

PRIVACY, RISERVATEZZA, INTIMIDAD Y AUTODETERMINACION **INFORMATIVA: EL CAMINO HACIA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA** **PROTECCION DE DATOS**

1. Los Datos Personales en el Estado Democrático

En la actualidad, los sistemas informáticos son hábiles para el tratamiento automatizado de la información, tanto textual como de imágenes y sonido, en volúmenes que hasta hace muy poco tiempo no parecían posibles. Esto ha permitido la creación de grandes ficheros estructurados en que se almacenan dichos documentos, los que son susceptibles de ser relacionados y consultados fácilmente a través de procedimientos específicos y, por supuesto, es la lógica que está detrás de las bases de datos personales.

Pues bien, estos fondos documentales perfectamente pueden crearse para almacenar datos referidos a la persona y emplearse para detectar ciertos perfiles, a fin de tomar una determinada posición frente ésta, lo que resulta altamente peligroso por cuanto puede acarrear, como lo demuestra la experiencia histórica, discriminaciones arbitrarias respecto del titular de la información. Baste señalar como brutal ejemplo de lo anterior las tabulaciones de datos que se hicieron en la Alemania nazi, gracias a la tecnología que les proporcionaba IBM, respecto de las familias judías, su composición, relaciones parentales y, más importante aún, sus direcciones particulares.

Sin embargo, hoy en día las necesidades de información acerca de las personas recorren prácticamente todos los sectores de la sociedad, y ya se reconoce que la libre circulación de los datos personales es un imperativo no sólo para el desarrollo de la nueva economía, sino además para el funcionamiento del sistema democrático, lo que no debe hacernos olvidar los peligros que ello conlleva, sobre todo si consideramos las regresiones democráticas de los últimos años y el auge del poder de observación de las corporaciones privadas, de lo que se deriva en que la información personal sea un bien muy codiciado por estos entes, sobre todo en lo que dice relación con compañías de seguros, empresas de colocaciones, empleadores en general y, desde luego, del principal tenedor de datos del país: el Estado.

Especialmente preclaro ha sido al respecto Reg WHITAKER, quién ha dicho:

Los augurios respecto del control gubernamental de las bases de datos se hacen aún más sombríos con el desarrollo cada vez más importante de conexiones mediante interfaz con el sector privado, lo que conlleva diversas transferencias de datos. Ericsson y Haggerty, por ejemplo, concluyen, tras su investigación sobre la institución policial, que la cantidad de información que entra en sus bases de

datos, así como la velocidad de acceso a las mismas, han transformado su naturaleza: de ser uno de los servicios más reservados del gobierno ha pasado a convertirse, gracias a las nuevas tecnologías, en un servicio de información para instituciones como las compañías de seguros, las mutuas de salud u otros servicios de asistencia social. **El interés común que comparten tanto la policía como estas organizaciones privadas consiste en la eliminación del riesgo.**¹

En la Sociedad de la Información uno de los temas fundamentales ha sido la implementación de sistemas de identificación, como es el caso de los controvertidos números únicos de identificación personal y otro, más controvertido aún e incluso repudiado en el mundo nórdico, son los sistemas biométricos, no obstante su promoción como “sistemas infalibles de identificación”, desde el punto de vista de la técnica.

El tema es de suyo complejo sobre todo si consideramos que la llamada eficiencia administrativa y las exigencias del Estado Democrático de Derecho nos llaman a perfeccionar estos sistemas de individualización, pues aunque se conciba al aparato público como un entramado de recursos materiales y humanos al servicio de la persona humana, no es legítimo que se llegue a establecer un sistema que en definitiva comprometa en su esencia al derecho a la autodeterminación.

Esta afirmación es consecuente con lo que dispone la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en sus artículos 29 y 30:

Artículo 29

1.- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2.- En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará **solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.**²

3.- Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos

¹ Reg WHITAKER, *El Fin de la Privacidad*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1999. Pág. 159; lo destacado es nuestro.

² Lo destacado es nuestro.

tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

Así, la premisa que tendremos presente en este desarrollo teórico es que en nuestros días el derecho a la protección de los datos personales se presenta como un elemento esencial para el libre desarrollo de la personalidad en las sociedades democráticas.

2. Los primeros pasos: la *Privacy* norteamericana

El derecho a la protección de datos personales ha recorrido un largo camino hasta adquirir la forma que hoy conocemos, siendo una de las primeras fórmulas jurídicas para protegerse de los embates de la informática el buscar refugio en la antigua institución de Derecho norteamericano conocida como *privacy*, cuyos orígenes se remontan a la formulación que hicieron de ella Louis Dembitz BRANDEIS y Samuel Dennis WARREN, la cual elaboraron a partir de precedentes jurisprudenciales y publicaron como “The Right of Privacy”³; esto es, un derecho concebido como “the right to be let alone”, el “derecho a ser dejado solo”, a no ser molestado, lo que lleva aparejado como consecuencia la negación de la posibilidad de controlar la información que pertenece a la persona por el hecho de emanar o referirse a ella. Su tesis⁴ obedece a una construcción *ius privatista* de las garantías personales, que desarrolló su argumentación a partir del derecho de propiedad (*property*), específicamente de un atributo de los derechos de autor (*copyright*) como es el derecho moral al inédito, esto es a no publicar sus obras o, en este caso, actuaciones.

Pero, aunque la *privacy* es la fórmula que satisfizo al Derecho norteamericano para enfrentar la capacidad invasiva de las tecnologías, la realidad es que es un concepto que en origen no tiene relación alguna con la informática, si no que fue ideado en el siglo XIX como un escudo o límite a la intromisión de los periódicos y la prensa en general en la vida de las personas⁵.

Como consecuencia de este elemento omnipresente en su elaboración doctrinaria, “the right to be let alone”, es decir el derecho a ser dejado solo, es por antonomasia un derecho negativo, individualista, manifestación del derecho de propiedad, lo que deriva en que, por ejemplo, se haya concebido la reparación pecuniaria como mecanismo de indemnización.

³ Esta obra fue publicada originalmente en la *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890, y traducido al castellano por Benigno Pendás y Pilar Baselga como “El Derecho a la Intimidad”, publicándose por editorial Civitas en Madrid, el año 1995. La traducción del título al castellano es errónea, lo que ha dado lugar a una de las confusiones más lamentables del mundo jurídico, pues en realidad debió llamarse “El Derecho a la Privacidad” o “El Derecho a la Vida Privada”, ya que la intimidad y la privacidad son instituciones jurídicas diferentes y, más aún, la *privacy* es un concepto jurídico indeterminado propio del ámbito anglosajón.

⁴ Destacan asimismo en esta línea argumental el ensayo titulado *Privacy*, de William PROSER (1960), publicado en *California Law Review*, agosto de 1960; de PARKER, en *A Definition of Privacy* (1974) y de FRIED, su trabajo *An Anatomy of Values* (1979).

⁵ Específicamente el artículo nace como una forma de reacción de Samuel D. WARREN, famoso personaje de la vida social y política norteamericana casado con la hija del senador Bayard, cuyas disipaciones y *affaires* eran el comidillo de los periódicos de la época.

Por supuesto que esta idea no se corresponde con las dimensiones que ha tomado en nuestros días, pues la *privacy* norteamericana ha ido ampliando sucesivamente sus contornos por vía jurisprudencial hasta incluir la protección de los datos de las personas en relación con la informática.

Así, la *privacy* ha derivado en un derecho constitucionalmente protegido, aún cuando la Constitución no la reconoce expresamente, no lo delimita ni lo define, si no que la doctrina y la jurisprudencia lo sustentan en el contenido de la IV Enmienda: “no podrá la fuerza pública o de la justicia practicar registro o confiscar bienes en las casas de los ciudadanos ni intervención en sus papeles y documentos, o en sus personas, si no es de acuerdo a la ley y mandamiento judicial”.

Esta Enmienda sólo hace referencias generales y amplias a los bienes y las personas, pero ha permitido construir sobre ella un “derecho a la privacidad” que incluso se puede invocar en modalidades de agresiones tan sofisticadas como el procesamiento de datos por computadores o la construcción de bases de datos de ADN ¿por qué? Por que al no existir ninguna barrera jurídico-constitucional que defina o delimite lo que es el “derecho a la privacidad” se puede continuar ampliando sucesivamente, agregándole nuevos contenidos que lo adecuen a las nuevas necesidades sociales, políticas y económicas⁶.

La *privacy* abarca un conjunto heterogéneo de contenidos que se caracterizan por representar espacios de reserva del individuo: el domicilio, la facultad de guardar silencio sobre opiniones, actividad política y/o pertenencia a asociaciones, el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo dentro de los tres meses posteriores a la concepción, el tener revistas y materiales pornográficos en casa, medidas sancionatorias hacia los estudiantes por contraer matrimonio, promiscuidad sexual, convivencia extramatrimonial y un largo –larguísimo- etcétera⁷.

¿Qué nos revela esto? Que no existe un concepto unitario de *privacy*, que no existen restricciones a su extensión y que, por tanto no hay límite a los objetos que tutela: es un concepto jurídicamente indeterminado, por lo que en el sistema norteamericano la irrupción de la informática no provocó debate alguno pues:

- los contornos de la *privacy* no son definibles a priori, y
- su perfil es casuístico, por lo que tampoco es definible a posteriori.

⁶ Este tipo de prácticas en realidad no son del todo ajenas a los sistemas jurídicos de Derecho continental, bastando recordar por ejemplo que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, que arranca de la interpretación que los tribunales europeos hicieron de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, y que recorrió con gran éxito el mundo entero ...no está en la Convención. Es una creación jurisprudencial, lo que explica también lo apremiante que resulta la adopción de la Constitución Europea: existen muchos otros derechos sin soporte legislativo, cuestión que la Carta debe subsanar.

⁷ A quienes interese un análisis detallado de los supuestos que puede llegar a cubrir la *privacy*, recomiendo la lectura de Enzo Roppo “Il diritti della personalità” en *Blanche dati, telemática e diritti della persona*, CEDAM, PADOVA, 1984.

Esto es, la *privacy* es igualmente alegable para defender el domicilio, la sexualidad, a la persona frente a la informática y particularmente, en el caso que nos ocupa, en el derecho reconocido al ciudadano de ejercitar un control sobre el uso de los propios datos personales insertados en un fichero electrónico.

En resumen, el derecho a la privacidad es un concepto de amplísimo espectro que remite a significados que abarcan toda una serie de intereses, prerrogativas y pretensiones del sujeto, pertenecientes a la esfera de su persona o de su personalidad provista de tutela legal.

3. La recepción continental y los errores de transmisión

Como ya hemos visto, ante la irrupción del fenómeno tecnológico el sistema norteamericano echó mano de una institución jurídica antigua y flexible que le cubría los supuestos que requería proteger.

Sin embargo, los sistemas de derecho continental no poseían ninguna figura semejante, con lo que se inicia una larga peregrinación en busca de la solución adecuada, siendo una de las primeras reacciones el fallido intento de “importar” el derecho a la vida privada.

Sin embargo, el sistema continental ya manejaba dos conceptos fuertemente enraizados, como son la intimidad y “riservatezza” (reserva), pero en su momento se vio como la solución más sencilla el equiparar intimidad y reserva con privacidad, la cual parecía lo suficiente elástica y amplia como para servir a este fin.

Pero tanto la intimidad como la reserva tienen una naturaleza diferente: son conceptos definibles a priori y determinados, pues intimidad es la zona espiritual íntima (interna) de una persona y la reserva es “el modo de ser de la persona que consiste en la exclusión de los otros del conocimiento de cuanto se refiere a la persona misma” (tomada de Guido Alpa, *Novissimo Digesto Italiano*).

¿Por qué se intentó asimilar los conceptos de privacidad, reserva e intimidad? Por que los ordenamientos jurídicos continentales no tenían formas de protección de los datos de las personas frente a los sistemas automatizados de procesamiento.

Pero como en todas las comunicaciones las ideas se entienden a la manera del receptor, los resultados finales sólo contribuyeron a crear confusiones, como se verá a continuación.

4. La “riservatezza” italiana

En Italia no existe un concepto equivalente al norteamericano *privacy*, es decir, no existe una palabra italiana que abarque tal variedad y complejidad de contenidos.

Sin embargo, el concepto de *privacy* fue entusiastamente acogido en este medio no por pura y simple convicción, si no por que cuando descubren los peligros de la acumulación de datos para los derechos fundamentales y su falta de previsión constitucional, miran a esta institución como una efectiva herramienta para cubrir el vacío existente en la protección de datos. Y la toman literalmente, pero

transformándolo: entienden que *privacy* se refiere sólo a la protección de derechos frente a la informática y el resto de los contenidos se subsumen en los derechos fundamentales correspondientes al sistema continental europeo.

Concientes de la problemática que implica otorgarles a instituciones jurídicas nombres que no les corresponden, autores como Mario Losano han abogado por la creación de términos singulares como “*privatizza*”, pero con una muy fría o nula recepción.

Doctrinariamente también se trabajó en Italia la opción de considerar que la protección de los individuos ante las bases de datos está amparada por tratarse de una de las manifestaciones de la *riservatezza*. Pero ya dijimos que la reserva era una forma de sustraer información del conocimiento de otros ¿entonces cómo cubrir a los datos que ya estaban fuera de ese ámbito? Pues, dicen unos, hay que ampliarla, superando sus restricciones y contemplándola desde una perspectiva abierta que llegue a entenderla como el control por parte de las personas de las informaciones que han dejado de pertenecer a su ámbito más reservado.

En resumen, una cabriola dialéctica muy poco sólida, pues la verdad, según reconoce FROSINI, es que la *riservatezza* no es el instituto jurídico adecuado a las necesidades que genera la protección de datos y no tiene, y nunca ha tenido una faz electrónica, por lo que en realidad se encubre con este concepto ampliado es tomar la *privacy*, cercenarle algunos de sus contenidos, para luego decir que guardan ciertas equivalencias o que incluso son identificables con la reserva.

Pero ¡atención!, tampoco existe en Italia un reconocimiento constitucional de la *riservatezza* como derecho autónomo, sino que se le acepta mediante distintas instituciones civiles y penales que parecen acogerlo, esto es, no se puede invocar constitucionalmente.

Lo que reconoce claramente el texto italiano son varias formas concretas de la “reserva”, como el domicilio, las comunicaciones y algunos aspectos de la libertad y del pensamiento como derechos inviolables, cuya defensa se organiza con criterios negativos, pero no existe un derecho constitucional a la *riservatezza* que proteja de forma global todas las facetas privadas de la persona, y aún cuando la interpretáramos

a) con un sentido amplio que cubra la protección de datos personales, y

b) que esta protección se pueda invocar constitucionalmente,

la reserva igualmente NO NOS SERVIRIA, por que esta institución concede una tutela represiva y sancionatoria, es decir, posterior a la lesión, en cambio la protección de datos lo que se busca es una tutela preventiva dirigida a evitar la posibilidad de la lesión.

5. La vía europea principal: la intimidad

En general, el sistema europeo no inicia la construcción la protección de datos a partir de la reserva, sino que a partir del derecho a la intimidad, del derecho al honor y a la propia imagen, temas que fueron cobrando progresiva relevancia, atendido el avance del desarrollo tecnológico y su capacidad invasiva.

De hecho es esta corriente la que da lugar a las primeras manifestaciones normativas de la protección de datos, ya en 1981, a través del Convenio 108 del Consejo de Europa “para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, se reconoce expresamente la necesidad de garantizar la intimidad de las personas “teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos personales que son objeto de tratamientos automatizados” y en el plano doctrinal, en 1982 FROSINI nos evidenciaba como problemas asociados a la propia imagen en el avance de las tecnologías: “la reproducción de la imagen, interferencias telefónicas, transmisión y recepción de programas televisivos, control sobre las opiniones religiosas o políticas de los súbditos, etc.”⁸.

Contra lo que pueda sostenerse respecto de esta época, estimamos que ya el Convenio 108 sienta las bases que permiten zanjar la cuestión de que las garantías fundamentales que se buscan proteger van más allá de la intimidad, al indicar en su exposición de motivos respecto de la protección de datos, que:

“El presente Convenio tiene por objeto reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que les conciernen”.⁹

6. El aporte alemán: el derecho a la *autodeterminación informativa*

En Alemania no existe la *privacy* ni se la ha recogido; no existe la *riservatezza* y tampoco existe la *intimidad* en la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn. Pero sí ampara la dignidad de la persona (1.1) y la personalidad (2.1)¹⁰, lo que les ha permitido construir el *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, esto es, el derecho a la autodeterminación informativa, a través de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal¹¹ que declaró como violatorio de la *Grundgesetz* algunos preceptos de la Ley del Censo de 1982¹². Dicha sentencia reconoció que:

⁸ Vittorio FROSINI, *Cibernética, Derecho y Sociedad*. Editorial Tecnos, Madrid, 1982.

⁹ Lo destacado es nuestro.

¹⁰ “Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad en tanto en cuanto no lesione los derechos ajenos y no contravenga el orden constitucional o las buenas costumbres”.

¹¹ Sentencia traducida por Manuel Daranas y publicada en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional Nº 33 de las Cortes Generales. Madrid, 1984, págs.126 a 170.

¹² Esta ley, aprobada por unanimidad y sin mayor debate por el Bundestag, compelió a responder a las más de 100 preguntas del Censo poblacional correspondiente. Dada la entidad y cantidad de las interrogantes, un ciudadano se negó a responderlas, por lo que el Estado accionó contra él, con las consecuencias que se traducen en la sentencia ya referida.

En las condiciones de la elaboración moderna de datos, la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión ilimitada de sus datos personales queda englobada en el derecho general de protección de la persona del artículo 2º, párrafo 1 [derecho general a la personalidad propia], en relación con el artículo 1º del párrafo 1 [protección de la dignidad humana] de la ley fundamental. El derecho constitucional garantiza en esta medida la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y utilización de los datos referentes a su persona.

Siendo así, independiza la protección de datos personales respecto de la intimidad, el honor y la propia imagen como garantías protegidas y recalca la función instrumental a la protección de la dignidad, la libertad y la igualdad que asisten a la persona humana en general, de las que derivan la generalidad de las garantías consagradas en los distintos catálogos de derechos.

Conforme a ello realiza una construcción a través de la cual reconoce la existencia del derecho a la *autodeterminación informativa*, que hace emanar directamente de la dignidad de la persona, que actúa con autodeterminación como miembro de una sociedad libre. Considera los peligros que entrañan para estos bienes jurídicos las condiciones imperantes en esa época y las que visualiza a futuro respecto de la elaboración automática de datos. Conforme a ello, sostiene que las necesidades de garantizar la autodeterminación demanda un nivel especial de protección, por cuanto:

Los procesos de decisión ya no se pueden retrotraer como antiguamente a registros y documentos compilados manualmente; antes bien, hoy en día, gracias a la ayuda de la elaboración automática de datos, la información individual sobre las circunstancias personales u objetivas de una persona determinada o, en su caso determinable (...) son técnicamente hablando acumulables sin límite alguno y en cualquier momento se pueden recabar en cuestión de segundos, cualquiera que sea la distancia. Es más, esa información puede -especialmente con el montaje de sistemas integrados de información- refundirse con otras colecciones de datos en un perfil de personalidad parcial o ampliamente definido, sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y su utilización. De este modo se han ensanchado en una medida hasta ahora desconocida las posibilidades de indagación e influencia susceptibles de incidir sobre la conducta del individuo, siquiera sea por la presión psicológica que supone el interés del público en aquella.

Este derecho le faculta para decidir básicamente por sí mismo cuando y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida, de lo que se deduce “la libre eclosión de la personalidad del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona”. Como cualquier otro, reconoce que este derecho no es absoluto, sin embargo las limitaciones que a su respecto se impongan:

Sólo son admisibles en el marco de un interés general y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa, inherente al Estado de

Derecho. En su regulación debe el legislador observar, además, el principio de la proporcionalidad y tiene que adoptar asimismo precauciones de índole organizativa y de derecho a la salvaguardia de la personalidad.

Tan evidente es la vinculación de este derecho a la libertad y autodeterminación del individuo que la sentencia entiende que la conducta de la persona podrá verse afectada severamente a través de su vulneración. Así sostiene que:

“El que [la persona] no pueda percibir con seguridad suficiente qué informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación (...) Quien se siente inseguro de si en todo momento se registran cualesquiera comportamientos divergentes y se catalogan, utilizan o transmiten permanentemente a título de información procurará no llamar la atención con esa clase de comportamiento. Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo renunciará presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales (...) esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de los ciudadanos.

Continúa diciendo que “De este modo, un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo la elaboración automática de datos, ninguno ‘sin interés’... a través de ellos, sostiene, puede elaborarse “una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva –un perfil de personalidad- incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose el ciudadano en un ‘hombre de cristal’”¹³.

Pero ¿qué es en sí la autodeterminación informativa?

Nada más, pero nada menos, que el derecho del individuo a controlar la obtención, tenencia, tratamiento y transmisión de datos relativos a su persona, decidiendo en cuanto a los mismos las condiciones en que dichas operaciones pueden llevarse a cabo; se trata de controlar la utilización de las informaciones personales independientemente si éstas pueden ser calificadas de íntimas, reservadas, secretas, privadas: no es relevante su mayor o menor proximidad con el ámbito o núcleo íntimo de las personas.

Diversos autores han dicho a este respecto que en realidad el Tribunal Constitucional construye la autodeterminación informativa ante la ausencia de la consagración de la intimidad como derecho en la

¹³ También se le conoce como “teoría del mosaico”, pues aunque una pieza (de información, en este caso) aisladamente considerada puede significar muy poco, al interrelacionarlas con otras se va conformando el cuadro global.

Ley Fundamental de Bonn, pero yerran pues en realidad se trata de dos construcciones paralelas e interrelacionadas que arrancan de la personalidad, y que cierran el bloque de protección de la misma.

En otras palabras: aún cuando la intimidad estuviera consagrada como derecho fundamental¹⁴ esta tampoco serviría como protección ante los embates de la informática. Entonces, hay que ir al concepto alemán de libre personalidad, esto es la libertad general de acción, que se concreta en la libertad para decidir la realización de determinados actos, y esta libre personalidad se expresa en la autodeterminación informativa, que es la libertad para determinar quién, qué y con qué motivo puede conocerse datos relativos a un individuo.

La autodeterminación informativa se construye bajo un fundamento constitucional distinto de la intimidad y no se basa en la *Datenschutz* de 1977 (ley a la cual cuestiona expresamente por la desprotección legal en que deja al ciudadano), por lo que con el retorno a la Constitución se busca una faceta adecuada de protección de derechos y esto lo logra, como ya dijimos, volviendo al tronco común de los derechos de la personalidad y extrayendo una interpretación específica para el campo de los datos personales.

7. Legislación, jurisprudencia y la triunfal marcha de la autodeterminación informativa.

A partir del pronunciamiento del Constitucional Alemán, surge una abundante normativa que acompaña el proceso de consolidación de este derecho y que va reflejando los giros legislativos y las experiencias de los países. Dentro de este contexto y a nivel internacional son referentes obligados las “Directrices para la Regulación de los archivos personales informatizados”, adoptadas por las Naciones Unidas mediante Resolución 45/95, de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, y a nivel europeo, la Directiva europea 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, que sienta los principios bases en esta materia para el entorno comunitario, sin perjuicio que ha fijado las pautas para enfrentar esta materia a nivel mundial, por su grado de influencia y desarrollo.

Asimismo, en el plano jurisprudencial habremos de mencionar en los años 90 la concepción elaborada en España por su Tribunal Constitucional en la STC 254/1993, que menciona por primera vez en ese entorno el derecho a la *libertad informática* (referido exclusivamente a una especie de aplicación de la autodeterminación informativa limitada a los sistemas automatizados de información) como un derecho fundamental en sí mismo, que junto al artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978 (un escueto

¹⁴ Recordemos que el concepto de “derecho fundamental” esta tomado en el sentido propio del constitucionalismo moderno: se trata de un derecho consagrado en la Constitución y cuyo respeto esta garantizado en el mismo cuerpo legal, como sería el caso de los derechos constitucionales respecto de los cuales se puede recurrir de protección. Por lo tanto, no son fundamentales si no están establecidos en la Constitución o si carecen de garantía.

“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.”) constituyen las bases de su construcción.

En nuestros días asistimos ya a la consagración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en diciembre del 2000, en su artículo 8 que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Concluimos en este punto entonces que no obstante su origen primigenio, la problemática del tratamiento de datos personales progresivamente fue abstrayéndose de la sola protección de las garantías de intimidad, honor y propia imagen, fruto de la evidencia que mostró que la recogida, desvelación y sistematización de información personal podía asociarse directamente con la dignidad humana, lo que se debe contrastar con el hecho de que las intromisiones vulneran o pueden vulnerar un cúmulo de derechos fundamentales, tales como la vida (como dejó en evidencia la historia reciente de muchos países afectados por la llaga de la dictadura, en que los organismos del Estado recopilaban furtivamente información de los tipos de lecturas que escogían los estudiantes), la libertad sindical, el derecho al trabajo, la libertad de asociación, la seguridad personal, la intimidad, etc.

Siendo esto así, las concepciones jurídicas más avanzadas entienden hoy que el derecho a la protección de datos integra la categoría de derecho fundamental, y así lo consagran expresamente en su Constitución Política, directamente en el caso de Portugal, o a través de construcciones jurisprudenciales como los caso de Alemania y España, país en que su Tribunal Constitucional fue cambiando sus tesis al respecto, pasando de presentarlo como:

Un mero derecho de carácter instrumental, a modo de garantía y presupuesto de la protección de otros derechos, a resoluciones posteriores en que se configura como un nuevo derecho o libertad fundamental de carácter autónomo e independiente respecto del derecho a la intimidad personal y familiar¹⁵.

Conforme este nuevo avance, hoy se le ha considerado como un derecho autónomo cuyo objetivo jurídico es **proteger todos los demás derechos, fundamentales o no, reconocidos en un ordenamiento normativo.**

¹⁵ Fernando ABELLÁN y Javier SÁNCHEZ-CARO, *Datos de Salud y Datos Genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*. Editorial Comares, Granada, 2004. Pág. 8.

Es decir, el proceso evolutivo lleva a distinguir claramente que uno es el derecho fundamental a la intimidad y una cuestión distinta es el derecho fundamental a la protección de datos, estando el primero destinado proteger a las personas de invasiones a su vida personal y familiar y el segundo a dar un poder de disposición sobre los datos que le conciernen. Por tanto, a través de este último derecho no sólo se protegen los datos íntimos, sino a **todo tipo** de dato personal, pues su conocimiento por terceros pueden vulnerar toda la escala de derechos de las personas, sean fundamentales o no.

Finalmente, sobre este punto el prof. SAARENPÄÄ nos dice:

Concedemos a la sociedad, a los medios de comunicación y al mercado autorización en la medida necesaria para supervisar y monitorearnos y usar nuestros datos personales. Formalmente en la democracia burocrática, los ciudadanos existen para la máquina, los medios y la organización; aquí se nos conceden ciertas libertades, donde hay razones para ello. La diferencia entre estas dos formas de democracia es substancial. El estándar de protección de datos (...) constituye un indicador de la democracia: mientras más efectivamente protegemos nuestros datos personales, más cerca nos encontramos de la idea de democracia. Y por otro lado, podemos preguntarnos si un Estado sin legislación sobre protección de datos personales es una democracia realmente.¹⁶

LECTURA RECOMENDADA:

A quienes deseen profundizar los temas abordados en esta clase, les sugiero el libro *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos. Derecho Español y Comparado*, de María Mercedes SERRANO PÉREZ, publicada por Editorial Thompson – Civitas (Madrid, 2003).

¹⁶ Ahti SAARENPÄÄ. "Europa y la Protección de Datos Personales" en *Revista Chilena de Derecho Informático* n° 3, editada por el Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2003, pág. 18.