane Rodríguez
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidade da Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. *Un apunte sobre las relaciones entre la Ética y el Derecho. La tesis de la vinculación como respuesta adecuada a la situación ética, jurídica y política contemporánea.* 2. *La identidad y los datos de carácter personal en perspectiva histórica.*—III. LAS RESPUESTAS ÉTICO-JURÍDICAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: 1. *Una perspectiva histórica:* 1.1. La perspectiva jurisprudencial. 1.2. La perspectiva legislativa. 2. *Una perspectiva sistemática:* 2.1. El derecho a la intimidad. 2.2. La intimidad «postinformática»: la libertad informática. 2.3. Un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. 2.4. Recapitulación y propuesta iusfundamental.—IV. UNA PROPUESTA DE ESTATUTO ÉTICO-JURÍDICO DE LOS DATOS PERSONALES: 1. *La necesidad y la insuficiencia de los derechos.* 2. *El marco iusfundamental de referencia:* 2.1. Dignidad. 2.2. Libertad. 2.3. Igualdad y no discriminación. 2.4. Derecho a la intimidad. 2.5. Derecho a la protección de datos personales. 3. *Un catálogo de principios:* 3.1. El principio de consentimiento. 3.2. El principio de finalidad. 3.3. El principio de confidencialidad. 3.4. El principio de calidad. 3.5. El principio de proporcionalidad o razonabilidad.—V. CONCLUSIÓN. UNA CULTURA DE LA CONFIDENCIALIDAD Y LA CALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Al decir de Eric HOBBSAWM¹, el siglo XX es un *siglo corto*: comienza tarde (en 1914, con el estallido de la Primera Guerra Mundial) y termina pronto, precipitadamente (en 1991, con el colapso de la Unión Soviética). Y también es, a su entender, un *siglo de extremos*, polarizado, de contrastes: civilización frente a barbarie. Es el siglo de los derechos o de la justicia y, también, siglo de guerras, dictaduras, genocidios.

La oscilación apuntada del siglo XX ha dado lugar a una pluralidad de

¹ Eric J. HOBBSAWM, *Age of Extremes (The Short Twentieth Century 1914-1991)*, London, Vintage, 1994; traducción de Juan Faci, Jordi Ainaud y Carme Castells, *Historia del siglo XX: 1914-1991*, Barcelona, Crítica, 1995.

respuestas o intentos de definición de las sociedades contemporáneas, que acentúan alguna de sus notas distintivas. Se ha afirmado, así, que la nuestra es una sociedad de riesgo²; o que la fragilidad es una nota consustancial a nuestras sociedades³; o que nuestra sociedad y nuestra época configuran la era de la información⁴; o que el siglo pasado ha sido el siglo de los derechos⁵. Por último, no considero exagerado afirmar que el siglo XX ha sido el siglo de la *privacy*.

En relación con nuestro tema (Ética, Derecho y datos personales), y siguiendo la analogía de HOBSBAWM, el siglo XX podría calificarse como un *siglo largo*, cuyo comienzo se dataría en 1890, fecha de la aparición del influyente «The Right to Privacy», de Samuel WARREN y Louis BRANDEIS⁶, y finalizaría en 2000, con la incorporación a nuestro catálogo de derechos fundamentales del derecho a la protección de datos personales, merced a las sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, que determinan la aparición de un nuevo paradigma, autonomista, en lo que concierne a la tutela de los datos de carácter personal. (En clave europea, su término podría fecharse a finales de 1983, concretamente el 15 de diciembre, con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que alumbró el derecho a la autodeterminación informativa, antecedente inmediato de nuestro derecho a la protección de datos personales.) Ha sido también un siglo *uniforme*, que ha vivido una evolución y desarrollo paulatinos del derecho a la intimidad y sus equivalentes en otros sistemas jurídicos⁷. Por último, ha sido un siglo *rezagado* o *retrasado*, pues el mencionado giro autonomista en materia de información, en forma de autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos personales, ha llegado tarde en comparación con otros ámbitos.

En lo que sigue pretendo exponer y evaluar cuál es la situación actual de las relaciones entre la Ética, el Derecho y los datos de carácter personal y proponer un modelo de estatuto ético-jurídico que sirva para abordar cualquier cuestión referida a esta materia. Comenzaré analizando la evolución

² Cfr. Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986; traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borrás, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998; *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 1999; traducción de Jesús Alborés Rey, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.

³ Cfr. Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, Insel, 1979; Neuaufgabe, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984; versión castellana de Javier M.ª Fernández Retenaga, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995; Paul RICOEUR, «Poder, fragilidad y responsabilidad», traducción de Gabriel Aranzueque, en Gabriel ARANZUEQUE (ed.), *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur*, Madrid, Cuaderno Gris, 1997, págs. 75-77.

⁴ Cfr. Manuel CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, Cambridge, Massachusetts, Blackwell, 1996; versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, *La era de la información: economía, sociedad, cultura*, 3 vols., Madrid, Alianza, 1997-2001.

⁵ Así se titula una obra de Norberto BOBBIO, *Letà dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; traducción de Rafael de Asís Roig, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1993.

⁶ Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, IV/5 (1890), págs. 193-220; traducción de Pilar Baselga, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁷ Cfr. *infra*, III.

histórica de la cuestión: por qué queremos proteger ciertos datos de carácter personal y cómo hemos respondido ética y jurídicamente a dicho interrogante en épocas anteriores. El relato histórico nos permitirá comprender mejor la situación contemporánea concluir con algunas propuestas de futuro.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. *Un apunte sobre las relaciones entre la Ética y el Derecho.
La tesis de la vinculación como respuesta adecuada a la situación
ética, jurídica y política contemporánea*

No pretendo trazar aquí la historia de las relaciones entre el Derecho y la moral, sino sólo determinar cuál es el modelo adecuado para nuestra realidad ética, jurídica y política. La tesis de la vinculación y la tesis de la separación son las dos principales respuestas a esta cuestión. En nuestros días, y en particular desde la Segunda Guerra Mundial, ha vuelto a afirmarse por diversas corrientes de pensamiento la tesis de la vinculación o conexión entre Derecho y moral.

La rehabilitación de la tesis de la vinculación coincide con el fenómeno de constitucionalización de los sistemas jurídicos y con la consolidación y expansión de los derechos humanos como mínimo ético y jurídico, a nivel universal. El modelo jurídico-político de referencia en los últimos siglos era el Estado de Derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Sin embargo, dicho modelo está agotado; hoy estamos instalados en el Estado constitucional de Derecho⁸, que afirma el carácter normativo de la Constitución y su aplicabilidad inmediata, en particular de un catálogo de derechos fundamentales considerados elementos estructurales del orden jurídico y fundamento de la comunidad política, así como criterios orientadores de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los valores y fines constitucionales. Junto a esta dimensión institucional u objetiva, los derechos fundamentales presentan asimismo una dimensión individual, en tanto que derechos subjetivos que garantizan un ámbito de libertad individual a su titular. Además, la superioridad normativa de la Constitución y la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con ella implican, a su vez, la sujeción de los poderes públicos y ciudadanos a los dictados constitucionales. Ambos elementos conducen a que el proceso aplicativo o de deter-

⁸ Cfr. Robert ALEXY, «Sistema jurídico y razón práctica» (1987), en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, págs. 159-177; «La institucionalización de la razón», traducción de José Antonio Seoane, *Persona y Derecho*, 43 (2000/2), págs. 217-249; Miguel CARBONELL (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Luis PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995. Recientemente, Luis M. CRUZ, *Los orígenes del neoconstitucionalismo europeo. Una aproximación*, Granada, Comares, 2005.

minación del Derecho deje de entenderse como una operación mecánica y pase a ser algo necesariamente axiológico. La normativa constitucional presenta un notable contenido valorativo, y sus disposiciones suelen adoptar la forma de cláusulas generales o principios, esto es, normas de carácter abierto, genérico, que son objeto de ponderación y que apuntan al logro de ciertos fines o estados de cosas estimados como valiosos, más que a un cumplimiento taxativo y delimitado o a la realización de una concreta acción, que es lo propio de las reglas. Todo ello pone de relieve la necesidad de abandonar la racionalidad lógico-formal en favor de un tipo de razonamiento jurídico-práctico que haga posible incluir valores y fines en los razonamientos y que se acomode a la estructura principalista de las normas de derecho fundamental y, en general, de las normas constitucionales. A ello ha de unirse la creciente actividad de los Tribunales regionales, europeos y americanos, en materia de derechos humanos⁹, la superación del principio de territorialidad (en materia penal) para determinados tipos de delitos especialmente lesivos con ciertos derechos humanos y las doctrinas de la intervención humanitaria; o los intentos de reedición de un Derecho de gentes, de un Derecho intercultural.

Este último aspecto conecta con la globalización. Aunque su faz económica es la más difundida, se presenta y ha de concebirse como un fenómeno multidimensional, con perfiles políticos, sociales, culturales, axiológicos y, en última instancia, también jurídicos. En este sentido, se ha afirmado que la constitucionalización del Derecho, o más propiamente el empleo de un lenguaje constitucional, es una de las instituciones jurídicas de la globalización, hasta el extremo de hablar de la conveniencia de un proceso de constitucionalización en el espacio transnacional, que coincide en el tratamiento y la promoción de los derechos humanos y el modelo democrático, con la aparición de «un nuevo consenso internacional en torno a las nociones de derechos humanos y democracia, como valores generalmente aceptados por la comunidad internacional en su conjunto»¹⁰. Se constata así la complementariedad y relación estrecha entre el factor globalizador y el factor de la constitucionalización, en torno a unos elementos nucleares o notas distintivas que guían la configuración del Derecho en las sociedades contemporáneas, en este caso los derechos humanos o derechos fundamentales, que ejemplifican la inviabilidad de la tesis de la separación y la necesidad de adoptar la tesis de la vinculación entre Derecho y moral.

⁹ Cfr. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003; Juan E. MÉNDEZ y Francisco COX (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

¹⁰ Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, «Derechos humanos y Derecho internacional», *Isegoría*, 22 (2000), págs. 71-81, 73; cfr. también *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999.

2. *La identidad y los datos de carácter personal en perspectiva histórica*

Hasta ahora me he ocupado de las relaciones entre los dos primeros elementos del título, la Ética y el Derecho; resta el tercer elemento, los datos personales. Los datos de carácter personal son las informaciones que identifican o permiten identificar a una persona; y la identidad es el conjunto de informaciones y rasgos, particulares y compartidos, que definen y singularizan a cada uno de nosotros. A continuación esbozaré una historia de la identidad, esto es, de cómo los datos de carácter personal influyen en la configuración de la persona, en su significado para el individuo y para la sociedad. Son diversas las vías para explorar la identidad; aquí opto por la que se centra en la intimidad y la vida privada, en contraposición con la esfera pública, y su relevancia para la construcción de la subjetividad, del yo. Varias razones me mueven a ello: su importancia en la evolución y la definición de nuestras sociedades occidentales; su influencia en la concepción de los datos personales; su capacidad de aunar derechos humanos, datos personales e identidad, que son los principales elementos en juego en nuestro tema; y, finalmente, su capacidad explicativa de la evolución de la tutela moral y jurídica de los datos de carácter personal, propósito último de esta reflexión.

La pretensión y necesidad de privacidad, de un ámbito reservado y ajeno a la mirada y acceso de los otros, no es exclusivamente humana. Por el contrario, es compartida por otras especies animales, y manifestada espacialmente mediante la territorialidad, la delimitación de un espacio propio de cada individuo, o de unos pocos individuos, dentro del grupo¹¹. Asimismo, dicha pretensión de reserva o privacidad no es estrictamente moderna. Ya las sociedades primitivas, y en el más estricto ámbito de las sociedades occidentales la cultura griega, dan muestras de dicha preocupación¹².

Desde siempre se ha contrapuesto lo privado a lo público, lo abierto a la comunidad popular¹³. Sin embargo, tanto el concepto de intimidad como el de privacidad (anglicismo derivado del término *privacy*) tienen un origen más reciente y una historia más breve. De este último, que no se corresponde exactamente ni con la vida privada ni con la intimidad, se ha dicho que adquiere su sentido moderno durante la Reforma protestante¹⁴. Es en los albo-

¹¹ Cfr. Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1970, págs. 7-11.

¹² Cfr. *ibid.*, págs. 11-21.

¹³ Cfr. el «Prefacio» de Georges DUBY a la monumental *Historia de la vida privada* [Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs.), *Histoire de la vie privée*, Paris, Éditions du Seuil, 1985-1987, 5 tomos]: «Hay un área particular, netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que le conviene hallarse provisto cuando se aventura en el espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, “en zapatillas”, libre del caparazón con que nos mostramos y nos protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar. Doméstico. Secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar» [Georges DUBY, «Prefacio» a Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs.), *Historia de la vida privada*, tomo 1: *Del imperio romano al año mil*, traducción de Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1987, pág. 10].

¹⁴ Helena BÉJAR, *El ámbito íntimo (Privacidad, individualismo y modernidad)*, Madrid, Alianza, 1988, pág. 16.

res de la modernidad cuando el individuo religioso reclama para sí un espacio y una vida interiores, un fuero interno. De este modo, ya no es posible en los siglos XVII y XVIII constatar la unidad entre lo público y lo privado propia de tiempos anteriores: lo privado se organiza de forma separada de lo público, rechazando injerencias extrañas, y la vida se va privatizando.

Con todo, este origen moderno de la intimidad y la privacidad ha de ser matizado. La dialéctica público-privado es de enorme complejidad, y su correcta comprensión exige tomar en consideración la constelación originaria de la interioridad, lo privado y lo íntimo, su pluralidad causal, y no reducirla a un único factor, como la Reforma protestante. Si son diversas las influencias que confluyen en la configuración de la identidad¹⁵ y la subjetividad¹⁶ modernas, presenta especial interés otra propuesta de explicación pluricausal del surgimiento de lo privado —y lo íntimo— como ámbito autónomo. A mi entender, sus ventajas son varias. En primer lugar, expone con mayor detalle el carácter histórico, político o social de los conceptos de lo privado, lo público y lo íntimo, y cómo su significado lo configura cada época. En segundo lugar, al ampliar el espectro de factores que influyen en la configuración moderna de la intimidad y la vida privada, enriquece la definición de ambos conceptos. En tercer lugar, subraya la existencia de dos dimensiones en la evolución histórica de la dialéctica privado-público, y prelude los actores principales de la trama contemporánea: una dimensión que denominaremos social o no institucionalizada, y una dimensión política, estatal o institucionalizada, representada por los órganos del Estado.

La situación de partida es el final de la Edad Media¹⁷, donde el individuo está inserto en una red de solidaridades colectivas, feudales y comunitarias, en un mundo que no es ni privado ni público en el sentido que nosotros damos a tales términos; en él, lo privado y lo público se confunden. La situación de llegada es la del siglo XIX: la sociedad se ha convertido en una vasta población anónima en la que las personas ya no se conocen. En ella, el individuo quiere protegerse de los demás, y ello de dos maneras: mediante el derecho a elegir con mayor libertad —o a tener la sensación de hacerlo— su condición y tipo de vida; y recogiénose en la familia, convertida en refugio y centro del espacio privado¹⁸.

¹⁵ Cfr. Charles TAYLOR, *Sources of the self. The making of the modern identity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989; traducción de Ana Lizón, revisión técnica de Ramón Alfonso Díez, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1996.

¹⁶ Cfr. Peter BÜRGER, *Das Verschwinden des Subjekts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, traducción de Agustín González Ruiz; Christa BÜRGER y Peter BÜRGER, *La desaparición del sujeto. Una historia de la subjetividad de Montaigne a Blanchot*, Madrid, Akal, 2001.

¹⁷ Durante la Edad Media, en el período comprendido entre el año 1000 y la mitad del siglo XIV, también se afirma la existencia de vida privada; pero no en el sentido moderno: la vida privada medieval se entiende como vida familiar, no individual, una vida convivencial basada en la confianza mutua, que no tolera las insumisiones del individualismo [cfr. Georges DUBY, «Advertencia», en Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs.), *Historia de la vida privada*, tomo 2: *De la Europa feudal al Renacimiento*, traducción de Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1988, pág. 9; «Obertura», en Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs.), *Historia de la vida privada*, tomo 2: *De la Europa feudal al Renacimiento*, cit., págs. 23-24].

¹⁸ Philippe ARIÈS, «Para una historia de la vida privada», en Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs.),

En el tránsito entre el primer modelo al segundo modelo influyen tres acontecimientos externos, de carácter político-cultural, que modifican las mentalidades y transforman las sociedades de Occidente, en particular la idea que las personas tienen de sí mismas y de su papel en la vida diaria de la sociedad¹⁹: 1) *El nuevo cometido del Estado*, a partir del siglo XV. El Estado interviene cada vez con más frecuencia en el espacio social, en materias anteriormente ajenas a su alcance. 2) *El desarrollo de la alfabetización y la difusión de la lectura*, sobre todo merced a la imprenta. Se generaliza la práctica de la lectura en silencio, permitiendo la reflexión solitaria. 3) *Las reformas religiosas*, tanto católicas como protestantes, a lo largo de los siglos XVI y XVII. Dan lugar al desarrollo de una piedad interior: el examen de conciencia, la oración en silencio, como meditación solitaria, o la confesión individual. Las religiones adoptan formas más íntimas.

En esta paulatina transformación de la vida privada pueden señalarse tres fases diferenciadas, indicios de una evolución que sólo culminará en los siglos XIX y XX²⁰: 1) *La conquista de la intimidad individual*. Los siglos XVI y XVII marcan, desde cierto punto de vista, el triunfo de un cierto individualismo de costumbres en la vida diaria —que declina desde finales del XVIII a favor de la vida familiar—. 2) *La formación de grupos de convivencia social*, entre los siglos XVI y XVII, desarrollándose una cultura de «pequeñas sociedades», cuerpos intermedios entre el retiro de lo particular o privado y el tumulto de lo multitudinario. Posteriormente, en el siglo XVIII, parte de estos grupos se institucionalizan (clubes, academias), perdiendo espontaneidad e informalidad. 3) *El cambio de sentido de la familia*, que ya no es solamente una unidad económica o un lugar de coacción para los individuos, sino que tiende a convertirse en un refugio ajeno a las miradas del exterior, un lugar de afectividad y de atención a la infancia. Mediante el desarrollo de sus nuevas funciones, la familia, por una parte, absorbe al individuo, lo recoge y lo defiende; por otra, se separa más que antes del espacio público.

En esta evolución de la dicotomía público-privado es posible distinguir una doble dimensión. La primera se centra en un cambio de sociabilidad: «la sustitución de una sociabilidad anónima, la de la calle, el patio del palacio, la plaza, la comunidad, por una sociabilidad restringida que se confunde con la familia, o también con el propio individuo»²¹. La clave radica en conocer cómo se pasa de un tipo de sociabilidad en la que lo privado y lo público se confunden a una sociabilidad en la que lo privado se halla separado de lo público e incluso lo absorbe o reduce su extensión²². La segunda es

Historia de la vida privada, tomo 3: *Del Renacimiento a la Ilustración*, traducción de M.^a Concepción Martín Montero, Madrid, Taurus, 1989, págs. 7-8.

¹⁹ *Ibid.*, págs. 9-10. Una exposición entrelazada de los tres factores, en Roger CHARTIER, «Introducción», en Philipp ARIÈS y Georges DUBY (dirs.), *Historia de la vida privada*, tomo 3: *Del Renacimiento a la Ilustración*, cit., págs. 22-25.

²⁰ Philippe ARIÈS, «Para una historia de la vida privada», cit., págs. 14-16.

²¹ *Ibid.*, pág. 16.

²² Puede matizarse el carácter anónimo de la sociabilidad: «el problema esencial era el paso de una sociabilidad anónima de grupos, en los que las personas podían reconocerse, a una sociedad anóni-

la de las formas políticas: lo público es el Estado, y lo privado, o más bien lo particular, es lo sustraído al Estado. En épocas donde el Estado es débil o simbólico (Edad Media), lo privado y lo público se confunden. Cuando el Estado se fortalece (siglos XVII y XVIII), lo público está netamente desprivatizado; ya no se confunde con los bienes o intereses privados. Desde ese momento, el espacio privado puede organizarse como un espacio casi cerrado, y en cualquier caso separado por completo del servicio público, que se ha hecho autónomo²³.

En conclusión, el análisis de la vida privada en los tiempos modernos ha de tratarse atendiendo a dos dimensiones distintas. Una es la de la sociabilidad y el paso de una sociabilidad anónima, en la que se confunden la noción de público y la de privado, a una sociabilidad fragmentada en la que aparecen sectores bien diferenciados: un residuo de sociabilidad anónima, un sector profesional y un sector, también privado, reducido a la vida doméstica. La otra es la contraposición y las relaciones entre la esfera del Estado y la privada o particular²⁴. Los límites de la esfera privada «dependen ante todo del modo en que se halle constituida, en doctrina y en potencia, la autoridad pública, y, en primer lugar, la que el Estado reivindica y ejerce. Por lo tanto es la progresiva construcción del Estado moderno, no siempre absolutista pero sí en todas partes administrativo y burocrático, la que aparece como condición necesaria para que pueda definirse, pensado como tal o sólo vivido en acto, un ámbito privado en adelante distinto de un ámbito público que resulta claramente identificable»²⁵.

Se puede afirmar que desde el siglo XIX resulta indiscutible el carácter valioso de la esfera privada e íntima. Es un rasgo de nuestra modernidad que la intimidad y la privacidad para los individuos o grupos han pasado de ser —sólo— una necesidad a convertirse asimismo en un valor y, ante todo, en una cuestión de libertad. Han pasado a ser una característica y una exigencia de las sociedades democráticas, convirtiéndose en un derecho de los ciudadanos²⁶. El concepto de vida privada y el de intimidad quedan perfilados en la forma conocida por nosotros, a partir del cual se pretende dar un paso más, buscando su protección legal²⁷. Es decir, lo íntimo y lo privado se normativizan y juridifican.

Hoy la dialéctica público-privado subsiste. El detrimento de aquél implica el aumento de éste, de manera que cuanto más limitado se hace el ámbito

ma sin sociabilidad pública», donde dominaba bien un espacio profesional bien un espacio privado (*ibid.*, pág. 17).

²³ *Ibid.*, págs. 17-19.

²⁴ *Ibid.*, pág. 19.

²⁵ Roger CHARTIER, «Introducción», cit., pág. 22. Frente a ARIÈS, más partidario de la dimensión social, CHARTIER redobla el énfasis en la relevancia del Estado para la delimitación de los contornos de lo público y lo privado. Sin terciar en la incidencia de uno u otro aspecto, ambas aportaciones ejemplifican de forma magnífica la primacía histórica de lo público como agente en la definición de ambas esferas.

²⁶ Cfr. Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, cit., págs. 21-32.

²⁷ Cfr. José MARTÍNEZ DE PISOÑ, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 41-46.

público, en particular el poder político, más se expande el terreno privado. En gran medida, el repliegue interior hacia lo privado o lo íntimo ha sido entendido como una lucha contra la tendencia expansiva del Estado; y en nuestra época no sólo contra el poder público, sino también frente al vecino, al resto de ciudadanos²⁸. Asoma así uno de los riesgos contemporáneos: convertir la esfera privada en un coto vedado sin referencias exteriores. En su defensa de lo íntimo y lo privado, cierta corriente individualista, con su rechazo de lo social y con olvido del carácter relacional de la categoría de lo privado y de la libertad, puede incurrir en un solipsismo o repliegue absoluto que despoje de valor la conquista de una intimidad propia y de una esfera privada que precisa del otro para el desarrollo personal²⁹.

Lo público y lo privado no han de concebirse de forma excluyente, como vías enfrentadas o alternativas, sino de forma incluyente, en su complementariedad. La noción de lo privado como antítesis de lo público es simplista y negativa: el individuo es social y precisa del entorno social para desarrollar su existencia. La esfera privada cobra sentido no contra lo público o frente a lo social, sino *dentro* de las relaciones sociales, lo que resulta evidente en el plano jurídico³⁰. Ya no cabe concebir la intimidad como aislamiento o soledad, sino como una dimensión de la persona con proyección en sus relaciones sociales. Esto se hace aún más patente en la esfera jurídica, donde la concepción defensiva, negativa y estática del derecho a la intimidad —o del derecho a la *privacy*— de los inicios resulta insuficiente, y ha sido completada con una noción positiva, activa y dinámica: de la sustracción de una esfera íntima o privada frente a las injerencias ilegítimas externas se ha llegado al actual poder de control sobre la información y los datos relativos a una persona. Se postula así una noción armonizadora, una visión sistemática e integradora de lo íntimo, lo privado y lo público, que interpreta la intimidad a la luz del haz de derechos y libertades³¹.

Lo privado y lo íntimo han ido incrementando su valor para los individuos con el paso de los siglos, convirtiéndose en un espacio imprescindible para el desarrollo de la personalidad. Hoy necesitamos un ámbito privado, propio y alejado de lo público, que haga posible el descanso, la serenidad, el reencuentro con uno mismo y los allegados. Su ausencia perjudicaría la formación del individuo, así como su posibilidad de participación colectiva y, por ende, la correcta vertebración de la sociedad. Lo privado ha devenido un

²⁸ José MARTÍNEZ DE PISÓN, «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1997), pág. 722; cfr. también *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, cit., págs. 38-39.

²⁹ Cfr. Helena BÉJAR, «La génesis de la *privacidad* en el pensamiento liberal», *Sistema*, 76 (1987), pág. 72; *El ámbito íntimo...*, cit., págs. 239 y ss. Cfr. también las reflexiones —menos pesimistas— sobre la intimidad «postindustrial» de José MARTÍNEZ DE PISÓN, «Vida privada e intimidad...», cit., pág. 721.

³⁰ Cfr., en este sentido, Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», en José M.^a SAUCA (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pág. 314.

³¹ Cfr. *infra*, apartado III.

ámbito reservado indispensable para el ejercicio de nuestra libertad, y para expresar lo más propio de nuestra persona, nuestra identidad personal³².

III. LAS RESPUESTAS ÉTICO-JURÍDICAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

La esfera íntima y la esfera privada representan un bien o valor básico necesitado de protección, tanto para la existencia individual como para la coexistencia colectiva, garantizado en el plano jurídico como derecho fundamental en textos constitucionales y en documentos internacionales sobre derechos humanos³³. Un bien y un derecho que no han de ser concebidos desde la restringida perspectiva individualista que los vio irrumpir, sino desde una perspectiva más amplia, que inserta lo privado en lo público³⁴ y que persigue una armonización supraestatal, europea e internacional.

1. *Una perspectiva histórica*

La protección jurídica de la intimidad y los datos de carácter personal tiene una breve pero intensa historia. Como he indicado, situaría su comienzo en 1890, un comienzo doctrinal con el clásico «The Right to Privacy», de Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, donde se recupera la noción de *privacy* acuñada por el juez Thomas Cooley como el derecho a no ser molestados, a estar solos, a que nos dejen en paz (*the right to be let alone*)³⁵. Con el transcurso del tiempo, estas primeras articulaciones jurídicas de la *privacy* evolucionarán y adquirirán perfiles distintos; su ámbito y su contenido se amplia-

³² Cfr. Sissela BOK, *Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation*, New York, Vintage Books, 1989, en especial págs. xv-xvi, 1-44 y 281 ss.; Victoria CAMPS, «La reconstrucción de lo público y lo íntimo», en Carlos CASTILLA DEL PINO (ed.), *De la intimidad*, Barcelona, Crítica, 1989, págs. 60-61; Ruth GAVISON, «Privacy and the Limits of Law», *Yale Law Journal*, 89 (1980), págs. 421-471; luego en *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Ferdinand David SCHOEMAN (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1984, págs. 346-402, en especial 348-369; Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, cit., págs. 34 y ss.

³³ Cfr., por todos, Carlos RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995; también, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1994.

³⁴ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», cit., pág. 318; también, «Intimidad y protección de datos personales: del *habeas corpus* al *habeas data*», en Luis GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 38-39 y 44.

³⁵ Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, «The Right to Privacy», cit., págs. 23 ó 25. Louis D. Brandeis, como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, hizo uso años más tarde de la compendiosa fórmula del derecho a la *privacy* en un célebre voto particular —discrepante— a la sentencia del caso *Olmstead vs. United States*, 277 US 438 (1928), calificándolo como el más amplio de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados. Cfr. *Olmstead vs. United States*, 277 US 438, 478 (1928). Otro hito importante en la evolución estadounidense es el caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479, del año 1965, punto de partida de una serie de resoluciones que contribuirán notablemente a la orientación contemporánea del derecho a la *privacy*, y que lo dotarán de un contenido más amplio que el de los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales.

rán. En el ámbito europeo situaría su origen en la mitad del siglo XX, en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, o Convenio de Roma, reconociendo el derecho a la vida privada y familiar. Finalmente, en lo que concierne a España, dataría su comienzo en 1978, concretamente con el reconocimiento expreso y específico del derecho a la intimidad mediante el artículo 18 de la Constitución. Más adelante, en el año 2000, a raíz de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, tiene lugar un cambio radical, un giro autonomista en el régimen jurídico de tutela de los datos de carácter personal.

De acuerdo con esta periodificación, la historia de la intimidad y de los datos de carácter personal en nuestro sistema jurídico acaba de empezar. Con todo, ya ha experimentado una interesante evolución, nítidamente reflejada en los derechos fundamentales destinados a su tutela. Dicha evolución puede ser analizada tanto desde una perspectiva jurisprudencial como desde una perspectiva legislativa. Ambas coinciden en el diagnóstico y confirman la afirmación anterior.

1.1. La perspectiva jurisprudencial

La primera dimensión toma como punto de partida la jurisprudencia constitucional, y refleja cómo factores de diversa índole han ocasionado el desarrollo de las respuestas ético-jurídicas a la protección de los datos de carácter personal y de las esferas íntima y privada.

De una parte, han influido factores externos o *ad extra*, referidos a las modificaciones sociales, culturales, etc., que inciden en la configuración de los derechos fundamentales, concretamente en el derecho a la intimidad y las vías adicionales de garantía iusfundamental de las esferas íntima y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. El factor decisivo para la nueva orientación hermenéutico-constitucional ha sido la irrupción de las nuevas tecnologías, que ha aumentado la vulnerabilidad de dichas esferas y las posibilidades de lesionar los derechos³⁶. La respuesta jurídica a la realidad expuesta ha tenido lugar, en buena medida, a través de dos nuevos mecanismos de protección jurídica, complementarios del derecho a la intimidad.

En primer lugar, a través de la denominada *libertad informática*, cuya sede constitucional es el artículo 18.4 CE. A partir de su STC 254/1993, de 20 de julio³⁷, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve dos aspectos. De una parte, la incidencia de las nuevas tecnologías informáticas en la vida social y el potencial aumento de los riesgos para la vida privada e íntima. La

³⁶ Cfr., singularmente, SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 4, y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4. Cfr., asimismo, el apartado 1 de la Exposición de Motivos de la LORTAD.

³⁷ Con posterioridad, cfr. SSTC 143/1994, de 9 mayo, FJ 7; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 94/1998, de 4 mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 noviembre, FJ 2; 233/1999, de 13 diciembre, FJ 7; 292/2000, de 30 noviembre, FJ 4; 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 5.

informática ha multiplicado ciertos riesgos ya existentes y generado algunos nuevos. La conexión en red de los datos, y el consiguiente aumento de las posibilidades de conocimiento, difusión y manejo de los datos sin consentimiento o autorización de su titular, son buena muestra de ello. De otra, la necesidad de ampliar la facultad tradicional de defensa del derecho a la intimidad con una facultad positiva o poder de control sobre tal esfera. Mediante la primera, el titular impide la injerencia de terceros, que tienen el deber de abstenerse; mediante la segunda, el titular ejerce un poder activo de control de sus datos.

En segundo lugar, a través del *derecho a la protección de datos personales*, acuñado por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 noviembre. En esta última, el Tribunal Constitucional compara ese nuevo derecho con el derecho a la intimidad. Ambos comparten un mismo objetivo: «ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar»³⁸. Difieren, en cambio, en tres aspectos. En primer lugar, en cuanto a la función: defensiva o de protección en el derecho a la intimidad, mientras que el derecho a la protección de datos personales desempeña una función activa o de disposición³⁹. En segundo lugar, en cuanto al objeto: el derecho a la protección de datos personales extiende su garantía no sólo a la intimidad, sino a la «esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada»; además, su objeto de protección no se reduce a los datos íntimos, sino a todo tipo de dato personal, íntimo, privado o público⁴⁰. Finalmente, en cuanto al contenido: el derecho a la intimidad personal y familiar confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, en tanto que el derecho a la protección de datos personales comprende un conjunto de facultades más amplio, que puede reconducirse a dos: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición⁴¹.

De otra parte, han influido factores internos o *ad intra*, relativos al contenido del derecho a la intimidad y de los restantes mecanismos iusfundamentales de tutela de la esfera privada *per se*. Desde una perspectiva negativa de rechazo de injerencias se ha llegado hasta la actual facultad de control sobre los propios datos, en la que el consentimiento del titular, esto es, su activa y decisiva participación, amplía el contenido del derecho. El desarrollo del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) es paradigmático en este punto: predomina inicialmente la dimensión negativa o de defensa frente a las injerencias externas⁴²; mas la dimensión negativa o de defensa no agota la protección

³⁸ STC 292/2000, de 30 noviembre, FJ 5, párrafo 3.º.

³⁹ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, párrafo 1.º.

⁴⁰ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, párrafos 2.º y 3.º.

⁴¹ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, párrafo 4.º.

⁴² Cfr. STC 73/1982, de 2 diciembre, FJ 5.

dispensada por el derecho a la intimidad, que incorpora paulatinamente una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De acuerdo con la primera, el titular está facultado para impedir las injerencias y los terceros han de abstenerse de cualquier intromisión. De acuerdo con la segunda, el titular dispone de un poder de control, decisivo para el gobierno de su esfera íntima y privada, sin el cual no es posible perfilar adecuadamente la propia persona; es decir, no es posible el libre desarrollo de la personalidad en unas condiciones dignas.

En la evolución interna de los derechos que garantizan la protección jurídica del ámbito íntimo y privado, y de los datos de carácter personal también en el ámbito público, ha de subrayarse la importancia que ha ido cobrando la facultad de autodeterminación informativa, esto es, el poder de disposición y control. Desde la STC 254/1993, de 20 de julio, aún limitada al terreno informático, hasta las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, donde dicha facultad o poder de disposición se extiende a todo tipo de tratamientos, informatizados o no, y a todo tipo de datos personales, atravesando los ámbitos íntimo, privado y —he aquí la novedad— público, el análisis diacrónico de la jurisprudencia constitucional en la última década revela el paulatino protagonismo de dicha facultad: el derecho a ser informado y a saber; el derecho a consentir y a oponerse⁴³.

1.2. La perspectiva legislativa

La evolución legislativa de la protección iusfundamental de los datos de carácter personal en España confirma la perspectiva anterior. En un primer momento, durante la década de los ochenta y la primera mitad de los noventa, predomina la atención a la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en la protección de los datos, que justifica la atención preponderante, y aun exclusiva, al tratamiento automatizado de los datos; el eje iusfundamental de esta etapa es el derecho a la intimidad (1 y 2). Con posterioridad, a partir de 1995, se cobra conciencia de la necesidad de no olvidar los demás tipos de tratamiento de datos, los no automatizados, y se amplía la tutela a todo tipo de tratamiento; además, en cuanto a los derechos fundamentales, pese a la posición especial del derecho a la intimidad, la tutela jurídica se hace extensiva al conjunto de libertades y derechos de los individuos (3 y 4).

1) En 1981 se adopta el Convenio (108) del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero⁴⁴, firmado y

⁴³ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ. 6 y 7.

⁴⁴ En lo que concierne al derecho a la intimidad, en general, habría que destacar en esta etapa la Ley

ratificado por España⁴⁵. Con todo, al ir dirigido a los Estados signatarios, no tiene aplicabilidad directa para los ciudadanos, y precisa de un desarrollo legislativo posterior a nivel interno (art. 4.1)⁴⁶.

2) Dicho desarrollo legislativo, que adopta como fundamento el artículo 18.4 CE, tiene lugar por medio de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), primera Ley española específica en la materia. Esta Ley ha sido completada por vía reglamentaria en los años posteriores, en particular mediante el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que regula el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos —reformado posteriormente por el Real Decreto 156/1996, de 2 de febrero—; el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD; y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal⁴⁷.

3) En 1995 se aprueba la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Con posterioridad se aprueba la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Ambas Directivas, singularmente la primera, imponen una serie de exigencias que amplían la tutela jurídica también a los tratamientos no automatizados (art. 3), encaminadas a fortalecer el conjunto de derechos fundamentales, y no sólo la intimidad (art. 1.1), del titular de los datos —interesado en la terminología de la Directiva—, y que han de ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

4) La transposición de las Directivas mencionadas y la consiguiente adaptación de la legislación española a sus requerimientos no han tenido lugar a través de una modificación o reforma de la LORTAD, sino mediante una nueva Ley que la sustituye: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), que es la Ley actualmente en vigor. A diferencia de su predecesora, la LOPD amplía su objeto, tanto en relación con los datos y los tipos de tratamiento, incluyendo los automatizados y los no automatizados, como con los derechos fundamentales garantizados, abarcando el haz de libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas (art. 1 LOPD). La LOPD se encuentra aún

Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁴⁵ Cfr. Instrumento de ratificación de 27 de enero de 1984 (*BOE* n.º 274, de 15 de noviembre de 1985).

⁴⁶ Cfr., al respecto, STS Sala 3.ª, Sección 8.ª, de 30 de abril de 1990 (Ar. 3360). Cfr., asimismo, el voto particular que formula D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer a la STC 254/1993, de 20 de julio.

⁴⁷ En cuanto al desarrollo de la LORTAD, junto a los Reales Decretos indicados, resulta de interés la consulta de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos.

pendiente de desarrollo reglamentario (Disposición final primera LOPD); en tanto éste no tiene lugar, conservan su vigencia las normas reglamentarias que han desarrollado la LORTAD, en cuanto no se opongan a la LOPD (Disposición transitoria tercera LOPD).

Finalmente, cabe destacar la proclamación solemne del texto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Esta Carta de derechos integra la Parte II de la Constitución europea (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), y reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. II-67) y el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. II-68). Asimismo, ha de señalarse el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales recogido en el artículo I-51 del mencionado Proyecto constitucional, donde también se alude a la necesidad de desarrollo legislativo y a la existencia de una autoridad de control independiente (art. I-51.2)⁴⁸.

2. *Una perspectiva sistemática*

La evolución histórica, jurisprudencial y legislativa pone de manifiesto, de una parte, la extensión de su protección desde el ámbito informático al de los tratamientos no informatizados o automatizados, comprendiendo en la actualidad a ambos. De otra, ante las insuficiencias de los derechos fundamentales tradicionales, o de su comprensión tradicional, para proteger el conjunto de valores y bienes constitucionales amenazados con la irrupción de las nuevas tecnologías, su complemento y enriquecimiento con nuevos derechos. El resultado ha sido la ampliación del acervo iusfundamental para la tutela de las esferas íntima y privada y los datos de carácter personal, que en la actualidad dispone de tres mecanismos: el derecho a la intimidad, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales.

2.1. El derecho a la intimidad

Reflexionando en torno a una eventual violación del artículo 18 CE, afirmaba el Tribunal Constitucional al comienzo de su singladura:

⁴⁸ En el ámbito comunitario merecen destacarse también el Reglamento (CE) 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

«[E]l derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse»⁴⁹.

Blindar ciertos ámbitos de nuestra vida de la curiosidad y las intromisiones no autorizadas de terceros es el propósito del derecho a la intimidad, que se configura como un derecho negativo o de protección frente a dichas injerencias ilegítimas. Esta inicial dimensión negativa no agota la protección dispensada por el derecho a la intimidad, que ha adquirido una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Hoy resulta insuficiente la comprensión de la intimidad como un derecho garantista o defensa frente a intromisiones en la vida íntima y privada; hay que añadir el complemento de una facultad activa de control sobre la información, los datos y todo lo concerniente a esa esfera que afecte a cada sujeto. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional:

«El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 151/1997). El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 CE no garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»⁵⁰.

⁴⁹ STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5.

⁵⁰ Cfr. STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; cfr. asimismo, en sentido semejante, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4.

El análisis de la jurisprudencia constitucional permite ofrecer un perfil aproximado del contenido y alcance del derecho a la intimidad, de acuerdo con las siguientes notas distintivas⁵¹:

- 1) La intimidad es un bien, algo valioso para los seres humanos.
- 2) La intimidad es un derecho constitucionalmente reconocido, que parte de la idea originaria del respeto a la vida privada, personal y familiar⁵².
- 3) El derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18 CE junto al derecho al honor y el derecho a la propia imagen, es un derecho autónomo e independiente de éstos, con su propia sustantividad y un contenido propio y específico⁵³.
- 4) La intimidad merece respeto porque se considera un bien o un valor para los seres humanos preservar su esfera más íntima, y no por los contenidos que en ella se guarden.
- 5) El derecho a la intimidad no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla⁵⁴.
- 6) El núcleo esencial de la intimidad ha de ser determinado en cada sociedad y en cada momento histórico. En sociedades axiológicamente plurales y heterogéneas como la española, tal facultad corresponde a los órganos del Poder Judicial⁵⁵.
- 7) El derecho a la intimidad está ligado al respeto de la dignidad de la persona.
 - a) El derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona⁵⁶.
 - b) Sin la garantía de la intimidad no es posible, ni siquiera concebible, una existencia digna⁵⁷.
- 8) El derecho a la intimidad está estrictamente vinculado a la propia personalidad⁵⁸.
- 9) El objeto de protección del derecho a la intimidad es un ámbito reservado de la vida de los individuos. Dicho ámbito reservado protegido no se restringe al fuero íntimo, sino que se extiende también a la esfera privada, tanto personal como familiar.

⁵¹ Cfr., por todas, SSTC 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8; 115/2000, de 5 mayo, FJ 5.

⁵² Cfr. STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; ATC 642/1986, de 23 de julio, FJ 3.

⁵³ Cfr. SSTC 156/2001, de 2 de julio, FFJJ. 2 y 3; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 14/2002, de 30 de enero, FJ 4.

⁵⁴ Cfr. SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 21/2002, de 20 de mayo, FJ 2.

⁵⁵ Cfr. STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4. Subrayando el carácter cultural de la noción de intimidad corporal, cfr. SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5.

⁵⁶ Cfr. SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; 212/2003, de 30 de junio, FJ 2.

⁵⁷ Cfr. STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.

⁵⁸ Cfr. SSTC 202/1999, FJ 2; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; 212/2003, de 30 de junio, FJ 2.

10) La función del derecho a la intimidad es proteger al titular frente a cualquier invasión en el ámbito reservado en contra de su voluntad⁵⁹.

11) La protección de un ámbito reservado se garantiza frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, y a la injerencia que supone la acción ajena⁶⁰.

12) La protección jurídica de la intimidad se despliega en dos dimensiones:

- a) garantizar el amparo frente a las agresiones que un individuo pueda experimentar en su ámbito íntimo por parte de terceros, tanto particulares como poderes públicos;
- b) atribuir un poder de disposición o control sobre ese ámbito reservado de la vida de un individuo que quiere mantenerse al margen del conocimiento de terceros, sea cual sea su contenido.

13) El atributo o facultad más importante de la intimidad es la facultad de exclusión de los demás del ámbito reservado⁶¹.

14) El derecho a la intimidad es un derecho *erga omnes*: todos, poderes públicos y particulares, han de respetarlo.

15) El criterio rector del acceso, el conocimiento y la utilización de la información personal o familiar garantizada por el derecho a la intimidad es el consentimiento del titular⁶².

16) El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto. Existen razones legítimas para que algo perteneciente a la esfera íntima sea público o conocido por terceros. Los límites por antonomasia son los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁶³.

En suma, el derecho a la intimidad se configura, en lo esencial, como un derecho negativo o de defensa, que persigue amurallar una esfera reservada —íntima y privada— de la vida de las personas. Para conseguirlo las facultades no se limitan a las negativas, sino que paulatinamente se han incorporado poderes de disposición o control manifestados en forma de consentimiento o autorización para el empleo o tratamiento de los datos o informaciones propios de esas esferas protegidas. Con todo, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, ha restringido de nuevo el alcance del derecho a la intimidad, confiriendo el ejercicio de las facultades positivas o de control a otros mecanismos iusfundamentales de tutela de las esferas íntima

⁵⁹ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁶⁰ Cfr. SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁶¹ Cfr. SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁶² Cfr. SSTC 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8.

⁶³ Cfr. SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 abril, FJ 5; 186/2000, de 10 julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; 212/2003, de 30 de junio, FJ 2.

y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales⁶⁴.

2.2. La intimidad «postinformática»: la libertad informática

La irrupción de las nuevas tecnologías ha sido el factor decisivo para una nueva orientación hermenéutico-constitucional del derecho a la intimidad y para incrementar las reflexiones en torno al alcance de tal derecho y a su idoneidad para tutelar bienes y valores personales bajo su ámbito. En el último tercio de este siglo han sido los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos, aumentando las posibilidades de invadir la intimidad y generar consecuencias negativas en los derechos de las personas, los que han propiciado la ampliación del alcance del derecho a la intimidad, ensanchando su contenido. En la coyuntura expuesta la información personal se encuentra en una situación mucho más vulnerable. Los datos personales pueden ser objeto de un uso ilícito y generar indefensión en los ciudadanos: «los riesgos derivados del exceso, de los errores, o del uso incontrolado de información de carácter personal no pueden ser afrontados eficazmente por los particulares afectados a causa de una información insuficiente, pues los ciudadanos se encuentran inermes por la imposibilidad de averiguar qué información sobre sus personas almacenan las distintas Administraciones públicas, premisa indispensable para cualquier reclamación o rectificación posterior»⁶⁵.

Ante tal indefensión, han de arbitrase mecanismos jurídicos adicionales para la protección de los ciudadanos⁶⁶ y ampliar el radio de acción del derecho a la intimidad⁶⁷. Tal situación fue ya advertida por los redactores de nuestra Constitución, mediante la inclusión del artículo 18.4 CE: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Inicialmente, la LORTAD representó el primer desarrollo legislativo del precepto constitucional; en la actualidad, su sustituta LOPD ha continuado con la reglamentación del tratamiento de los datos personales, ampliando el objeto de protección de la norma. El artículo 18.4 CE incorpora una garantía cons-

⁶⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ. 5-7. Pese a lo afirmado, el Tribunal Constitucional ha continuado atribuyendo una dimensión positiva al derecho a la intimidad, en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), orientada a una plena efectividad del derecho fundamental (cfr. STC 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ. 5 y 6; asimismo, el punto 3 *in fine* del voto particular concurrente formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la mencionada sentencia; y, con un alcance más restringido —referido a un libre desarrollo *privado* de la personalidad—, la 4.ª matización del voto particular concurrente formulado por el Magistrado don Manuel Garrido Falla a la misma sentencia).

⁶⁵ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 4.

⁶⁶ Cfr. STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7; AATC 187/2003, de 16 de junio, FJ 5; 212/2003, de 30 de junio, FJ 5. Cfr., asimismo, la Exposición de Motivos de la LORTAD, singularmente el apartado 2.

⁶⁷ STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7, refiriéndose a la STC 254/1993, de 20 de julio. Cfr. también SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 7.

titucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona⁶⁸:

«estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”»⁶⁹.

En otras palabras, el derecho a la intimidad recogido y garantizado en el artículo 18.1 CE ya no basta; es preciso complementarlo con el artículo 18.4 CE, más adecuado para los nuevos riesgos derivados del progreso tecnológico. Se acuña una nueva libertad fundamental, la *libertad informática*, aparecida por vez primera en la jurisprudencia constitucional en la STC 254/1993, de 20 de julio, y cuyo contenido mínimo encierra al menos dos elementos: «Un primer elemento, el más “elemental”, de ese contenido, es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos»⁷⁰. Además, para asegurar la efectividad del derecho, «la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es, así, también, un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)»⁷¹. Tal poder de control comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a la conservación de los datos personales una vez satisfecho o desaparecido el fin legítimo que justificó su obtención, o a la utilización o difusión de esos datos para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención⁷².

Precisando aún más su argumentación y con superior alcance, ha afirmado el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, de 30 de noviembre:

«Sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad,

⁶⁸ Cfr. SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 7.

⁶⁹ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6. También, SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6.

⁷⁰ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

⁷¹ *Ibidem*. Cfr., asimismo, SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2. Un significado más preciso de la expresión *habeas data* lo proporciona Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, «Intimidad y protección de datos personales: del *habeas corpus* al *habeas data*», cit., págs. 40-41.

⁷² Cfr. SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 5; 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 5.

es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporte por sí solo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico.

Ahora bien, con la inclusión del vigente art. 18.4 CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía “como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona”, pero que es también “en sí mismo, un derecho o libertad fundamental” (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6). [...] De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto»⁷³.

En suma, el artículo 18.4 CE consagra tanto una garantía o mecanismo instrumental para la protección de los derechos fundamentales —en especial el honor y la intimidad— como, en sí mismo, un derecho autónomo: «no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que, además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona —a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal— pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios»⁷⁴.

⁷³ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4.

⁷⁴ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5. Cfr. también SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6. El párrafo segundo del apartado 1 de la Exposición de Motivos de la derogada LORTAD pone en relación intimidad y vida privada («privacidad» es la expresión que emplea) y señala el contorno más amplio de esta última. Pero su último inciso no resulta afortunado. De una parte, por la afirmación excesivamente categórica y optimista acerca de la protección suficiente de la intimidad *ex* artículo 18.1 —18.2 y 18.3— CE, incorrecta en el momento de su publicación (1992) e incorrecta en la actualidad, como corrobora la necesidad de apelar a mecanismos iusfundamentales adicionales —el derecho a la protección de datos personales—, más allá incluso de la libertad informática, para garantizar la protección de la esfera íntima. De otra, por cuanto la privacidad ya era objeto de protección por parte del artículo 18.1 CE, que extiende su amparo jurídico tanto a la esfera íntima como, propiamente, a la esfera privada; por tanto, no sólo es el artículo 18.4 CE el precepto constitucional destinado a la garantía de la privacidad. Además, en congruencia con lo afirmado, la privacidad no es únicamente objeto de amenazas informáticas, sino que ha estado amenazada en la era preinformática y sigue estándolo en la actualidad por diversas vías distintas de las tecnologías informáticas. En suma, aun siendo cierto que éstas acentúan los peligros, de ahí no puede deducirse una afirmación como la que clausura el párrafo, que induciría a pensar en la autosuficiencia del artículo 18.1 —y 18.2 y 18.3— CE para tutelar la intimidad y en un hipotético y pacífico estado preinformático donde la esfera privada de las personas permanecía incólume ante cualquier amenaza.

2.3. Un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales

La situación anterior adopta un nuevo perfil a partir de las SSTC 290/2000 y, sobre todo, 292/2000, de 30 de noviembre, con la aparición en sede constitucional del derecho a la protección de datos personales. He aquí el *nomen iuris* de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido aquilatando a lo largo de los últimos años al hilo del artículo 18 CE, en particular sus números 1 y 4, en relación con otros preceptos constitucionales, entre los que destaca el artículo 10.1 CE, donde se consagra la dignidad de la persona, fundamento de aquél, y la facultad de autodeterminación del individuo o «libre desarrollo de la personalidad», en la terminología constitucional⁷⁵.

El derecho a la protección de datos personales es un supuesto de *norma adscrita de derecho fundamental* (*zugeordnete Grundrechtsnorm*); esto es, de una norma no estatuida directamente por el texto constitucional, sino adscrita a las normas iusfundamentales directamente estatuidas por la Constitución⁷⁶. Este derecho fundamental ha sido acuñado por el Tribunal Constitucional, con apoyo expreso en el artículo 18.4 CE⁷⁷, corroborado por el artículo 10.2 CE⁷⁸. A mi entender, una comprensión integral del nuevo derecho exigiría ampliar el sustento constitucional sugerido por el Tribunal Constitucional en un triple sentido: con una remisión a los restantes números del artículo 18 CE, con la referencia a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE y, sobre todo, con la adición del artículo 10.1 CE, donde se proclama el principio de dignidad de la persona y se alude al libre desarrollo de la personalidad. Los argumentos aducidos por el fallo mayoritario del Tribunal Constitucional español en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, justificarían esta propuesta de ampliación⁷⁹.

Respecto de la apelación al artículo 18 CE en su integridad, y no únicamente al número 4, la razón esencial es que el derecho a la protección de datos personales no restringe su objeto o esfera de aplicación a los tratamientos automatizados o derivados del uso de la informática, sino que se aplica a todo tipo de tratamiento, automatizado y no automatizado. Ello resulta,

⁷⁵ Cfr. la propia STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; cfr., asimismo, el voto particular a la STC 290/2000, de 30 de noviembre. Un panorama sobre las respuestas doctrinales en torno a la cuestión, en María Mercedes SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 72-88.

⁷⁶ Cfr. Robert ALEXYS, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996; versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, revisión de Ruth Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 66-72, en particular pág. 70.

⁷⁷ Cfr. SSTC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7; 292/2000, de 30 de noviembre, FEJJ. 4-7 y 9-10.

⁷⁸ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8.

⁷⁹ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FEJJ. 4-8. En rigor, nuestra propuesta de ampliación abarcaría todos los derechos fundamentales y no únicamente los mencionados (cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, párr. 2.º; art. 1 LOPD).

además, congruente con lo dispuesto en la vigente legislación española de protección de datos de carácter personal (art. 1 LOPD).

Dos son los argumentos que justifican la referencia a la igualdad y no discriminación prescritas en el artículo 14 CE: el aumento notable del riesgo de infracción y lesión de tales derechos mediante un uso inadecuado de los datos de carácter personal, y el carácter de contexto básico para el ejercicio de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad del principio de igualdad.

Respecto de la posición de la dignidad de la persona como fundamento del derecho a la protección de datos personales y de la referencia al libre desarrollo de la personalidad, la ampliación de la función, el contenido y el objeto —tanto respecto de los datos como de los derechos protegidos— del derecho a la protección de datos personales en relación con el derecho a la intimidad expresada por el Tribunal Constitucional exige llevar hasta las últimas consecuencias la delimitación del nuevo derecho.

En un sentido semejante al aquí propuesto se manifiesta el voto particular formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere don Rafael de Mendizábal Allende, a la STC 290/2000, de 30 de noviembre. En dicho voto particular se reflexiona sobre la labor de la jurisdicción constitucional en el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales no presentes en el catálogo iusfundamental de la Constitución española. Tras una reflexión iuscomparatista sobre las denominadas cláusulas abiertas, que incorporan al acervo iusfundamental derechos que no figuran en el texto constitucional, se propone el artículo 10.1 CE como eje vertebrador del nuevo derecho, en tanto derecho inherente a la dignidad de la persona, consolidándolo con la referencia a los artículos 18.1 y 20.1, amén del artículo 10.2 CE. La justificación de la elección del artículo 10.1 CE radica en que éste establece como principios constitucionales, directamente vinculantes y «fundamento del orden político y de la paz social», a «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás».

Pero semejanza no es identidad. A pesar de la concordancia con la fundamentación de este voto particular, más sólida que la de la opinión mayoritaria, discrepo en los sustentos constitucionales brindados, según lo expuesto, y en la denominación elegida por el voto particular: «derecho de libertad informática»⁸⁰. Esta denominación se aparta de la plasmada en la fundamentación jurídica del fallo mayoritario de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre: el derecho a la protección de datos personales, y luego recogida en la Constitución europea. Implica, además, un cierto retroceso, pues el propio TC ha acuñado en su jurisprudencia la «libertad informática», con unos perfiles más restringidos que el nuevo derecho⁸¹. Fi-

⁸⁰ En la línea del voto particular, cfr. José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución», *La Ley*, 5230 (2001), págs. 1-5, en concreto pág. 5.

⁸¹ Cfr. *supra*, III.2.2.

nalmente, incurre en el error de limitar su ámbito de protección a los aspectos informáticos; éstos, aun siendo los más frecuentes, no son los únicos; de ahí que tal denominación no enuncie de forma precisa e íntegra el contenido del derecho.

El derecho a la protección de datos personales es, hasta el momento, la culminación de la evolución del tratamiento iusconstitucional de la esfera íntima y privada y los datos de carácter personal. El nuevo derecho presenta numerosas semejanzas y, también, relevantes diferencias o particularidades respecto de sus antecesores, el derecho a la intimidad y la libertad informática. El propio Tribunal Constitucional ha apuntado estos extremos, confrontando el derecho a la protección de datos personales con el derecho a la intimidad. De forma similar, es posible extraer de su jurisprudencia los puntos en común y las divergencias entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad informática.

El nuevo derecho a la protección de datos personales es más amplio que la intimidad y que la libertad informática. Presenta, además, unos perfiles más nítidos, habiendo detallado el Tribunal Constitucional las facultades en que consiste ese poder de disposición o control sobre los datos personales: «el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos»⁸². De forma más pormenorizada y elocuente es descrito este haz de facultades en el fundamento jurídico 7 de la sentencia:

«De todo lo dicho resulta que 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. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el

⁸² STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele»⁸³.

En suma, el derecho a la protección de datos se articula en torno a dos grandes facultades, positivas o de control: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición. O, lo que es lo mismo, *in nuce*, el derecho al consentimiento informado, doctrina aplicada en esta ocasión a la protección de los datos de carácter personal.

2.4. Recapitulación y propuesta iusfundamental

La tutela iusfundamental de la intimidad y de los datos de carácter personal puede garantizarse a través de tres mecanismos: el derecho a la intimidad, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. Cada uno de ellos es deudor de su origen histórico y de su filiación legislativa. Esto es particularmente evidente en el caso de los dos más recientes, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales, en la medida en que este último parece reemplazar y mejorar a aquélla, superponiéndose del mismo modo que la LOPD lo ha hecho con su antecesora, la LORTAD. No cabe hablar, a diferencia de las normas legislativas, de derogación de la libertad informática, aunque sí es presumible cierta *desuetudo* o una reducción de su radio de acción —restringido al ámbito informático, que también es abarcado por el derecho a la protección de datos personales, si bien éste no se limita únicamente a aquél—. El veterano derecho a la intimidad también resulta afectado por el nuevo derecho a la protección de datos personales, si bien conserva su vigencia y operatividad a pesar de las novedosas incorporaciones. En consecuencia, propongo reconducir a dos los derechos fundamentales: el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales.

En la protección jurídica de los datos personales existe un predominio de la dimensión positiva o de control. El énfasis se ha ido trasladando desde la facultad negativa de rechazo de injerencias, con el correspondiente deber de abstención de terceros, identificativa del derecho a la intimidad, al poder de disposición o control sobre los propios datos; de un sujeto paciente a un sujeto agente. La STC 254/1993, de 20 de julio, y la libertad informática han subrayado la importancia de esta dimensión de control, pero no tanto *per se*,

⁸³ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7. Cfr. también STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

a partir del derecho en sí, como frente a las nuevas modalidades de riesgo derivadas de las nuevas tecnologías y la informática. Tras las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, con la incorporación del derecho a la protección de datos personales a los mecanismos de tutela ya existentes, puede afirmarse la preeminencia de la facultad de autodeterminación informativa.

El titular del derecho asume la gestión y el control de sus datos. Por ello, frente al derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos personales incorpora una novedad adicional —presente ya en la libertad informática— en cuanto al alcance de las facultades del titular del derecho fundamental y en las obligaciones de los terceros. Surgen, entonces, derechos y deberes de dos órdenes: 1) Un derecho de control y disposición sobre los propios datos de carácter personal, que se despliega en un haz de facultades o derechos (información, consentimiento, acceso, rectificación, cancelación, etc.), y un deber de respeto de tal derecho, consistente en la obligación universal de abstención u omisión de actuaciones que impidan su ejercicio; esto es, el respeto del *agere licere* en que consiste el derecho. Tal naturaleza *erga omnes* del derecho y del deber negativo de abstención está también presente en el derecho a la intimidad. 2) En cambio, el derecho a la protección de datos personales añade una característica ausente en el derecho a la intimidad, en forma de específicos deberes positivos y no meramente de omisión: algunos terceros (por ejemplo, el responsable del fichero o el encargado del tratamiento)⁸⁴ tienen específicas obligaciones activas frente al titular, referidas a la calidad de los datos: su veracidad, actualidad, pertinencia, exactitud, etc., y a la diligencia en la recogida, el manejo y la conservación de los datos; esto es, la diligencia en su tratamiento. El incumplimiento de tales obligaciones lesiona el derecho a la protección de datos personales, pues priva a su titular de algunas de las facultades que implica el derecho, reconducibles al control sobre sus propios datos. Ya no basta el deber de confidencialidad y la abstención de intromisión; existe además un deber positivo adicional, el deber de calidad.

El derecho a la protección de datos personales rebasa, pues, los límites del derecho a la intimidad. El objeto de protección de éste es un ámbito reservado de la vida de los individuos, una intimidad y una privacidad que siguen siendo protegidas mediante el derecho a la protección de datos personales. Pero el ámbito de protección de este último se amplía, pues el control sobre las informaciones se despliega no sólo respecto de ese ámbito reservado, sino que cobra mayor importancia en el ámbito público, donde la mayor fragilidad de la protección exige un mecanismo de control más intenso y unas facultades más amplias. El derecho de protección de datos personales no atiende tanto a la esfera en la que se ubican o a la que pertenecen los datos o las informaciones del individuo cuanto a que éstos sirvan para identificarlo; es decir, que sean datos de carácter personal. Todos los datos persona-

⁸⁴ Cfr., entre otros, artículos 3.d), 3.g), 9 y 10 LOPD. También, el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio (por ejemplo, arts. 5 y 6), y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio.

les, íntimos, privados y —he aquí la novedad— públicos, merecen la protección jurídica y sobre ellos ejerce el titular su poder de disposición o control. Más allá de cuál sea la esfera —íntima o no— afectada, lo decisivo pasa a ser la posibilidad de utilización de los datos y la finalidad para la cual se recaba su tratamiento⁸⁵.

Las repercusiones del derecho a la protección de datos personales en la tutela jurídica de la información personal son relevantes. Sólo puede ejercerse y protegerse adecuadamente este derecho si el individuo puede ejercer cierto dominio sobre su propia conducta, puede autodeterminarse⁸⁶. El derecho garantiza, pues, las condiciones mínimas interiores —individuales— y exteriores —sociales— para que cada individuo decida, por sí mismo, en qué condiciones procede revelar situaciones referentes a la propia vida⁸⁷. Nuestra facultad de tomar decisiones libres y responsables depende de una adecuada garantía o protección de nuestros datos de carácter personal. Así, el derecho a la protección de datos personales no es sino concreción y condición de posibilidad del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que en este caso se presenta como la facultad general de disposición sobre sus datos personales. Desde él se garantiza y protege «el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad»⁸⁸. Por tanto, junto a la protección frente a intromisiones ilegítimas —presente ya en el derecho a la intimidad— se incluye un haz de facultades que aseguran el control sobre la propia información y el uso que los terceros puedan hacer de ella.

La protección jurídica dispensada por el derecho a la protección de datos personales, como complemento del derecho a la intimidad: 1) extiende su protección no sólo a las esferas íntima y privada, sino también a la esfera o espacio público; 2) amplía asimismo el ámbito iusfundamental tutelado: además del derecho a la intimidad personal y familiar, ampara el libre desarrollo de la personalidad —y la configuración de la identidad—, la igualdad y la no discriminación, junto con los restantes derechos fundamentales; 3) consolida la facultad de control y disposición sobre los propios datos de carácter personal; 4) impone específicos deberes de acción y deberes de diligencia a determinados terceros.

Con todo, como he indicado, el derecho a la intimidad debe ser conser-

⁸⁵ Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983 (BVerfGE 65, 1), que acuña el derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), que ha ejercido notable influencia en nuestro derecho a la protección de datos personales. Traducción de Manuel Daranas, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 33 (1984), págs. 126-170, en concreto pág. 154.

⁸⁶ Cfr. Erhard DENNINGER, «El derecho a la autodeterminación informativa», traducción de Antonio Enrique Pérez Luño, en Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 268-276 y 272.

⁸⁷ Cfr., en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983, pág. 152.

⁸⁸ Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El derecho a la intimidad», en AA.VV., *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 11-61 y 56.

vado, pues atiende y protege dimensiones valiosas que no abarca el derecho a la protección de datos personales. La intimidad no desempeña un papel importante sólo en el ámbito documental, en orden al ejercicio de la autodeterminación informativa, sino también en el ámbito corporal y en otros ámbitos más amplios referidos a la autonomía personal. La garantía de un ámbito de reserva, aislado y protegido frente a injerencias de los demás, es condición indispensable para el desarrollo de la identidad personal. Dicha garantía de la esfera íntima y privada hace posible, también, el desahogo y la liberación emocionales: hay situaciones y relaciones que generan tensiones, angustias, presiones psicológicas que entorpecen o nublan nuestro juicio sobre diversos aspectos; en este sentido, el recogimiento en la intimidad hace posible serenarse, y contemplar y evaluar con mayor detenimiento y perspectiva dichas situaciones. Hace posible, asimismo, meditar y reflexionar sobre los acontecimientos y experiencias, enjuiciarlos y ponerlos en relación con nuestro sistema de valores y nuestro plan de vida. La intimidad ofrece tranquilidad y tiempo para planificar nuestras decisiones, ponderando alternativas, consecuencias y efectos. Nos proporciona, asimismo, un entorno protegido para comunicarnos y compartir con los más allegados o con quien decidamos, y sólo con ellos, nuestras dudas, inquietudes, temores, planes y decisiones. Todos estos factores contribuyen, en última instancia, a definir nuestra identidad y a mejorar nuestros procesos de toma de decisiones, a un mejor ejercicio y desarrollo de nuestra libertad⁸⁹.

En suma, ambos derechos, derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos personales, más allá de su carácter autónomo en tanto mecanismos iusfundamentales, desempeñan una tarea instrumental en aras del libre desarrollo de la persona. La garantía de nuestra intimidad y el control sobre nuestra información resultan indispensables para la configuración de la identidad y la personalidad. De una parte, evitan la discriminación y garantizan la igualdad (art. 14 CE), que constituye el contexto básico para el ejercicio de nuestra facultad de autodeterminación; de otra, posibilitan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

IV. UNA PROPUESTA DE ESTATUTO ÉTICO-JURÍDICO DE LOS DATOS PERSONALES

1. *La necesidad y la insuficiencia de los derechos*

El lenguaje adecuado para la tutela jurídica de los datos personales es el lenguaje de los derechos. No es un lenguaje individualista o excluyente, sino incluyente. Esto es, un lenguaje entre iguales, horizontal; es un lenguaje global y armonizador, tanto *ad extra juris*: traspasa fronteras políticas de los Estados, como *ad intra juris*: traspasa las concretas ramas o sectores del Dere-

⁸⁹ En un sentido semejante, cfr. Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, cit., págs. 32-42.

cho. Presenta, además, una doble dimensión: subjetiva y objetiva o institucional, que vincula tanto a los individuos o particulares como a los poderes públicos e instituciones. Los derechos humanos son criterio inspirador y punto de partida de cualquier respuesta ético-jurídica contemporánea a la protección de los datos personales; no obstante, su único concurso resulta insuficiente. Se precisan también garantías metodológicas e institucionales, un modelo de razonamiento práctico y determinada estructura de poder. En consecuencia, hay que ir más allá de los derechos para articular un estatuto de los datos personales; ello nos remite a los instrumentos jurídicos que habitualmente los contienen: las Constituciones.

La Constitución es un marco de referencia normativo y axiológico que incorpora el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. A la dimensión material que incorporan los derechos fundamentales hay que añadir otras dimensiones. El Estado constitucional de Derecho sería la alternativa sugerida, desplegada en tres rasgos: 1) material o de contenido: reconocimiento y garantía de *derechos fundamentales*; 2) institucional o estructural: una estructura de poder contraria al absolutismo o tiranía, representada por el modelo de *Estado de Derecho*, social y democrático, que incluye procedimientos y mecanismos para garantizar dichos contenidos; 3) metodológica, representada por una forma específica de razonamiento: *razonamiento prudencial y deliberativo*, práctico-moral, y no apodáctico o axiomático; se manifiesta preferentemente en forma de principios —y no de reglas—, estructura habitual de los derechos fundamentales, y exige ponderación en lugar de subsunción.

2. *El marco iusfundamental de referencia*

El derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales son los principales instrumentos de la tutela jurídica de los datos de carácter personal. No obstante, por sí solos no explican la totalidad de respuestas ético-jurídicas a la cuestión, tanto las existentes en la actualidad como la evolución que ha conducido a dicha situación⁹⁰. Por ello, sugiero configurar un marco iusfundamental de referencia constituido por ambos derechos, que representan las especificaciones de la libertad en el ámbito que nos ocupa, y también, en un nivel superior, por la dignidad, como fundamento de todos los derechos; la libertad, o facultad de autodeterminación, como principio agente, y la igualdad, como contexto básico para el ejercicio de los restantes derechos.

⁹⁰ Cfr. *supra*, II y III.

2.1. Dignidad

La dignidad (art. 10.1 CE) tiene un carácter categórico, incondicionado o absoluto. La persona es el presupuesto y el fin del orden moral y del orden jurídico; en atención a su individualidad e irrepetibilidad, la persona es merecedora de consideración y respeto. En la formulación kantiana, tiene dignidad y no precio; no existe nada equivalente a ella⁹¹. En el plano interindividual, tal exigencia remite a la obligación de respeto recíproco, de respetar a todo ser humano, sin excepción, de manera que no puede ser instrumentalizado ni sustituido por nada ni nadie; no es sólo medio u objeto, sino persona, fin en sí mismo⁹².

La dignidad es el fundamento de todos los derechos. Con todo, la noción de dignidad avanzada no basta, por su carácter potencial o constitutivo, que únicamente da lugar a un principio de naturaleza estática. Carece de contenido determinado, y más bien instituye una obligación universal de respeto incondicionado. Por tanto, la dignidad requiere complemento y concreción, en particular a través de los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico.

2.2. Libertad

Como consecuencia de lo expuesto surge la libertad, principio agente del estatuto ético-jurídico de los datos personales. Cada ser humano es el protagonista de su propia vida y, en cierto modo, configurador de su modo de ser. La libertad es el hilo conductor de nuestra trayectoria vital, pues a través de su ejercicio cada uno de nosotros configura su personalidad e identidad mediante la elección y la acción. En otras palabras, la persona se hace cargo de su vida, asumiendo su facultad de autodeterminación. Y lo hace de manera indiscutible, pues no puede no hacerlo, ya que está abocada a erigir y perfilar su vida personal. El valor de la libertad deriva de la capacidad que protege, que no es otra que la capacidad para expresar el carácter personal en la propia vida; o, en los términos constitucionales, para «el libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE).

En el ámbito interindividual, el reconocimiento y el respeto de la dignidad de los demás exigen que la libertad vaya acompañada de una característica adicional, la responsabilidad, sin cuyo complemento la libertad se destruye. La responsabilidad representa el vínculo y el compromiso del sujeto con sus decisiones y acciones. Por consiguiente, libertad significa, en primer lu-

⁹¹ Cfr. Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1797), edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996, Ak. 434.

⁹² Cfr. *ibid.*, Ak. 429, y, asimismo, la primera formulación del imperativo categórico, que sirve de complemento a la citada segunda formulación, finalista, del imperativo: *ibid.*, Ak. 421. Las referencias kantianas, óptimas por su elocuencia, no implican que asuma su noción de dignidad, cuya dependencia de la noción de autonomía plantea ciertas dificultades.

gar, autodeterminación libre, esto es, la facultad de elección y decisión sobre nuestras acciones y los medios para llevarlas a cabo. En segundo lugar, autodeterminación responsable, es decir, ser consecuentes y hacerse cargo o responder de lo causado, de las acciones libremente escogidas.

A través de nuestras acciones y decisiones, libres y responsables, configuramos nuestra personalidad e identidad. No obstante, resulta difícil alcanzar este objetivo con el único concurso de la libertad; es preciso, entonces, completar el marco con la igualdad.

2.3. Igualdad y no discriminación

También como afirmación y despliegue de la dignidad cabe proclamar la igualdad de todas las personas (arts. 14 y 9.º.2 CE), que representa el contexto que requiere la libertad para actuar, haciendo posible el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos mediante la provisión de las condiciones mínimas indispensables. La igualdad se apoya en la más elemental exigencia de justicia: tratar del mismo modo lo igual y de modo distinto lo desigual. Igualdad equivale a equiparación del tratamiento jurídico; implica, por tanto, el reconocimiento y el respeto de la diferencia. En atención a la disparidad de capacidades de las personas, una respuesta jurídica adecuada requiere reconocer y remediar, de forma justificada y razonable, las desigualdades o desemejanzas. Constituye un deber de justicia compensar ciertos desequilibrios que impiden el desarrollo personal y restablecer la simetría propia de la justicia y el Derecho. La igualdad es aquí la expresión normativa de una exigencia: la desaparición de discriminaciones injustas o arbitrarias.

De acuerdo con lo anterior, la conquista de la igualdad real reclama, inicialmente, reconocimiento y respeto de todos en cuanto iguales y de cada uno como diferente. En segundo lugar, la sensibilidad jurídica ante la diversidad de situaciones y la desigualdad de trato conduce a una toma de posición activa encaminada a la equiparación e integración. El objetivo es eliminar las desigualdades en el punto de partida. Si la formación de la personalidad y de la identidad tiene un carácter abierto y dialéctico, y las posibilidades de cada uno determinan el horizonte de vida personal, ha de propiciarse una mínima igualdad de oportunidades o posibilidades para elegir y llevar a cabo libremente la configuración de la personalidad e identidad.

2.4. Derecho a la intimidad

La evolución histórica nos enseña el paso de la intimidad como privilegio a la intimidad como derecho. El derecho a la intimidad es la primera especificación de la libertad en el ámbito de los datos personales, no sólo como protección de las informaciones de carácter íntimo o privado, sino también como garantía de disposición de dichos ámbitos para desarrollar la propia

vida en ellos y, en particular, para conducir los procesos de elección y toma de decisiones⁹³.

2.5. Derecho a la protección de datos personales

El derecho a la protección de datos personales es, asimismo, especificación de la libertad, concebida aquí en un sentido más positivo y activo, como autodeterminación informativa, que constituye el paradigma del giro autonomista del régimen jurídico de tutela de los datos de carácter personal. Este giro autonomista coincide con el nuevo paradigma ético, jurídico y político, el Estado constitucional de Derecho. En relación con los datos personales, consiste en que cada uno puede y debe decidir cómo quiere identificarse y ser identificado, buscando el equilibrio entre la dimensión individual y la dimensión social o intersubjetiva de la identidad y de los datos personales⁹⁴.

3. *Un catálogo de principios*

En busca del carácter sistemático ausente en la normativa de protección de datos, y a partir de los parámetros iusfundamentales de tutela de la información de carácter personal, expondré el marco de un posible estatuto ético-jurídico de los datos personales, articulado en torno a cinco principios, cuatro de carácter material y uno de carácter metodológico o procedimental: 1) el principio de consentimiento; 2) el principio de finalidad; 3) el principio de confidencialidad; 4) el principio de calidad; y 5) el principio de proporcionalidad o razonabilidad.

3.1. El principio de consentimiento

El consentimiento es el principio activo y punto de partida del tratamiento de los datos personales, y constituye además la regla general: no es posible el acceso o el tratamiento de los datos de carácter personal sin el consentimiento de su titular. El consentimiento es el corolario del haz de facultades derivadas del nuevo derecho a la protección de datos personales: únicamente con la autorización de su titular, para la cual requiere información previa, precisa, suficiente e inequívoca, es lícito el acceso, conocimiento y tratamiento de los datos.

Consentimiento del titular. El tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco (art. 6.1 LOPD) prestado por el

⁹³ Cfr. *supra*, III.1.1, III.2.1 y III.2.4.

⁹⁴ Cfr. *supra*, II, III.1.1, III.2.3 y III.2.4.

titular de la información, denominado interesado o afectado [art. 3.e) LOPD]. Con mayor detalle se enumeran los requisitos de un consentimiento válido en el artículo 3.h) LOPD, donde se establece que ha de entenderse por tal la «manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen»⁹⁵.

Consentimiento informado. La formación de la voluntad en orden a la prestación del consentimiento respecto de los datos personales requiere una información adecuada; en concreto, información expresa, precisa e inequívoca (art. 5 LOPD, donde se detallan los aspectos mínimos de los que ha de ser informado el interesado). La información habrá de ser, pues, suficiente —no necesariamente completa ni exhaustiva— y ajustada a las circunstancias del caso. La determinación de estos caracteres ha de realizarse atendiendo a la finalidad determinada, explícita y legítima para la que se pretenden obtener los datos; esto es, a la luz del principio de finalidad (art. 4.1 LOPD). El desconocimiento, entre otros aspectos, del destino o finalidad de la recogida y/o tratamiento de los datos impide considerar adecuada la información recibida y, en consecuencia, también el consentimiento prestado. Tal desconocimiento daría lugar a un vicio del consentimiento, a saber, error sustancial, con la consiguiente ausencia del requisito de libertad exigido para la validez del consentimiento [art. 3.h) LOPD]⁹⁶.

Consentimiento previo, esto es, emitido con antelación a la recogida o al tratamiento de datos solicitados.

Consentimiento expreso. Es preferible el consentimiento expreso, es decir, manifestado mediante un acto positivo o declarativo de voluntad. No debería resultar válido el consentimiento tácito (cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo; esto es, cuando el silencio se presume como un acto de aquiescencia o aceptación) ni el consentimiento presunto (cuando no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación)⁹⁷.

⁹⁵ Ejemplo de ello es la reciente STC 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 5, sobre la existencia de una base de datos informática de «absentismo con baja médica» en la que constaban datos de carácter personal de trabajadores incluidos sin consentimiento de éstos. La sentencia que ahora referimos, relacionada con la STC 202/1999, de 8 de noviembre, afirma que el demandante —uno de los trabajadores afectados— es el «único titular autorizado para disponer a su voluntad acerca del acceso y comunicación a terceros de sus datos personales de carácter médico».

⁹⁶ Cfr. el artículo 11.3 LOPD, según el cual la nulidad del consentimiento para la comunicación de los datos sobreviene «cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar». Esto es, los defectos de información en torno a la finalidad o a la actividad del destinatario de la comunicación provocan la nulidad del consentimiento.

⁹⁷ Cfr. esta distinción en Agencia de Protección de Datos, *Memoria 1994*, Madrid, Agencia de Protección de Datos, 1995, págs. 86-87. Una resolución favorable al consentimiento expreso, en relación con datos de salud, es la mencionada STC 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 5 *in fine*, que declara lesionado el «derecho a la intimidad y a la libertad informática del recurrente (art. 18.1 y 4 CE), [...] precisamente porque el Banco llevó a cabo el tratamiento y conservación en el soporte informático de los datos atinentes a la salud del trabajador prescindiendo del consentimiento expreso de éste».

Consentimiento oral o escrito. En nuestra legislación, el tratamiento de unos pocos datos (los que revelen la ideología, la afiliación sindical, la religión y las creencias) requiere necesariamente consentimiento escrito (art. 7.2 LOPD); a ellos añadiría los datos genéticos, en atención a sus rasgos singulares y a los potenciales riesgos de un uso inadecuado de dicha información, para reforzar las garantías en relación a su conocimiento y tratamiento⁹⁸. En general, cabe admitir el consentimiento oral y el consentimiento escrito para el tratamiento de los datos de carácter personal, si bien ello exige reforzar el requisito anterior, el carácter expreso, so pena de rebajar la condición de regla general del consentimiento.

Consentimiento revocable. El consentimiento para el tratamiento de los datos personales puede ser revocado con causa justificada y sin efectos retroactivos (art. 6.3 LOPD); también puede ser revocado el consentimiento para la comunicación o cesión de tales datos, en este caso sin exigencia expresa de justificación (art. 11.4 LOPD). A mi juicio, la exigencia de causa justificada para la revocación implica, con carácter general, una limitación excesiva e injustificada de la facultad de consentir, que lesiona el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, desfigurando su principal facultad; y más aún al haber descartado que la revocación genere efectos retroactivos⁹⁹. (Ello no implica afirmar la primacía absoluta del principio de consentimiento. La consideración y aplicación armónica de todos los principios, en particular de los principios de finalidad y proporcionalidad, permite determinar la existencia de limitaciones justificadas a la regla general del consentimiento, pero preservando su posición central en el estatuto ético-jurídico de los datos personales.)

En suma, la recogida y el tratamiento de los datos personales deben ser autorizados mediante el consentimiento libre, previo, expreso, inequívoco, específico e informado de su titular. La trascendencia de la facultad activa de disposición o control que vertebra el derecho fundamental a la protección de datos personales refuerza la opción por el principio de consentimiento como eje del estatuto jurídico de los datos personales. El titular de la información, además del principio de consentimiento, dispone de un haz de derechos para ejercer el control sobre sus propios datos: derechos de acceso (art. 15 LOPD; arts. 12-14 RD 1332/1994, de 20 de junio; normas 1.^a y 2.^a de la Instrucción 1/1998), rectificación (arts. 4.4 y 16 LOPD; art. 15 RD 1334/1994, de 20 de junio; normas 1.^a y 3.^a de la Instrucción 1/1998), cancelación (arts. 4.4 y 16 LOPD; art. 15 RD 1334/1994, de 20 de junio; normas 1.^a y 3.^a de

⁹⁸ Cfr. José Antonio SEOANE, «De la intimidad genética a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 17 (2002), págs. 135-175 y 158.

⁹⁹ Cfr., en sentido semejante, Álvaro SÁNCHEZ BRAVO, «La Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal: diez consideraciones en torno a su contenido», *Revista de Estudios Políticos*, 111 (2001), págs. 208-209.

la Instrucción 1/1998), oposición (arts. 6.4 y 17 LOPD), impugnación (art. 13 LOPD), consulta (art. 14 LOPD). La normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal incluye también previsiones procedimentales en relación con el ejercicio y la tutela de los derechos mencionados (arts. 17 y 18 LOPD; art. 17 RD 1332/1994, de 20 de junio), reconociendo además expresamente un derecho a indemnización en caso de lesión de sus bienes o derechos (art. 19 LOPD).

3.2. El principio de finalidad

El principio de consentimiento precisa de un complemento que module su actuación: el *principio de finalidad*, mediante el cual se hallan respuestas a una pregunta decisiva: para qué. Nuestra Ley de protección de datos también se refiere a él (art. 4 LOPD), si bien con la expresión «calidad de los datos», que no enuncia de forma íntegra su significado y su alcance. Este principio es, además, el criterio material que hace posible y justifica las necesarias excepciones a la regla general del consentimiento y del deber de confidencialidad, y su adecuado funcionamiento es capital en el estatuto jurídico de los datos personales, pues un régimen excepcional amplio e impreciso pervierte la primacía del principio de consentimiento, convirtiéndolo casi en excepción.

Para evitar arbitrariedades o tratamientos de la información que prescindan injustificadamente del consentimiento del titular o que vulneren otros principios sería recomendable reforzar la regla general del consentimiento. Con todo, en determinadas condiciones, y siempre en razón de la defensa de bienes o valores colectivos o individuales perseguidos a través del conocimiento o tratamiento de los datos personales, es posible y lícito prescindir del consentimiento del titular. Con carácter general, estimo que únicamente se debería prescindir de la regla del consentimiento del titular de los datos personales en presencia de dos condiciones: 1) una condición material, categórica e inexcusable: finalidad determinada, explícita y legítima (y única); 2) una condición formal: previsión legislativa expresa o, en su defecto, autorización judicial —no administrativa—. Más allá del juicio material o sustantivo, cualquier finalidad nueva o distinta ha de cumplir un requisito formal: estar establecida en una disposición de rango legal. En cualquier caso, la flexibilidad del principio de finalidad, con el concurso del principio de proporcionalidad o razonabilidad, permitiría justificar por vía judicial (no administrativa) nuevas situaciones excepcionales no previstas expresamente por el legislador, con carácter previo a su incorporación al cuerpo legal¹⁰⁰.

¹⁰⁰ En otro orden de consideraciones, sería recomendable mayor precisión y uniformidad en la determinación de las excepciones presentes en la legislación de protección de datos (por ejemplo, «interés general», «interés vital», «seguridad pública», «salud pública»). Tales finalidades, que pueden ser lícitas *prima facie*, dejarían de serlo si se considerasen injustificadas o desproporcionadas.

A la luz de lo indicado ha de rechazarse la opción de nuestra legislación de protección de datos (art. 4.2 LOPD) que, haciéndose eco del artículo 6.1.b) de la Directiva 95/46/CE, admitiría el tratamiento de los datos personales para *finalidades compatibles* con aquellas para las que hubieran sido recogidos (antes hablaba de «finalidades distintas»: art. 4.2 LORTAD). La propia LOPD precisa, en el último inciso de su artículo 4.2, que no se considerará incompatible el tratamiento posterior de los datos «con fines históricos, estadísticos o científicos».

La compatibilidad de la finalidad resulta contradictoria con la exigencia de determinación, explicitud y legitimidad de la finalidad (determinada es lo mismo que definida, precisa, señalada con precisión; y explícita quiere decir que expresa clara y determinadamente una cosa; la finalidad a la que se alude ha de ser una finalidad única). Además, contradice la regla general del consentimiento, en la medida en que no es válido el consentimiento genérico o general, que sería el empleado en los supuestos de compatibilidad. Implicaría negar en la práctica tal principio del consentimiento, pues el tratamiento se realizaría sin autorización o consentimiento del interesado, siguiendo exclusivamente el juicio de un tercero acerca de la compatibilidad de la nueva finalidad¹⁰¹.

En suma, si hemos de tomarnos la tutela iusfundamental de los datos personales en serio, no cabe admitir el criterio de la compatibilidad de la finalidad. Siempre que exista una finalidad adicional o nueva, incluso en los tres supuestos previstos en el artículo 4.2 *in fine* LOPD, hay que informar y, en su caso, exigir un nuevo consentimiento. Lo contrario equivale a anular en la práctica el principio de consentimiento, que pasaría a desempeñar un papel subsidiario en lugar de actuar como regla general y principio rector del estatuto jurídico de los datos personales.

3.3. El principio de confidencialidad

Los datos personales están amparados por dos derechos fundamentales: la intimidad y la protección de datos personales. A partir de ellos, y en atención a su contenido y atributos esenciales, surgen deberes u obligaciones en relación con tales datos, que se configuran al mismo tiempo como derechos de su titular. Una primera obligación —y un primer derecho—, *erga omnes*, es la confidencialidad. La segunda, más novedosa y fundamentada en el nuevo derecho a la protección de datos personales, se refiere a la calidad de los datos, siendo su alcance subjetivo más restringido. Ambas representan los dos nuevos pilares de la protección de los datos personales: el principio de confidencialidad y el principio de calidad.

La confidencialidad se refiere a la información, a los datos, mientras que

¹⁰¹ Un sentido semejante parece ser el del FJ 13, párrafo 3.º, de la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

la calidad se refiere tanto a la información como a la documentación, esto es, tanto a los contenidos como a la forma o modo de tratar dichos contenidos informativos. Así entendido, en esta sede estaría incluido el principio de seguridad (cfr. art. 9 LOPD y RD 994/1999, de 11 de junio), que actúa como especificación y garantía de los dos principios indicados. A mi juicio, por tanto, no sería necesario concebirlo como un principio autónomo o independiente.

El principio de confidencialidad es corolario de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales, así como consecuencia directa del respeto a los principios de dignidad, igualdad y no discriminación y libertad: toda persona que acceda, conozca o trate la información de un tercero está obligada a mantener la confidencialidad. Transmitir, ceder o permitir el acceso a los datos de carácter personal de un tercero sin su autorización implica la ruptura de la confidencialidad y la vulneración de la regla general del consentimiento. Su difusión incontrolada atentaría contra los dos mecanismos iusfundamentales: de una parte, reduciría nuestra facultad de autodeterminación o control sobre nuestra información, lesionando el derecho a la protección de datos personales; de otra, siendo la transparencia la característica propia de lo público, no resultaría compatible con la garantía de una esfera reservada, opaca en cuanto a lo íntimo y semitransparente o con transparencia relativa respecto de lo privado, para determinados asuntos o momentos de nuestra vida, tutelada mediante el derecho a la intimidad.

El deber de confidencialidad, o deber de secreto (art. 10 LOPD), es exigible a cualquier persona que tenga acceso o conocimiento de la información de carácter personal: el deber de secreto va aparejado y acompaña al dato. Además, no se extingue tras la finalización de la actuación o tratamiento que motivó su conocimiento, sino que permanece en el tiempo.

3.4. El principio de calidad

El régimen iusfundamental de tutela de los datos personales determina que el principio de consentimiento no pueda satisfacerse plenamente sin el principio de calidad de los datos: el consentimiento se refiere a las facultades de disposición del titular de la información; la calidad, a las obligaciones de determinadas personas que entran en contacto con dicha información personal para su adquisición o tratamiento.

A diferencia del principio de confidencialidad, sustentado tanto en el derecho a la intimidad como en el derecho a la protección de datos personales, el principio de calidad halla su fundamento únicamente en el último de los derechos fundamentales mencionado. Una de las novedades que éste incorpora es la exigencia de obligaciones o deberes positivos o de acción para determinados terceros. Ya no basta el mantenimiento y respeto de la confidencialidad, mediante la mera abstención u omisión, sino que algunas personas

tienen obligaciones de acción determinadas en relación con las diversas modalidades de tratamiento de los datos de carácter personal.

La recogida y adquisición de los datos personales ha de realizarse de forma lícita y leal (art. 4.7 LOPD), y únicamente para finalidades determinadas, explícitas y legítimas (art. 4.1 LOPD). Ello implica el cumplimiento de los restantes principios, singularmente los mencionados principios de consentimiento y finalidad. Con mayor amplitud, por cuanto abarca cualquier modalidad de tratamiento —recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo, cancelación, etc.—, el principio de calidad se plasma en la exigencia de una serie de características que han de presentar los datos personales en todo momento y lugar: han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos, completos, exactos, veraces y actualizados (art. 4.1, 3 y 4 LOPD).

La obligación de que los datos personales presenten estas características no es universal o *erga omnes*, como la derivada del principio de confidencialidad, sino que corresponde a sujetos determinados, singularmente a los denominados responsables del fichero o tratamiento [art. 3.d) LOPD] y encargados del tratamiento [art. 3.g) LOPD]. La «mala calidad» de los datos obliga, de oficio, a dichos terceros a su cancelación y sustitución por datos que corrijan el carácter erróneo, engañoso, incompleto o inadecuado de la situación (art. 4.4 LOPD). Además, el titular de los datos, en cuanto afectado, y como manifestación de su derecho a la protección de datos personales, puede solicitar la sustitución y cancelación mediante el ejercicio de los derechos de cancelación y rectificación (art. 16 LOPD; art. 15 RD 1334/1994, de 20 de junio; normas 1.^a y 3.^a de la Instrucción 1/1998 de la APD).

El juicio de estas características se hace a la luz del principio de finalidad y del principio de proporcionalidad o razonabilidad. Es la conexión entre ambos principios la que justifica que la falta de relación de los datos personales con la finalidad perseguida, bien por haberse logrado, bien por haber desaparecido o por cualquier otra razón, exija su cancelación y no permita su conservación. Dicho imperativo confirma, una vez más, lo afirmado respecto de los principios de consentimiento y finalidad, exigiendo un consentimiento expreso y específico para cada finalidad y rechazando el consentimiento genérico para finalidades supuestamente compatibles.

3.5. El principio de proporcionalidad o razonabilidad

La estructura principialista de las normas constitucionales, entre ellas las normas de derecho fundamental, ha mostrado la necesidad de un tipo específico de razonamiento jurídico, exigiendo el abandono de la racionalidad lógico-formal, inadecuada para responder a las exigencias de la realidad jurídica, y su sustitución por una racionalidad jurídico-práctica, prudencial. Con carácter general, la pertinencia y la licitud de la recogida, el tratamiento o el acceso de los datos personales por parte de terceros pueden evaluarse a

través de un principio procedimental o metodológico: el principio de proporcionalidad o razonabilidad¹⁰².

El principio de proporcionalidad o razonabilidad actúa como guía metodológica del ejercicio de los principios anteriores, preservando su equilibrio. Así, la determinación del contenido del derecho a la protección de datos personales y del derecho a la intimidad no es una tarea apodíctica, sino prudencial, que requiere un diálogo o vaivén regular entre los hechos del caso y las normas involucradas, y que está expuesta a la aparición de otras circunstancias relevantes que lo modifiquen y ajusten a la nueva realidad; ha de concretarse *ad casum*. Así se explican y justifican las excepciones a la regla general del consentimiento. Así se explican, también, las modificaciones que ha experimentado la tutela de la intimidad y los datos de carácter personal a lo largo de su singladura constitucional y la inevitabilidad y el beneficio de que esto haya sucedido.

V. CONCLUSIÓN. UNA CULTURA DE LA CONFIDENCIALIDAD Y LA CALIDAD

Los rasgos contemporáneos de nuestras sociedades nos abocan a una respuesta acerca de las relaciones entre la Ética, el Derecho y los datos personales. En los apartados anteriores he intentado dar cuenta de las razones y el desarrollo de dicha respuesta. Resta ahora concluir, y un lema puede servir para responder al interrogante inicial y sintetizar mi propuesta: una cultura de la confidencialidad y la calidad.

La confidencialidad y la calidad son los objetivos a garantizar en el tratamiento de los datos personales¹⁰³. Si así lo hacemos, estamos garantizando la confianza del titular de los datos y, sobre todo, reconociendo y respetando su autonomía y sus derechos. Existe una relación indisoluble entre la confidencialidad y la calidad, la confianza y el respeto. La quiebra de alguno de estos elementos influye en la quiebra o erosión de los demás. Desde la perspectiva del titular de los datos personales, la infracción de los deberes de confidencialidad y/o calidad en el tratamiento o tutela de sus datos conduce a la pérdida de confianza en el infractor, y conduce, en última instancia, a la negación de su derecho a la intimidad y, sobre todo, de su derecho a la protección de datos personales: equivale a lesionar su facultad de autodeterminación informativa y a negarle el respeto que merece. De otra parte, desde la perspectiva de quien se ocupa del tratamiento de los datos, cumplir los obje-

¹⁰² Cfr., por todos, Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004; *La ragionevolezza nel diritto*, Massimo LA TORRE, Antonio SPADARO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002.

¹⁰³ Cfr. *supra*, IV.3.3 y IV.3.4.

tivos indicados de confidencialidad y calidad, además de reforzar la confianza y el respeto del titular de los datos, conduce a incrementar la calidad —en un sentido más amplio— y a una forma de excelencia del ejercicio profesional, ya que éste no se limita a ocuparse de los datos o informaciones personales, sino también a preocuparse por los derechos y por las personas a quienes identifican.

Así planteadas, la confidencialidad y la calidad son, ante todo, deberes cívicos, exigibles a todos en cuanto ciudadanos. Luego, además, en ciertos casos o para ciertas personas son deberes reforzados, deberes profesionales¹⁰⁴. En consecuencia, es responsabilidad nuestra, como ciudadanos y como profesionales, garantizar el respeto de la confidencialidad y la calidad; y no sólo porque sea un deber, sino también como reconocimiento y respeto de los derechos del titular de tales datos. El propósito es impregnar esta área de una cultura de la confidencialidad y la calidad, de un *éthos* o modo ético de comportarse individual, profesional y socialmente que no sea resultado de la imposición, sino del convencimiento de que el lenguaje constitucional de los derechos y la responsabilidad es el mejor camino para ello¹⁰⁵.

¹⁰⁴ El carácter reforzado de los deberes para los profesionales puede derivarse de las notas distintivas de ciertas profesiones. No obstante, la razón principal del carácter reforzado del deber de confidencialidad y calidad es el carácter unidireccional del flujo de información, ya que únicamente una de las partes de la relación (el titular de los datos personales) proporciona información a la otra (responsable o encargado del tratamiento, por ejemplo), a diferencia del flujo bidireccional o recíproco propio de otro tipo de relaciones. En un sentido semejante, cfr. Sissela BOK, *Secrets...*, cit., págs. 80 ss.

¹⁰⁵ En este contexto, los códigos de conducta o códigos tipo (cfr. art. 32 LOPD) representan una herramienta normativa adecuada para canalizar algunas demandas éticas y completar las exigencias jurídicas. Asimismo, en el plano institucional, la labor de la Agencia Española de Protección de Datos [título VI (arts. 35-42) LOPD; RD 428/1993, de 26 de marzo] como autoridad independiente representa posiblemente la mejor garantía de la implantación de esta cultura de la confidencialidad y calidad y de su lenguaje de los derechos y la responsabilidad.