

## VIDA PRIVADA Y PROTECCIÓN DE DATOS: UN ACERCAMIENTO A LA REGULACIÓN INTERNACIONAL EUROPEA Y ESPAÑOLA

Lucrecio REBOLLO DELGADO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen y fundamento del derecho a la vida privada*. III. *Regulación en otros ordenamientos jurídicos*. IV. *La regulación en España del derecho a la vida privada*. V. *Origen y necesidad de la regulación relativa a la protección de datos de carácter personal*. VI. *Regulación internacional y europea relativa a la protección de datos*. VII. *El derecho a la protección de datos en España*.

### I. INTRODUCCIÓN

Hemos de manifestar que el reconocimiento de los derechos es un proceso largo y no exento de vaivenes, y el derecho a la vida privada y la protección de datos no es una excepción. Su configuración no surge de forma instantánea, salvo en aquellos ordenamientos que realizan la importación de los derechos. Su inclusión en textos normativos se produce por sedimentación en la conciencia social de determinadas necesidades, y su influencia en el legislador y en la jurisprudencia, para su ejercicio efectivo y garantías correspondientes. En definitiva, los derechos no son graciosas concesiones, sino conquistas de libertad, cada una de ellas precedida de un lar-

\* Profesor de derecho constitucional de la UNED.

go proceso de consolidación social y política. Pero en los derechos que estudiamos, junto a la prolongación en el tiempo de su surgimiento y configuración, circunstancia común al resto de derechos fundamentales, se dan otras situaciones que también dificultan su reconocimiento y garantía.

Nos ocupamos en las páginas siguientes de dos derechos modernos, en el sentido de que la necesidad social de su reconocimiento y su regulación jurídica son recientes. Además están directamente relacionados, siendo uno prolongación o consecuencia necesaria del otro. De esta forma, surgirá primero el derecho a la vida privada, como necesidad social y del individuo. Como consecuencia del desarrollo tecnológico, y especialmente del uso de la informática, aparece una manifestación del derecho a la vida privada que se concreta en el derecho que toda persona tiene al reconocimiento y control del uso y transmisión de sus datos personales. Por esta razón, esencialmente cronológica y lógica, analizamos en primer lugar el derecho a la vida privada y, con posterioridad, la protección de datos.

Antes de introducirnos en el análisis, siempre enjundioso, de los derechos que nos ocupan, es conveniente referenciar, con objeto de no confundir al lector, que utilizamos el concepto genérico del derecho a la vida privada, siendo conscientes de que no en todos los casos, y singularmente en algunos ordenamientos jurídicos, tiene un significado equiparable. Así, el ordenamiento español no reconoce este derecho propiamente, y sí el derecho a la intimidad. En aras de un mejor entendimiento, preferimos utilizar un concepto global, comprensivo de todos los derechos que protegen un ámbito de intimidad, independientemente de cual sea la denominación precisa en cada país.

Algo parecido a lo expuesto ocurre con el derecho a la protección de datos, que se regula bajo muy diversas denominaciones (derecho a la autodeterminación informativa, derecho informático, etcétera). No entraremos en el estudio de cuál de las denominaciones es más correcta jurídicamente, o cual tiene un significado más genérico. Usamos la expresión “protección de datos de

carácter personal” en la idea de que es la más expresiva, a la vez que comprensiva, de todas las regulaciones desde una perspectiva internacional.

## II. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

### 1. *El surgimiento del derecho a la vida privada*

La primera parcela jurídica de reconocimiento del derecho a la intimidad es, curiosamente, la jurisdiccional, como consecuencia de una fuerte configuración teórica. No existen discrepancias doctrinales en radicar el surgimiento del concepto jurídico de intimidad en el famoso artículo de los jóvenes abogados Warren y Brandeis.<sup>1</sup> Pese a ello, con algunos años de antelación al artículo citado, existió una configuración del derecho a la intimidad por parte del juez Cooley, quien en 1873, en su obra *The elements of torts*, llegó a la conclusión de que *privacy* para él constituía el *right to be alone*. En él se insertan dos pretensiones o dos ámbitos de la *privacy*: la soledad y la tranquilidad. Warren y Brandeis en la elaboración de su artículo tienen conocimiento de esta obra, y se identifican plenamente con las conclusiones a las que llega Cooley, si bien desarrollan el concepto de forma más extensa y con una mayor fundamentación jurídica.

Tiene su origen el artículo, según nos relata Prosser,<sup>2</sup> en que la señora Warren y su marido, abogado, que hacía algún tiempo que no ejercía por dedicarse a los negocios, acostumbraban a dar en su casa de Boston numerosas fiestas sociales. La prensa local, y de forma específica, el periódico *Saturday Evening Gazette*, es-

<sup>1</sup> Warren, S. D. y Brandeis, L.D., “The right to the privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890, pp. 193-219. Traducción al castellano de Benigno Pendás y Pilar Baselga, publicada bajo el título *Derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.

<sup>2</sup> Prosser, W. L., “Privacy”, *California Law Review*, núm. 48, 1960, pp. 383-423.

pecializado en asuntos de alta sociedad, realizaban una divulgación constante de las mismas. En estas crónicas, se ofrecían detalles sumamente personales, desagradables y, de forma genérica, con la intención de infundir en el lector una imagen de derroche y en cierta medida de relajación de la moral de una determinada clase social. Quizás lo que colmó la paciencia de Warren fueron las informaciones que algunos medios de comunicación realizaron de la fiesta celebrada en honor de la boda de su hija. Por ello, y cansado de esta situación, Warren acude al que había sido compañero de estudios en Harvard, Louis D. Brandeis, el cual sí ejercía la abogacía, y que pasando el tiempo llegó a ser miembro del Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Entre Warren y Brandeis publicaron el artículo titulado “The right to privacy”, el 15 de diciembre de 1890. El objeto de los autores no es simplemente realizar una aportación doctrinal, sino que su verdadera pretensión estriba en poner de manifiesto la necesidad del reconocimiento de un nuevo derecho, el derecho a la *privacy*. Y sus objetivos se vieron llevados a efecto cuando, nada más transcurridos tres años desde su publicación, un Tribunal utilizaba por vez primera el concepto de *privacy* como argumento dilucidador del sentido de una sentencia. Esto fue en Nueva York, en el caso Marks & Joffra. El fondo del juicio lo constituye que el demandante (un estudiante de derecho), había visto publicado su retrato en un periódico, y en un apartado dedicado a un concurso de popularidad al que se oponía. La sentencia estimó la pretensión del demandante basándose para ello en el respeto debido a la propia imagen, a la falta de consentimiento del interesado y, en definitiva, a que todo ciudadano tiene el derecho “a ser dejado en paz”. La sentencia<sup>3</sup> argumenta, además, que ningún periódico o institución prescindiendo de su importancia, tiene el derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para tal propósito, sin su consentimiento. Sigue manifestando que cualquier individuo tiene derecho a protección tanto en lo que se refiere a

<sup>3</sup> Un texto más extenso y literal puede verse en la obra de Herrero-Tejedor, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2a. ed., Madrid, Colex, 1994, p. 39.

su persona como a su propiedad, y actualmente el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar de la vida, sin la publicidad o molestia de una encuesta organizada sin autorización. Los derechos íntimos deben ser respetados al igual que los deseos y sensibilidades de la gente.

De esta forma, se era consciente ya, en el mundo jurídico norteamericano, de que se estaba en puertas de la necesidad del reconocimiento normativo de un nuevo derecho: el derecho a la intimidad. Pero pese a ello, tanto la jurisprudencia como el legislador estaban a la espera de una ratificación o de una confirmación de la general intencionalidad de reconocimiento. Tenían la plena convicción de la necesidad, pero tenían la cautela o desconfianza propia del jurista a todo lo nuevo, aunque evidente.

Pese a la difusión que había obtenido el artículo de Warren y Brandeis, y pese a la repercusión de la citada sentencia, la especialidad del ordenamiento jurídico norteamericano requería una sentencia que implicara a más de un Estado. Ésta llegará con la resolución de un Tribunal Federal, en el caso *Carliss & Walke Company*, resuelto en Massachusetts en 1894. En él se solventa la demanda de la viuda (señora Carliss) de un conocido inventor, al respecto de una fotografía y una biografía del mismo, publicada en la prensa sin que mediara el consentimiento de los interesados. Pero curiosamente, la señora Carliss no tuvo éxito en su demanda, dado que el Tribunal argumentó que “un político, un autor, un artista o inventor, que busca y desea el reconocimiento público, se puede decir que ha entregado este derecho al público”.

La construcción jurídica de Warren y Brandeis aún habrá de pasar por una desaprobación mayor, y con más repercusión social. Ésta se dará en el caso *Robinson & Rochester Folding Box Company*, que dirimió la Corte de Apelación de Nueva York en 1902. Se sustentaba la demanda en la pretensión de la señorita Roberson de reclamar una indemnización, ya que la citada compañía (fabricante de harina), había utilizado una foto de la demandante con un llamativo anuncio en el que se podía leer “la flor de la familia”. La sentencia argumentó en contra de las tesis

y de los principios de Warren y Brandeis, señalando que la demandante no tenía título de protección contra tal conducta, que el daño era puramente moral y que de ser reconocido su derecho se originaría una enorme cantidad de litigios que los tribunales serían incapaces de resolver.

La sentencia ocasionó un significativo clamor popular contra ella, e incluso originó una actuación sin precedentes en el mundo jurídico norteamericano, lo cual provocó que viera la luz un artículo realizado por los jueces, justificando el sentido de la sentencia.<sup>4</sup> Pero el sentimiento de repulsa hacia la actuación de la compañía harinera, y hacia la resolución del Tribunal, provocó, como recoge Herrero-Tejedor:<sup>5</sup> “que en la siguiente legislatura, el Estado de Nueva York incluyera dos artículos —50 y 51— en la Ley de Derechos Civiles, estableciendo que el uso del nombre, figura o retrato de cualquier persona sin su autorización escrita con fines publicitarios, constituyen un ilícito que da derecho a indemnización”. Como puede comprobarse, el surgimiento y reconocimiento del derecho se produce paso a paso, y delimitando de forma muy concreta los contenidos del mismo. Obsérvese que la normativa citada establece de forma concreta la posibilidad de indemnización, pero únicamente si el uso es publicitario.

Con posterioridad, en 1905, se vuelve a plantear la misma cuestión que estudiamos en la Corte Suprema de Georgia, en el caso *Pavesick & New England Life Insurance Company*. El demandante pretende indemnización —por el uso indebido del nombre y fotografía— del demandado, una compañía de seguros. Ahora sí, el tribunal acepta las tesis de Warren y Brandeis y reconoce el derecho a la intimidad dentro de la vida privada. Declara la sentencia, que lo que hay que aclarar es si un individuo tiene un derecho a la intimidad que él pueda mantener y que los tribunales puedan defender. Pretende asimismo clarificar la sentencia que el derecho a la intimidad debe estar plenamente delimitado

<sup>4</sup> La resolución fue tomada con 4 votos a favor y 3 en contra. El artículo lo realizó el juez O'Brien, uno de los magistrados que votó en contra.

<sup>5</sup> Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, nota 3, p. 40.

del derecho a la propiedad, y basado en la ruptura de confianza o fidelidad. Se sigue argumentando que el derecho a la intimidad tiene sus raíces en los instintos de la naturaleza, se puede decir que nace de esas leyes llamadas a veces inmutables, porque son naturales, que se dan en todo tiempo y lugar y que ninguna autoridad puede cambiar o abolir. Finaliza con una frase casi lapidaria para el derecho norteamericano: “La libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad”.<sup>6</sup> Queda con ello consolidada la creación jurisprudencial del derecho a la intimidad. En los libros norteamericanos de derecho consta la sentencia de la Corte Suprema de Georgia en 1905, en el caso *Pavesick & New England Life Insurance Company*, como el reconocimiento del derecho a la intimidad.

Más tarde, y siendo ya Brandeis magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, se dio entrada a la intimidad (*privacy*) en la jurisprudencia, al considerarlo como una exigencia de la Enmienda IV de la Constitución Federal. Ello se realizó a través de un voto particular en la sentencia del caso *Olmstead & United States*.

Choca al jurista europeo —y quizás no tanto hoy, instalados ya en el siglo XXI, pero sí al de principios de siglo—, el reconocimiento de un nuevo derecho, sin ningún antecedente normativo, sin que sea causa de un grave conflicto social de grave perjuicio para el Estado o la sociedad, o sin que medie un poderoso interés económico. La apoyatura que tiene el nuevo derecho se encuentra únicamente en principios generales, en pretensiones personales lógicas, en la constatación por parte de un particular de una necesidad social. Llegados a este punto, puede preguntarse el lector que en todo caso esas fundamentaciones han de ser muy importantes, máxime viniendo de la argumentación de unos particulares y no teniendo unas implicaciones políticas concretas.

Ello nos pone en la necesidad de acercarnos al contenido del artículo de Warren y Brandeis. Parten los autores de que el individuo debe tener una completa protección de su persona y propie-

<sup>6</sup> Un texto más extenso de la sentencia puede verse en Urabayen, M., *Vida privada e información, un conflicto permanente*, Pamplona, Eunsa, 1977, p. 108.

dades. A ello hay que añadir la necesidad, de tiempo en tiempo, de definir la exacta naturaleza y alcance de esa protección. Los cambios políticos, sociales y económicos conllevan el reconocimiento de nuevos derechos, y el *common law* crece para satisfacer las nuevas demandas. De esta forma, los derechos tienden a expandirse, a ensancharse, y ahora, el derecho a la vida significa el derecho a disfrutar de la vida. Para ello, parten del capital derecho a la propiedad, pero interpretan no sólo como susceptible de propiedad lo tangible, sino también lo intangible, lo inmaterial. Sin embargo, no quieren los autores hacer radicar plenamente el nuevo derecho en la propiedad, o en una nueva configuración de ella ampliada. Entienden que los recientes inventos y métodos llaman la atención sobre el próximo paso que debe darse en la protección de las personas. Por ello, la *privacy* debe desgajarse del derecho a la propiedad, y de la estricta protección del honor. Entienden que el *common law* protege los derechos a la propiedad intelectual y artística, los cuales son una aplicación del derecho a la *privacy*. De esta forma, el principio que protege escritos y todas las producciones personales, no contra el robo o apropiación física, sino contra su publicación en cualquier forma, no es en realidad un derecho de propiedad privada, sino el de una personalidad inviolable. Por último, entienden los autores, que

debemos concluir que los derechos así protegidos, cualquiera que sea su naturaleza exacta, no surgen de un contrato o de una relación de confianza, sino que son derechos contra todo el mundo. Y, como ya hemos señalado, el principio aplicado para proteger tales derechos no es en realidad el derecho de propiedad privada, a menos que este término sea usado en un sentido amplio o inusual. El principio que protege escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones, es el derecho a la *privacy*, y la ley no tiene que formular un nuevo principio cuando extiende esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos, y a las relaciones personales, domésticas y otras cualesquiera.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 99-129.

Pese a todo, los autores no reconocen un carácter absoluto al derecho a la *privacy*, ya que este derecho no prohíbe la publicación de cualquier materia de interés público o personal, de esta forma

hay personas que pueden razonablemente reclamar como un derecho la protección de la notoriedad que conlleva convertirse en víctimas de la empresa periodística. Hay otros que, en diversos grados, han renunciado al derecho a vivir sus vidas apartados de la observación pública. Materias que hombres de la primera clase pueden pretender con justicia que les concierne sólo a ellos, pueden en los de la segunda ser objeto de legítimo interés de sus conciudadanos.<sup>8</sup>

## 2. *El fundamento del derecho a la vida privada*

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre comienza con la siguiente afirmación: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se sigue con ello el contenido de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. También la Declaración de Independencia de los Estados Americanos de 1776 expresa que “...sostenemos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales; que han sido dotados por el creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

Como puede apreciarse, la dignidad de la persona ha constituido y constituye, el pilar básico sobre el que se fundamenta todo ordenamiento social. El reconocimiento de derechos comienza por la declaración y el convencimiento de que la persona es el objeto y fin último de cualquier regulación normativa.

<sup>8</sup> *Idem.*

Los ordenamientos jurídicos modernos coinciden en el establecimiento de un status especial de la persona, que la sitúa en un nivel superior en virtud de la racionalidad. Ello se concatena a la propia condición de la persona tanto en su ámbito social como individual, para adquirir una dimensión jurídico-política. Como manifiesta Alegre Martínez:<sup>9</sup>

...de acuerdo con su condición de ser racional, la persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana tanto a nivel individual como social. Ésta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisoluble, a las ideas de libertad e igualdad.

De esta forma, la dignidad requiere de la actuación del resto de seres humanos y del poder político para que sea efectiva. Pese a lo que pudiera parecer, esta afirmación no implica que la dignidad exista sólo tras el reconocimiento por la organización social en la que el individuo existe, sino al contrario. La dignidad es una parte esencial de los atributos de la persona, independientemente de que el derecho la reconozca o no. La dignidad de la persona no se decide en una asamblea de congresistas de un partido político, o porque lo reconozca un parlamento, por muy democráticas que sean ambas formas de decidir. Los textos normativos tanto nacionales como internacionales reconocen la dignidad, pero no justifican su fundamento, la razón de ser de su origen. De esta forma, y previo a cualquier reconocimiento jurídico, la persona es el fin último de cualquier organización social. Por ello, la aproximación jurídica a la dignidad se manifiesta como una perspectiva más de las posibles, y en ningún caso la única o verdadera.<sup>10</sup> La dignidad de la persona existe más allá de lo que el derecho reconoce, y existe no sólo en la medida en que el derecho la recono-

<sup>9</sup> Alegre Martínez, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional*, León, Universidad de León, 1996, p. 19.

<sup>10</sup> Otras dos perspectivas de la dignidad muy significativas son la filosófica y la religiosa.

ce, pese a que su ejercicio efectivo necesita de éste. Entendido lo anterior, no podemos obviar que el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona ha supuesto un salto cuantitativo y cualitativo en la efectividad y respeto de la dignidad humana. El derecho no crea la dignidad de la persona, pero sí asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo.

En lo que a la Constitución española de 1978 respecta, puede afirmarse la existencia de una conexión de finalidad entre los artículos 1.1, 9.3 y 10.1. Los tres manifiestan una pretensión última de la Constitución y de la forma genérica del ordenamiento. Pese a la distinta terminología, artículo 1.1 (valores superiores), artículo 9.3 (principios)<sup>11</sup> y artículo 10.1 (fundamentos del orden político y de la paz social), todos ellos tienen en común ser el pilar básico sobre el que se asientan las pretensiones constitucionales. Podría decirse que tanto el artículo 1.1 como el artículo 9.3 tienen una finalidad: el contenido primero del artículo 10, es decir, la dignidad humana. Igual acontece con el propio contenido del último artículo citado, ya que de los cinco postulados, los tres primeros (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes y libre desarrollo de la personalidad) son el fundamento positivo de la libertad individual. Los otros dos (respeto a la ley y respeto a los derechos de los demás) tienen un contenido negativo, son límites a los derechos de los demás. De esta forma, la dignidad de la persona se muestra como contenido esencial de nuestra Constitución. Quizás por ello, el constituyente quiso incluirlo en el primer artículo del Título I, pretendiendo con ello dar a entender que la dignidad de la persona es el objetivo, el fin último, la pretensión constante de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, además, no debemos pasar inadvertida la idea de que este elemento se configura como nexo de unión del ordenamiento de todos los derechos reconocidos tanto en el Título I como fuera de él.

De esta manera, la dignidad de la persona humana es instituida en la Constitución de 1978, en palabras de Fernández Segado, como “el valor jurídico fundamental del constitucionalismo de

<sup>11</sup> Que son propiamente principios generales del derecho.

la segunda posguerra”, o como “valor jurídico supremo”.<sup>12</sup> En definitiva, el artículo 10.1 justifica la idea de que para nada sirve un ordenamiento jurídico estructurado, coherente, representativo y acorde con todos los principios jurídicos, si no es para ser puesto al servicio de la persona. El ordenamiento jurídico no es nada sin un objetivo humano. En palabras de Lucas Verdú: “sin el reconocimiento y garantía de la dignidad humana los derechos humanos se desdignifican, se desnaturalizan, desencializan y decaen en una visión positiva incapaz de interpretar correctamente este principio básico”.<sup>13</sup>

Llegados a este punto del estudio de la dignidad de la persona, cabe concluir que el reconocimiento constitucional de la misma cumple en la actualidad tres funciones esenciales:<sup>14</sup>

1. Legitima el orden jurídico positivo establecido en la Constitución vigente. Su legitimidad deviene del respeto a la dignidad humana, sus derechos inviolables y su libre desarrollo.

2. Fundamenta el contenido de los derechos y libertades que reconoce la Constitución. Sirve de nexo entre moral y teleología, a la vez que se constituye en un límite al resto de derechos y libertades.

3. Sirve de fundamento interpretativo (función hermenéutica) de todo el ordenamiento jurídico tanto en el orden interno como en el internacional.

Con base en todo lo afirmado, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, llegamos a la conclusión de que “la dignidad es un valor espiritual-moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al

<sup>12</sup> Fernández Segado, F., “Filosofía política de la Constitución española”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, 1991, p. 50.

<sup>13</sup> Lucas Verdú, P., “Prólogo a la obra de Ruiz Miguel”, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.

<sup>14</sup> Seguimos en este resumen, las aportaciones de Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona*, en Alzaga, Oscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1984, t. II.

respeto por parte de los demás”.<sup>15</sup> En definitiva, son dos las manifestaciones que tiene la dignidad, una positiva y otra negativa. Siendo esta última la garantía de que la persona no es objeto de ofensas y humillaciones, es aquélla la plena eficacia del desarrollo de la personalidad de cada ser humano.

### III. REGULACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento del derecho a la vida privada, hecha excepción de Estados Unidos, es muy reciente y su constitucionalización también. Existen antecedentes o manifestaciones, que podemos hacer radicar en dos ámbitos concretos: la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Su configuración y evolución en el reconocimiento es prácticamente igual en todos los ordenamientos. Pese a ello, nos interesa poner de manifiesto la intencionalidad de los constituyentes en el reconocimiento del derecho, así como, tratar de comprender el alcance que quieren darle.

Nos resulta sumamente curioso a los constitucionalistas —que dedicamos gran parte de nuestro esfuerzo científico al conocimiento de nuestra Constitución y que en muchas ocasiones nos enfrascamos en la crítica de la misma— ver cómo en el derecho comparado existen constituciones de nuestro entorno cultural y sociopolítico de las que tenemos un concepto de suma perfección democrática y de reconocimiento de derechos, que poseen una parca regulación del derecho a la vida privada y un contenido, la mayor de las veces, lacónico. Incluso, como veremos más adelante, en el ámbito de la intimidad son muchas las constituciones vigentes que podríamos identificar con nuestras constituciones del siglo XIX, dado que desconocen el derecho como tal, acogiendo únicamente las manifestaciones clásicas de éste. Por ello, tienen que acudir a complejas configuraciones, basadas en principios

<sup>15</sup> STC 53/1985, fundamento jurídico 8.

generales o concepciones abstractas del derecho, o a la jurisprudencia para paliar la innegable necesidad de reconocimiento del derecho a la vida privada.

### 1. *El reconocimiento en algunos países*

Frente a la disparidad de formas, criterios y contenidos, en el reconocimiento constitucional es difícil aplicar un criterio aglutinador. A ello hay que añadir la dificultad de que no todos los ordenamientos de nuestro entorno recogen el derecho a la intimidad con rango constitucional.

El criterio seguido en estas páginas atiende al mayor o menor grado de reconocimiento tanto del derecho como de sus manifestaciones. De esta forma, pueden establecerse tres niveles. El más alto estaría constituido por aquellos ordenamientos en que la intimidad tiene un reconocimiento pleno y explícito a nivel constitucional; un segundo nivel lo integran aquellas constituciones que acogen únicamente manifestaciones del derecho, y realizan referencias genéricas o globales respecto a la protección de la vida privada como un ámbito personal; por último, en el nivel más bajo de reconocimiento incluimos a aquellas normas supremas, que no recogen ni el derecho, ni sus diversas manifestaciones.

a) Dentro del primer grupo, cabe encuadrar la Constitución que, a nuestro entender, con más rotundidad acoge el derecho. Ésta no es otra que la norma suprema de Bélgica, la cual, en su artículo 22 establece que “todos tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar”. Con anterioridad, ya el artículo 15 reconoce la inviolabilidad del domicilio. En el mismo nivel de reconocimiento se encuentran los Países Bajos, cuyo artículo 10.1 establece el “respeto a la intimidad personal y familiar”, y casi de forma continua, el artículo 12 acoge la inviolabilidad del domicilio, y el artículo 13 la inviolabilidad de la correspondencia. También la Constitución de Portugal dedica un artículo, el 26.1, a la “reserva de la intimidad de la vida privada y familiar”, y re-

coge la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia en un mismo artículo, el 34. La Constitución griega, por su parte, agrupa en el artículo 9o. el reconocimiento de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio y, con posterioridad, el artículo 19 acoge la inviolabilidad de la correspondencia. Por último, y a pesar de no estar en vigor, cabe incluir dentro de este nivel máximo de reconocimiento la Constitución de la extinta URSS de 1977, cuyo artículo 56 no deja de ser un modelo de reconocimiento del derecho a la intimidad, ya que establecía que “la ley ampara la intimidad de los ciudadanos”, y el mismo artículo recoge el secreto de las comunicaciones; por su parte, el artículo 55 lo hacía de la inviolabilidad del domicilio.

Habría que manifestar que nuestra vigente Constitución merece incluirse dentro de este primer grupo, de un máximo reconocimiento del derecho a la intimidad, y cuya fundamentación la constituye la idea de que las manifestaciones de aquél y su garantía no se correlacionan con un derecho a la propiedad entendido en su sentido más extenso, sino que tienen su raíz en la dignidad de la persona, en su libre desarrollo, y en el ejercicio efectivo de un ámbito de libertad referido al individuo.

Fuera de Europa realizan un reconocimiento explícito del derecho a la intimidad, de forma notoria, las constituciones de Argelia (artículo 49), de Brasil (artículo 5.X, XI y XII), de Chile (artículo 19.4) y de Turquía (artículos 20 a 22).

Por último, es curioso significar cómo todas las constituciones de este grupo realizan un reconocimiento o protección de la vida privada, frente a un nuevo método de violar o lesionar la intimidad, como es la informática y, de forma concreta, en lo referido a la protección de datos de carácter personal.

b) Integran el segundo nivel de reconocimiento, aquellas constituciones que no realizan una mención expresa de la intimidad como derecho, y que acuden a fórmulas más genéricas, pero que al contrario, acogen manifestaciones de la intimidad. Así vemos como la Ley Fundamental de Bonn establece en su artículo 2o. la garantía del “libre desarrollo de la personalidad”, y la inviolabi-

lidad de la persona.<sup>16</sup> Por su parte, los artículos 10.1 y 13 acogen el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio respectivamente. La Constitución italiana reconoce de forma correlativa la inviolabilidad del domicilio (artículo 14) y el secreto de las comunicaciones (artículo 15). Por el contrario, del artículo 32 *in fine* no podemos extraer un reconocimiento claro de la intimidad, dado que el texto es sumamente genérico (“la ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”). Lo mismo puede manifestarse de la Constitución de Luxemburgo, que si bien reconoce la inviolabilidad del domicilio (artículo 15) y el secreto de la correspondencia (artículo 28), la fórmula que utiliza el artículo 11.3 es excesivamente genérica (“el Estado garantiza los derechos naturales de la persona humana y de la familia”).

Simple reconocimientos de manifestaciones, y de forma concreta de la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, encontramos en las constituciones de Suecia (artículo 60.), Confederación Helvética (artículo 36.4), Dinamarca (artículo 72) y Finlandia (artículos 11 y 12). Creemos que puede incluirse también en este grupo otras constituciones como la de Estados Unidos, cuya Enmienda IV acoge únicamente manifestaciones del derecho, y en un sentido muy genérico la intimidad. Es un reconocimiento propio para la época en que surge, si bien su contenido e interpretación ha variado, y sobre todo, ha sido completado con la Enmienda XIV. También podemos utilizar como ejemplos de reconocimiento fuera de nuestro entorno cultural y político, la Constitución de Japón, Islandia o Filipinas.

En todas ellas, parece existir un substrato en el reconocimiento y protección de la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones del derecho de propiedad que incluye la intimidad. Puede deducirse que se encuentran constitucionalmente en esa

<sup>16</sup> Esta omisión constitucional ha sido paliada de forma significativa por la Sentencia del Tribunal Federal del 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo y de Población, con la formulación de la denominada teoría de la “auto-determinación informativa”.

primera fase de la evolución del derecho a la intimidad, en el que existe una conexión y fundamentación con el derecho real. No se ha producido en ellas la configuración aislada o independiente de la intimidad que se da en otros derechos, incluso, es frecuente constatar una identificación de intimidad con aspectos del honor, o de la propia imagen. Falta un deslinde, una independencia del derecho y, sobre todo, falta una configuración doctrinal, jurisprudencial y legislativa de su contenido.

c) Por último, traemos al nivel más bajo de reconocimiento constitucional, aquellos ordenamientos que no recogen el derecho a la intimidad de forma concreta, y que además tampoco establecen con rango constitucional la garantía de manifestaciones clásicas del derecho. Hay que advertir que el desconocimiento constitucional no implica la inexistencia del derecho, dado que éste puede —y de hecho así ocurre por ejemplo en Francia, en el Reino Unido o en Estados Unidos— tener un reconocimiento con rango legal o jurisprudencial. Además de los dos citados en primer lugar, cabe incluir en este tercer grupo la Constitución de Austria y de Irlanda.

Otra explicación que puede darse al bajo nivel de reconocimiento del derecho a la intimidad en estos ordenamientos, lo constituye la circunstancia de que la mayoría de ellos comparan su propio ordenamiento con el internacional. En este último, como veremos a continuación, el reconocimiento es temprano y directo, además de que las garantías tienen vigencia y, de ello, la ausencia de un reconocimiento con rango constitucional.

## *2. El derecho a la vida privada en los textos internacionales*

Del análisis de los textos internacionales que a continuación se realiza, pretendemos obtener no sólo la ratificación de la existencia del reconocimiento del derecho a la vida privada, lo cual es significativo, sino que perseguimos también averiguar qué se pretende con su regulación y sobre todo qué alcance tiene en

ellos el derecho a la intimidad. Todo ello habrá que realizarlo teniendo en cuenta el contenido del artículo 10.2 de nuestra Constitución de 1978.<sup>17</sup>

Seguimos un orden cronológico en el reconocimiento internacional del derecho a la vida privada y no haremos distinción por el ámbito geográfico de vigencia de cada uno de los textos.

La primera declaración significativa en la tarea que nos ocupa es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,<sup>18</sup> en cuyo artículo 5o. se establece que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. También recoge esta declaración las dos manifestaciones clásicas de la intimidad: “Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad del domicilio” (artículo 9o.), y: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia” (artículo 10). Hay que advertir la importancia de este texto, con base en dos aspectos muy significativos, la fecha (1948) y el ámbito geográfico.

La fecha nos pone de manifiesto que es la primera declaración internacional de derechos que acoge de forma expresa el respeto a la vida privada, y lo hace como consecuencia de una concepción de la persona, a la cual le corresponde una serie de derechos que no nacen del hecho de ser nacional de un determinado país, o como extensión del derecho de propiedad, sino que tienen como fundamento a la persona humana, su dignidad y libertad.

Por su parte, la ubicación geográfica nos hace entender que las declaraciones de derechos o el reconocimiento más avanzado de

<sup>17</sup> El artículo 10.2 establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>18</sup> Aprobada como recomendación por la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

los mismos no se circunscribe únicamente a los países del entorno europeo. En muchas ocasiones participamos de la idea de que es en nuestro ámbito geográfico donde se reconocen y respetan de forma exclusiva los derechos fundamentales.

Con muy pocos meses de diferencia, verá la luz la declaración quizás más importante en el ámbito internacional al respecto de los derechos. Se trata de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948.<sup>19</sup> Su tono es considerablemente más imperativo que la Declaración Americana de Derechos y Deberes (ésta utiliza el giro “Toda persona tiene derecho a...”), por el contrario aquélla utiliza la sintaxis comenzando por “nadie será objeto de injerencias...”. Pese a ello, no puede deducirse de la utilización lingüística ni una mayor pretensión de reconocimiento ni tampoco más garantía.

La Declaración de 1948 establece en su artículo 12 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”.

A diferencia de la Declaración Americana, la Declaración Universal aglutina en un mismo artículo la protección de la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Por el contrario, coinciden en recoger ambas en el mismo artículo la honra y la reputación. Ello tiene diversas interpretaciones. Una de ellas atiende a la idea de que se agrupan en el mismo artículo aquellos derechos que tienen una raíz común, en este caso la protección de la dignidad de la persona. Son distintas manifestaciones de una misma pretensión. Otros autores quieren ver en ello dos ámbitos de protección separados por lo público y lo privado. De esta forma, el derecho a la intimidad protegería el ámbito privado y, por su parte, el derecho a la buena fama ampararía frente a las acciones dirigidas a extender y hacer públicos faltas

<sup>19</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

o defectos verdaderos, pero no públicos o imputar falsamente delitos.<sup>20</sup> La conjunción de ambas explicaciones nos da una interpretación a nuestro entender acertada. El objetivo que se persigue con la protección de la vida privada es el mismo que cuando se protege la honra y la fama, la dignidad de la persona. Ahora bien, cada uno de estos derechos opera en un ámbito distinto; la intimidad lo hace hacia dentro del individuo; la honra y la fama hacia el exterior. Y ello se da, porque la intimidad no adquiere una intencionalidad expansiva hasta la introducción de las nuevas tecnologías, y en concreto de la informática, y sobre todo, hasta que no se la considera como un ámbito de libertad.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>21</sup> existe una referencia tangencial a la vida privada en el artículo 6o., referida a la prohibición del acceso a la sala de juicio, de la prensa o el público, cuando “los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan...”. Por el contrario, en el artículo 8o. la referencia es central. Establece que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia...”. Dos comentarios devienen necesarios respecto del citado artículo del Convenio. El primero es que ha desaparecido la unión de la vida privada y la honra y fama en un mismo artículo. Es más, el Convenio no recoge de forma explícita estos últimos derechos. Con ello se aparta de las declaraciones anteriormente estudiadas. El segundo aspecto significativo es que el artículo 8o. recoge las excepciones a la vigencia del derecho, que se concretan en las siguientes: que la injerencia

esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del

<sup>20</sup> Sustentan esta última opinión Hervada y Zumaquero, en su obra *Textos internacionales de derechos fundamentales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1978, p. 145.

<sup>21</sup> Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Como puede comprobarse, muchas son las excepciones, y con ser ello grave aún lo es más la indefinición jurídica de muchos de los conceptos utilizados como límite. Como veremos en el capítulo dedicado a la vida privada en el ordenamiento jurídico europeo, las excepciones se constituyen en dificultad, dado que son el centro de la interpretación, aplicación y garantía del derecho. Su vigencia o no, es lo que decanta en la mayoría de las ocasiones el reconocimiento o la violación del derecho.

Pese a todo, hemos de manifestar que, a diferencia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, el Convenio de 1950 establece unos elementos de garantía (procedimentales e institucionales), lo que supone un significativo avance en el ejercicio efectivo del derecho y de forma genérica en la protección de la vida privada.<sup>22</sup>

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966<sup>23</sup> vuelve al contenido de la Declaración Americana de Derechos y Deberes y a la Declaración Universal de 1948. Así podemos ver cómo el artículo 12 de ésta última y el 17 del Pacto<sup>24</sup> son casi literalmente iguales. Pese a lo manifestado, Fariñas Matoni<sup>25</sup> advierte una diferencia significativa, el Pacto añade al contenido de

<sup>22</sup> Un estudio más extenso lo dedicaremos a la protección de la intimidad en Europa en el apartado VI de esta obra.

<sup>23</sup> Ratificado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su Resolución 2200 A (XXI), que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>24</sup> El contenido del artículo 17 del Pacto es:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques.

<sup>25</sup> Fariñas Matoni, Luis Ma., *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1982, p. 259.

la Declaración el adjetivo de ilegales. Continúa manifestando el autor, que “el concepto *arbitrario* es más amplio de contenido que el concepto *ilegal*, pero este segundo al ser más específico, es mejor definidor de las características que las injerencias deben revestir para ser reputadas como inadmisibles”.

El Pacto de San José de Costa Rica de 1970 dedica su artículo 11 a la protección de la honra y de la dignidad, y reitera los contenidos de las declaraciones y pactos vistos, a excepción del Convenio de Roma.

En 1981, verá la luz el Convenio sobre la protección de las personas en lo relativo al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.<sup>26</sup> En él, como establece su Preámbulo, se pretende ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, y “concretamente el derecho al respeto a la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos informatizados”. A pesar de no ser un convenio destinado al reconocimiento genérico de derechos y libertades, pudiera parecer que las referencias a la protección de la intimidad serán tangenciales, pero a la vista del artículo 1o. quizás no pueda mantenerse esta argumentación. El citado artículo establece que:

El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal...

La Declaración del Parlamento Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales<sup>27</sup> hace referencia a la vida privada en su artículo 6.1, donde se declara que: “toda persona tiene derecho al respeto y a la protección de su identidad”. El apartado segundo

<sup>26</sup> Adoptado por el Parlamento Europeo el 28 de enero de 1981.

<sup>27</sup> Aprobada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989.

establece que: “se garantiza el respeto de la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio y las comunicaciones privadas”.

También la Convención sobre los derechos del niño<sup>28</sup> reitera en un ámbito personal concreto, como es el del menor, la protección de la intimidad. La única diferencia del artículo 16<sup>29</sup> de esta Convención es el destinatario, que se singulariza, dado que en las declaraciones analizadas el sujeto es genérico (toda persona) y en ésta, lo es el niño. Hasta tal punto esto es así, que el modelo es literal al del artículo 12 de la Declaración Universal, o al artículo 17 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, sustituyendo “toda persona” por el sustantivo “el niño”.

La Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes<sup>30</sup>, en su artículo 9o., establece que: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones”. Como puede verse, sigue el modelo de reconocimiento del Convenio Europeo, y lo ratifica, acogiendo en el mismo orden, las excepciones que establece el artículo 8o. a la vigencia del derecho a la intimidad.

Por último, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004, incluye en su Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y establece en su artículo II-67 el respeto a la vida privada, y de forma concreta dispone que: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

<sup>28</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

<sup>29</sup> El texto del artículo es el siguiente: 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

<sup>30</sup> Hecha en Minsk el 26 de mayo de 1995.

#### IV. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA<sup>31</sup>

El artículo 18 de la Constitución española de 1978 (en adelante CE) regula de forma amplia un conjunto de derechos que tienen como tronco común la dignidad de la persona humana, estableciendo de forma expresa:

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

Con ello nuestra Constitución acude a la fórmula de reconocimiento que había usado la portuguesa de 1976, en cuyo artículo 26.1 se establece que: “A todos se les reconoce el derecho a la identidad personal, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen y a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar”. En lo referido a los apartados 2 y 3 del artículo 18, se acude para su redacción a la tradición constitucional española, para volver a la intencionalidad de la Constitución lusa, en su artículo 35, en la redacción del apartado cuarto del artículo 18 de nuestra norma suprema.

Pese a que se sigue la intencionalidad de la Constitución de Portugal, no se hace con literalidad, de tal forma que observamos entre ambos textos una diferencia significativa. El texto luso es-

<sup>31</sup> Un estudio *in extenso* del derecho a la intimidad se realiza en Rebollo Delgado, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2a., ed., Madrid, Dykinson, 2005.

tablece que “a todos se les reconoce”, por su parte, la CE es más taxativa en el empleo del lenguaje y utiliza la fórmula “se garantiza”. Y este término es inusual en nuestro texto constitucional, y lo es tanto que sólo se utiliza en dos artículos, en dos ocasiones en el artículo 18 (apartados 1 y 2) y en el artículo 16.1 (referido a la libertad ideológica, religiosa y de culto). Nótese que en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y en general en el Título I, la fórmula más usada es la de “se reconoce...” o la de “toda persona tiene derecho a ...”. Con ello parece darse a entender una esencialidad en la efectividad del derecho a la vida privada y en el respeto a la libertad ideológica y religiosa. Y pese a que no puede establecerse una jerarquía entre los derechos fundamentales, sí cabe decir que dada la fundamentación teleológica de la Constitución en la persona, los derechos de la personalidad son los que implícitamente y de forma más directamente están relacionados con ella, ya que suponen la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana. Quizás por ello se usa el término más rotundo de “... se garantiza...” en lugar de las otras fórmulas.

Así, nuestro constituyente se aparta de las tesis *positivistas* en la concepción de los derechos fundamentales. Éstas los configuran como un sistema cerrado de normas jurídicas y estos derechos sólo existen cuando la Constitución los recoge. Por el contrario, la opción de la CE es por una tesis *iusnaturalista*, que supone considerar los derechos fundamentales como respuesta a los intereses y exigencias sociales en un momento histórico determinado y que son en todo caso imprescindibles para un integral desarrollo de la persona humana.

### 1. *El desarrollo legislativo*

Los contenidos del artículo 18 de la CE que analizamos, al igual que cualquier otro derecho fundamental, no requieren del desarrollo legislativo para su aplicabilidad ni para su eficacia. Pese a ello, el artículo 53, también de la CE, incorpora el re-

quisito de que el desarrollo legislativo de derechos y libertades fundamentales habrá de realizarse mediante ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. Por último, el artículo 81 del mismo texto especifica qué tipo de ley será aquella relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que no es otra que la de carácter orgánico.

De esta forma, bajo la cobertura constitucional surgen dos leyes que tienen como núcleo central de su protección la vida privada. La Ley Orgánica 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 15/1999, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. La primera de las citadas atiende a la garantía civil de los derechos en claro desarrollo del artículo 18.1 de la CE. La segunda cumple el mandato contenido en el artículo 18.4 de la CE, el cual establece que “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”.

## *2. Conceptos acumulativos y definición del derecho a la intimidad*

Es conveniente analizar las diversas fases por las que ha pasado el derecho a la intimidad, así como la coincidencia de éstas con varias concepciones, que resumimos a continuación:

a) Concepto objetivo: Atiende éste en esencia a la etimología del concepto, y coincide con la segunda acepción de intimidad dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es decir “zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

El concepto objetivo de derecho a la intimidad tiene su desarrollo en la denominada —por la doctrina alemana— teoría de las esferas o de los círculos concéntricos, en virtud de la cual el núcleo, lo más interior, lo constituye lo íntimo, en una parte más externa encontramos lo familiar, en otra lo secreto o confidencial, siendo la última esfera lo público. Como ya hemos manifestado, estas

esferas no son uniformes, sino que cada individuo las configura atendiendo a sus pretensiones y de forma completamente libre.

También usa este concepto de intimidad el Tribunal Constitucional, cuando manifiesta que es necesaria “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana”.

b) Concepto subjetivo: Se identifica éste en esencia con el denominado “derecho a la autodeterminación informativa”. Su argumentación moderna la encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1983 relativa a la Ley del Censo y de Población. En ella se establece que del artículo 2o. de la Ley Fundamental de Bonn surge “la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”.

En definitiva este concepto de vida privada se identifica con un ámbito de plena disponibilidad por parte del individuo, siendo éste el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento genérico.

El Tribunal Constitucional ha utilizado este concepto en numerosas ocasiones. Cuando manifiesta que el derecho a la vida privada es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otros.<sup>4</sup> Existe para el Tribunal un ámbito propio de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo que el interesado lo consienta.

Conviene reseñar que los dos conceptos estudiados tienen plena incardinación con la evolución tanto de la idea como del derecho a la intimidad. El concepto objetivo se identifica con la protección de un ámbito concreto del individuo, de su dignidad como persona y en esencia con la concepción de la vida privada como un derecho de defensa. El concepto subjetivo atiende al elemento de libertad como trasfondo de la intimidad. Es una extensión de la idea y del derecho de intimidad que alcanza no

sólo la defensa de un ámbito, sino la posibilidad del individuo de intervenir en lo que es externo a él, pero que le afecta. Cada persona tiene derecho a *controlar* lo que de ella se conoce, los datos a ella relativos, y el ordenamiento jurídico debe establecer los mecanismos necesarios para que este derecho sea efectivo.

c) Encontramos un tercer concepto de derecho a la vida privada en la denominada teoría del mosaico. Ésta es una configuración doctrinal reciente y que surge como explicación a la necesidad de protección de la intimidad del individuo frente a las amenazas que de forma genérica los nuevos ingenios tecnológicos y, en concreto la informática, suponen. Ha sido formulada por Madrid Conesa, quien entiende que

la teoría de las esferas no es válida, dado que hoy los conceptos de lo público y lo privado son relativos, pues existen datos que *a priori* son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que unidos unos con otros, pueden servir para configurar una idea prácticamente completa de cualquier individuo, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado.<sup>32</sup>

La concepción del derecho a la vida privada que une la definición objetiva y subjetiva nos parece hoy la más acorde tanto con la idea de derecho a la intimidad como con las necesidades de nuestro ordenamiento jurídico. Se debe ello en esencia a la evolución del derecho a la vida privada, el cual ha ido ensanchando sus límites y su configuración, partiendo del núcleo de ser un derecho de defensa y de exclusión o no intromisión, hasta convertirse en un derecho que posibilita el control de aquello que al individuo afecta y debe ser controlado y modulado por él. El derecho a la vida privada hace referencia primeramente a un espacio restringido de libre disposición por parte del individuo,

<sup>32</sup> Madrid Conesa, F., *Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, p. 45.

pero su pleno desarrollo se da en relación a los demás tanto para hacerlo valer como para compartirlo.

Pero el concepto de derecho a la vida privada no puede en ningún caso ser cerrado, puesto que en él interviene un fuerte componente subjetivo, y así varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra. Son elementos determinantes en su configuración la edad, la cultura, la educación, la comunidad en la que nos integramos. De entre ellos, el elemento de mayor influencia en la determinación del contenido esencial del derecho a la intimidad es la conformación social que de él realiza una sociedad en un momento determinado. Vemos en definitiva cómo en el derecho a la intimidad existe un fundamento inexorable, la dignidad humana y el libre desarrollo y configuración de su personalidad. Se unen a ello las pretensiones personales centrales para la configuración de cada individuo (lo privado), elementos sociales que determinan o condicionan esta autonomía (lo público), y la plena disposición de un ámbito concreto por parte del sujeto titular del derecho (voluntariedad). Las circunstancias apuntadas se ubican en un contexto temporal y social que influye de forma determinante en la configuración del derecho a la intimidad (delimitación jurídica). Por último hemos de prolongar la protección de un ámbito privado a otro público, donde el individuo pueda conocer y controlar lo que a él le afecta en su intimidad, pero que se encuentra fuera de su reducto particular de intimidad (autodeterminación, libertad o configuración activa).

Con lo manifestado, cabe entender el derecho a la vida privada como la protección de la autorrealización del individuo. Es el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como a controlar el conocimiento que terceros tienen de él. La intimidad es el elemento de desconexión social. El concepto de derecho a la vida privada como estricto derecho de defensa tiene incardinación directa en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. La potestad de control de lo que afecta al individuo en su ámbito de intimidad tiene una correlación también directa con la libertad.

## V. ORIGEN Y NECESIDAD DE LA REGULACIÓN RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Es una circunstancia constatada que las normas surgen como consecuencia de una necesidad social, lo que hace del derecho una fórmula de solucionar conflictos, ya sean éstos individuales o colectivos. La necesidad de una regulación jurídica al respecto de la protección de datos no surge hasta que su uso puede ser lesivo de derechos. Por ello estimo conveniente hacer un análisis paralelo de la evolución de las posibilidades técnicas de la informática y del desarrollo normativo.

### 1. *Antecedentes históricos y jurídicos*

En 1935 el presidente norteamericano Roosevelt aprueba la *Social Security Act* que, con una finalidad social, pretendía la actualización de datos relativos a trabajadores, como la asistencia médica, pensiones y otros beneficios. Ello supuso el primer gran reto del tratamiento de datos, debido al ingente número que se recogía y que había de multiplicarse por millones de trabajadores. Sin embargo, los medios técnicos de la época eran escasos, lo que supuso un cumplimiento parcial de los objetivos, a la vez que evidenció la necesidad de herramientas técnicas para tan ingentes trabajos. Pero como es lógico deducir, las necesidades sociales en el ámbito civil, o las pretensiones de las empresas, no eran suficientes para dar el empuje necesario. A lo más que se había llegado era al descubrimiento del profesor alemán Konrad Suze en 1941, del denominado Z3, que apuntaba las posibilidades, a la vez que explicitaba las necesidades de mejoras.

El verdadero impulso técnico viene de la pretensión constante y de una no menor aportación económica, de mejorar y perfeccionar las técnicas de guerra. En 1943, un conjunto de expertos al servicio del ejército británico construyó el denominado *Colossus*, que tenía como finalidad descifrar en pocos segundos los mensa-

jes secretos de los nazis durante la II Guerra Mundial. También con motivo de la carrera armamentística, en 1945 se fabrica en Estados Unidos el ENIAC<sup>33</sup> en el laboratorio de Los Álamos, donde se estaba desarrollando la bomba atómica. En el mismo año, el profesor John von Neumann formula lo que se considera como el primer programa de ordenador que podía realizar una simple operación contable, y en el mismo año realiza un informe donde establece las bases teóricas de los ordenadores.

En junio de 1950 se introducen las primeras aplicaciones civiles de la informática, la multinacional norteamericana Remington Rand entrega el primer ordenador de uso comercial, comienza la producción en serie. En 1952, en un programa especial de la cadena de televisión norteamericana CBS, se utiliza un ordenador para hacer predicciones electorales sobre la candidatura presidencial de Eisenhower y Stevenson. También se produce de forma inmediata el uso de la informática en el ámbito empresarial en Estados Unidos. Así, en 1954 la multinacional General Electric compra un ordenador UNIVAC<sup>34</sup> para procesar datos de contabilidad. También en 1960 se siguen utilizando los ordenadores para hacer predicciones electorales, que igualmente resultan acertadas (en este caso la victoria de Kennedy sobre R. Nixon). Hasta 1958, y también con finalidad militar, se introduce el proceso de datos en tiempo real. IBM fabrica el SAGE,<sup>35</sup> para el sistema de defensa aérea de Estados Unidos.

Como puede apreciarse, de forma paulatina se produce una mayor y mejor aplicación de los ordenadores de la época, que podían gestionar una gran cantidad de datos, entre ellos habría que distinguir los técnicos (contabilidad, gestión, etcétera) y por otro lado estarían los relativos a las personas. Respecto a éstos, su tratamiento informático multiplicaba exponencialmente el uso de esa información y, como consecuencia, la posible lesión de derechos individuales.

<sup>33</sup> ENIAC (Electronic Numerical Integrator And Calculator).

<sup>34</sup> UNIVAC (Universal Automático Calculador).

<sup>35</sup> SAGE (Semi Automatic Ground Environmet).

Probablemente el primer autor consciente de este potencial peligro será Arthur R. Miller,<sup>36</sup> quien ya en 1969 es consciente de los problemas jurídicos relacionados con la intimidad que puede generar la informática. También en 1972, A. Westin publicará una monografía con la misma preocupación, después de realizar un estudio de las bases de datos más importantes en Estados Unidos concluye su obra alertando sobre posibles usos lesivos.<sup>37</sup>

Este interés por el uso lesivo de la informática se irá incrementando en la medida en que se produce el avance tecnológico, y especialmente cuando se empieza a generalizar el uso del ordenador, no sólo por empresas o instituciones, sino también por particulares. De esta forma se inicia la regulación jurídica como la más plausible constatación del peligro respecto de derechos fundamentales que aquélla lleva implícita. Al contrario de lo que hubiera parecido lógico, es decir, que la primera norma sobre protección de datos surgiera en Estados Unidos, debido a que este país es pionero en el desarrollo de los ordenadores, su generalización y la multiplicidad de aplicaciones prácticas será en Europa —y de forma más concreta en el *Länder* alemán de Hesse—, donde se publicará la primera norma que limite el uso de la informática, se trata de la *Datenschutz* de 7 de octubre de 1970, y le seguirá la *Data Lag* de Suecia en 1973.

No puede afirmarse que estas dos primigenias normas surgen de la nada, sino que por el contrario son plasmación jurídica de las pretensiones apuntadas con anterioridad por órganos de la Unión Europea. En 1967, el Consejo de Europa constituyó una comisión consultiva para el estudio de las tecnologías de la información y su potencial lesividad de derechos de las personas. El trabajo de esta comisión se plasmó en la Resolución 509 de 1968 de la Asamblea del Consejo de Europa, que tiene como finali-

<sup>36</sup> Miller, A. R., "Personal Privacy in the Computer Age: the Challenge of a New Technology and Information Oriented Society", *Michigan Law Review*, núm. 67, 1969, pp. 1.089-1.246.

<sup>37</sup> Westin, A. F., *Data Banks in a Free Society*, New York, Quadrangle, 1972.

dad poner de manifiesto la posible confrontación entre derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos. En 1973, el Comité de Ministros del Consejo de Europa publica la Resolución<sup>38</sup> en la que se recomienda a los Estados miembros tomar determinadas precauciones para evitar el uso indebido o abuso de los datos de carácter personal incluidos en bancos de datos en el sector privado. Un año más tarde emitirá otra Resolución<sup>39</sup> de igual contenido y pretensión, pero en este caso referida a los bancos de datos del sector público.

En 1974 entrará en vigor en Estados Unidos la *Privacy Act*, que sería el texto más completo y mejor estructurado jurídicamente hasta esa fecha, y que es el auténtico precursor de las posteriores normas sobre protección de datos de carácter personal.

Pese a lo manifestado, tecnológicamente aún estaba por llegar lo mejor. En 1965, L. Roberts y T. Merrill conectan por primera vez dos ordenadores a través de una línea de teléfono y constatan la facilidad con que pueden transmitirse datos de uno a otro, nace así ARPANET, que ya en 1970, además de los usos militares, ofrecía correo electrónico y transferencia de ficheros dentro de Estados Unidos y en 1973 se conseguían las primeras conexiones internacionales. Lo que se pone en comunicación en un principio son ordenadores individuales, pero con posterioridad lo que se conecta son redes o conjuntos de ordenadores. Como manifiesta De Andrés Blasco, esta nueva situación sacó a relucir ciertos problemas de diseño primario de la red: “ARPANET era una red diseñada para interconectar ordenadores y no para interconectar redes de ordenadores”.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Resolución núm. 73 de 26 de septiembre de 1973, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector privado.

<sup>39</sup> Resolución núm. 74 de 20 de septiembre de 1974, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector público.

<sup>40</sup> Andrés Blasco, J., de, “¿Qué es Internet?”, en García Mexía, P. (dir.), *Principios de derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 39.

La red ARPANET fue incorporando mejoras técnicas, unificando las posibilidades de conectar ordenadores de distintos fabricantes y descubriendo sus enormes posibilidades, basadas en que a través de un hilo telefónico podían conectarse y transmitirse datos entre una multiplicidad de ordenadores. El funcionamiento de ARPANET, al igual que el de Internet se basa en una serie de protocolos, entendiéndose por tales un conjunto de reglas que permiten estandarizar un procedimiento repetitivo. El 1o. de enero de 1983 se sustituye el protocolo NCP por el de TCP/IP, se separa la parte militar, denominada Milnet y surge Internet, que coexiste con ARPANET hasta 1990; así, un año después apareció la *World Wide Web* como hoy la conocemos. La generalización de su uso alejaba la informática del ámbito técnico y la colocaba en la centralidad de la vida del ciudadano, ya no es únicamente una herramienta de trabajo, sino también un medio global de intercambio de información de datos y un potentísimo medio de comunicación.

Pero pese a ser la Red un ejemplo de colaboración y solidaridad, así como una magnífica herramienta para la sociedad, pronto se confirmó la misma necesidad que hemos analizado en los primeros usos de la informática, las potencialidades técnicas puestas en la mano del hombre corren el riesgo de lesionar derechos fundamentales, lo que requiere la intervención del Estado para que a través de la legislación establezca medios de evitar la vulneración de derechos.

El problema añadido ahora, con la generalización o globalización del uso de la Red, es que el Estado no tiene posibilidad efectiva de controlar determinadas actividades, su actuación se ve limitada por el ámbito de vigencia de las propias normas estatales.

Como puede comprobarse, todo avance tecnológico que implique un uso social finaliza requiriendo la intervención jurídica, pero en este caso ya no únicamente del Estado, debido a que la existencia de un espacio virtual transfronterizo requiere para la informática y del uso de la Red una regulación universal que, como veremos más adelante, plantea no pocas dificultades.

## 2. *Generaciones en la protección de datos*

Puede parecer lógico hacer coincidir las denominadas cuatro generaciones en la evolución de los ordenadores, en las comúnmente llamadas también generaciones en las leyes de protección de datos. Conviene no obstante analizar estas evoluciones para constatar su no coincidencia, si bien hay en ellas una lógica dependencia, dado que hasta que no se constata la posibilidad técnica, y ésta se generaliza, no surge la necesidad jurídica.

a) La primera generación de ordenadores se desarrolla entre 1951 y 1958, éstos emplean válvulas de vacío para procesar la información y sus capacidades son muy limitadas, así como su perfección técnica y programación, que es costosa y sometida a errores humanos, debido a que su eje de funcionamiento son las tarjetas perforadas. El modelo no es comercializable y sus potencialidades aún no tienen una gran aplicación práctica.

b) La segunda generación comprende de 1959 a 1964. Esta segunda generación va unida al uso del transistor que posibilita ordenadores más rápidos, mucho más pequeños y con nuevos inconvenientes técnicos, a la vez que se desarrolla la programación. Estos ordenadores comienzan a tener aplicaciones prácticas generalizadas, como la reserva de billetes en líneas aéreas, control del tráfico aéreo y las grandes empresas empiezan a utilizarlos para el ejercicio de actividades tales como la contabilidad, la gestión de nóminas o de inventarios.

c) La tercera generación de ordenadores se desarrolla entre 1964 y 1971 y es producto directo de la aparición del *chip* de silicio. Ello multiplicó exponencialmente las posibilidades del ordenador, a la vez que se vuelve a producir una reducción muy considerable de su tamaño. Los fabricantes de ordenadores incrementan las posibilidades de uso, a la vez que se produce su estandarización.

d) La cuarta generación va de 1971 hasta la actualidad y este periodo viene marcado por dos significativas mejoras tecnológicas: la sustitución de las memorias con núcleos magnéticos por la

de los *chips* de silicio, y la colocación de muchos más componentes en el *chip* producto de la microminiaturización de los circuitos electrónicos. La reducción del tamaño produce la aparición del ordenador personal y su integración como elemento central de las telecomunicaciones.

La primera generación de normas relativas a la protección de datos establece unos medios de protección acordes con las necesidades existentes. El uso de las bases de datos se realiza esencialmente por la administración pública. El conocimiento de los datos es difícilmente generalizable o instrumentalizable, por ello la protección se centra sobre el espacio físico en que se ubica la información (ordenador y base de datos) y se lleva a cabo mediante la autorización previa para su acceso y uso. No hay conciencia en esta primera generación de un uso indebido de los datos por parte de los ciudadanos, entre otras razones por la imposibilidad técnica. En esta primera generación de normas habría que incluir la *Datenschutz* de 7 de octubre de 1970, la *Data Lag* sueca de 11 de mayo de 1973 y la *Landesdatenschutzgesetz* de 24 de enero de 1974 del *Länd* de Renania-Palatinado.

En ninguna de estas normas se hace referencia a los ficheros de carácter privado, únicamente son potencialmente lesivos los públicos, debido al elevado coste de adquisición de los ordenadores de la época. Otro elemento común en estas primeras normas es la creación de instituciones encargadas del control del tratamiento de datos y que rinden cuentas directamente al Parlamento, a la vez que tienen la obligación de elevar periódicamente informes sobre el funcionamiento de los equipos informáticos y su relación con la vigencia de los derechos fundamentales.

La segunda generación de normas relativas a la protección de datos ahonda en la pretensión de conservar la calidad de los datos y tiene presente que el uso indebido de los mismos por personas de fuera del ámbito de instituciones estatales puede lesionar los derechos fundamentales. Exponente de esta segunda generación es la *Privacy Act* de 1974 en Estados Unidos. Con ella se establece que el tratamiento de la información personal debe

estar justificado, a la vez que ser necesario para el desempeño de las funciones propias del organismo que hace uso de ellos. Se establecen en esta generación de normas los principios básicos en el tratamiento de datos, como son el consentimiento del titular, el derecho de acceso y control, así como la obligación de mantener la calidad de los datos y, en todo caso, informar en el momento de la recogida de éstos, la finalidad de los mismos.

Una segunda fase dentro de esta generación es las leyes que inciden en la protección de determinados datos personales, los ahora denominados “datos sensibles” (raza, religión, sexo, ideología, etcétera). El máximo exponente normativo de este periodo es sin duda la Ley francesa de 6 de enero de 1978, que a lo largo de 45 artículos desarrolla lo que en un futuro muy próximo sería contenido en las normas dedicadas a la protección de datos de carácter personal. El avance que supone la norma francesa radica en extrapolar el problema de la relación informática-derechos fundamentales, de lo personal o individual a lo colectivo. También a este periodo corresponde la *Datenschutz*, de 27 de enero de 1977 de la entonces República Federal de Alemania.

Como puede comprobarse, a finales de los años setenta, e incluso a principios de los ochenta, es plausible la constatación del potencial lesivo que lleva implícito el uso de la informática, a la vez que se es consciente en estas fechas de lo vertiginoso del avance tecnológico. La norma alemana refuerza la protección de los datos personales frente al Estado, debido a la sensibilidad del pueblo alemán a las técnicas de control social de éste. Otro aspecto a destacar de esta norma es que amplía su vigencia a los ficheros particulares, en la idea de que tan susceptibles de lesionar derechos son éstos, como los públicos.

La tercera generación de normas relativas a la protección de datos tiene a nuestro juicio dos desencadenantes concretos. El primero es la sentencia del Tribunal Federal Alemán del 15 de septiembre de 1983, en virtud de la cual se declaran inconstitucionales algunos preceptos de la Ley del Censo de 1982. Esta norma requería a los ciudadanos la contestación obligatoria de

unos cuestionarios que contenían aproximadamente 160 preguntas. El no cumplimiento conllevaba la imposición de fuertes sanciones económicas. Además, la finalidad de los datos no era meramente estadística, sino que podía ser utilizada por cualquier administración, siempre y cuando fuera útil a sus funciones. El Tribunal Federal alemán declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley del Censo y configuró un nuevo concepto al que denominó derecho a la autodeterminación informativa, como derecho que tiene el individuo “de decir básicamente por sí solo la difusión y utilización de sus datos personales”. El segundo elemento fundamental para requerir un avance en la legislación relativa a la protección de datos ya lo conocemos, la aparición el 1o. de enero de 1983 de Internet, con todo lo que ello lleva implícito.

El planteamiento del problema en estas fechas es sencillo, la evolución técnica, y de forma concreta de las telecomunicaciones, hace posible la vulneración de derechos fundamentales con gran facilidad. Las soluciones dadas hasta el momento ya no son útiles, se requiere un tipo de normas que parta de las posibilidades técnicas actuales, y que sea consciente de la internacionalización del problema.

De esta forma los países que ya contaban con normas específicas sobre protección de datos se vieron obligados a su modificación, como es el caso de la *Privacy Act*, o la norma alemana, de igual manera que surgen otras en países que hasta ahora no tenían una protección específica. En 1991 se publica en Portugal la *Lei de Protecção de Dados Pessoais a Informatica*; en 1992 se publica en España la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Un último elemento dentro de esta evolución, y de forma concreta en el ámbito europeo, cabe reseñar. Se trata de la constatación de la necesidad de una legislación a nivel supranacional que unifique la disparidad legislativa y establezca medios de actualización jurídica con respecto a las posibilidades técnicas ya existentes. Surge así la Directiva 95/46/CE, que en su considerando 14 establece la “importancia

que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas...”.

Dos años más tarde, de nuevo se hizo necesaria otra norma, ésta con carácter más genérico, relativa a las telecomunicaciones por parte de la Unión Europea. Se trata de la Directiva 97/66/CE, que obliga a los Estados miembros a la creación de normas para garantizar la confidencialidad de las comunicaciones a través de redes públicas. El objetivo primordial es el establecimiento en toda la Unión “de un nivel equivalente de protección de las libertades y de los derechos fundamentales y, en particular, el derecho a la intimidad, en lo que hace referencia al tratamiento de datos personales en el sector de las comunicaciones”. La Directiva establece de esta forma las obligaciones y derechos tanto de abonados como de proveedores en el ámbito de las telecomunicaciones. Se hace especial incidencia en las obligaciones de proveedores, que tienen en todo caso que preservar la seguridad de sus servicios, garantizar la confidencialidad de sus comunicaciones, así como se limitan de forma tasada los datos que el proveedor puede almacenar al respecto del usuario.

Consecuencia de estas dos directivas citadas, el ordenamiento jurídico español hubo de modificar la Ley de 1992 por la vigente Ley Orgánica 15/1999, con ello nuestro ordenamiento jurídico adquiere un nivel de protección frente al tratamiento de datos de carácter personal, del máximo nivel de garantía.

## VI. REGULACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE DATOS

### 1. *La necesidad de un reconocimiento genérico en el derecho internacional*

Con carácter internacional, y en lo relativo a la protección de datos, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Hu-

manos establece en 1990<sup>41</sup> unos principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales, que se vincula con la Carta de Naciones Unidas y los derechos allí reconocidos. Aunque el alcance de esta declaración de principios es “aplicable a los ficheros de las organizaciones internacionales gubernamentales”, tiene implícita una pretensión de generalidad.

La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos<sup>42</sup> establece con nitidez en 1997, la obligación de proteger los datos genéticos que puedan vincularse con una persona individualmente identificada o identificable. De forma concreta, su artículo 7o. establece que “se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

En el mismo año, se aprueba por el Consejo de Europa el Convenio de Bioética,<sup>43</sup> y que como establece su artículo 1o., tiene como objeto y finalidad la de proteger “al ser humano en su dignidad e integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”, obligándose los Estados miembros a la adopción en su derecho interno de “las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente convenio”. De destacar es el reconocimiento en el ámbito de la actuación médica, el establecimiento del principio del consentimiento informado, y especial referencia cabe hacer al respecto de la vida privada, que viene regulado en el artículo 10.1, estableciendo que: “Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a la salud”. Es significativo también el contenido

<sup>41</sup> Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>42</sup> Proclamada por la Conferencia General el 11 de noviembre de 1997 y adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998.

<sup>43</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997.

del artículo 12, donde se introducen importantes restricciones en las pruebas genéticas predictivas, dado que establece de forma concreta que “sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado”.

En definitiva, y como recoge Romeo Casabona:

Lo que se quiere proteger principalmente por medio de este precepto es la intimidad de las personas respecto a sus datos genéticos vinculados con la salud. Al mismo tiempo, impedir la realización de pruebas genéticas como requisito previo a cualquier actividad o participación en la vida social, como un contrato de trabajo o de seguro u otras relaciones sociales ajenas a los intereses de la salud del individuo implicado, pues aquéllas están excluidas de las anteriores, con el fin de prevenir todo foco de discriminación en estos y en otros ámbitos semejantes.<sup>44</sup>

Por último, es de referencia necesaria la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos<sup>45</sup> que, como su artículo 1o. establece, tiene como objeto:

Velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan...

Especial relevancia tiene en el ámbito que nos ocupa su artículo 14, dedicado a la “privacidad y confidencialidad”. En su apartado a) se establece que: “Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad

<sup>44</sup> Romeo Casabona, C. Ma., “El tratamiento y la protección de los datos genéticos”, en Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.), *Gen-Ética*, Barcelona, Ariel, 2003, cap. 10, p. 248.

<sup>45</sup> Proclamada por la Conferencia General el 16 de octubre de 2003.

de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo identificable, de conformidad con el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos<sup>77</sup>. En su apartado c) establece la Declaración, la denominada disociación, en virtud de la cual:

por lo general, los datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas obtenidos con fines de investigación científica no deberían estar asociados con una persona identificable. Aun cuando estén disociados de la identidad de una persona, deberán adoptarse las precauciones necesarias para garantizar la seguridad de esos datos o esas muestras biológicas.

Muy recientemente, la UNESCO proclama la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos,<sup>46</sup> y en su artículo 9o. se establece que:

Se deberá respetar la privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe. En la mayor medida posible, esa información no deberá utilizarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos.

Como fácilmente puede apreciarse de lo relacionado hasta aquí, la regulación internacional relativa a la protección de datos es muy específica. Al contrario de como veremos a continuación en el ámbito supranacional europeo, se constata la ausencia de una norma que establezca delimitaciones y obligaciones jurídicas comunes en el ámbito de la protección de datos de carácter personal. La existencia de una norma de este tipo y con este ámbito vendría a solventar dos problemas actuales. Uno sería el establecimiento de unos principios básicos de actuación coercitiva, que fueran substrato común de todos los países, especialmente de aquellos que adolecen de una regulación concreta. Una se-

<sup>46</sup> Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 5 de agosto de 2005.

gunda virtud de esta necesaria regulación sería evitar la práctica tan común de ir eludiendo determinados países, dependiendo de la mayor o menor penalización de determinados delitos. De ser uniformes las delimitaciones de lo jurídico y antijurídico en el derecho internacional, no se producirían estas circunstancias.

## *2. La protección de datos en Europa*

Desde mediados de los años sesenta se constata en Europa la importancia del uso de las telecomunicaciones, así como la necesidad de una legislación que unifique pretensiones y especialmente que ofrezca un conjunto de medios de protección de los derechos y libertades fundamentales. Afortunadamente, a este ámbito de actuación de la Unión europea se le pueden formular pocos reproches, y conviene destacar que, si bien es frecuente que la legislación genérica de la Unión Europea suele ser de mínimos, en la protección de datos puede afirmarse con rotundidad que ha supuesto que los Estados miembros hayan ido elevando progresivamente su nivel de protección, produciendo un efecto homogeneizador de los medios de protección y de los mecanismos para la eficacia de los derechos.

Ingente sería la tarea de traer a estudio todas las normas relativas en algo a la protección de datos, o de forma más genérica, referente a las telecomunicaciones. Por ello procedemos al análisis de las troncales, en la idea de ofrecer un panorama tanto de la evolución como de la regulación vigente, en lo más significativo dentro de la protección de datos.

### *A. El Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa<sup>47</sup>*

La inquietud de las organizaciones supranacionales por el respeto a los derechos de la personalidad, así como por las disfunciones sociales que los nuevos medios tecnológicos pueden pro-

<sup>47</sup> Ratificado por España el 27 de enero de 1984 (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 1985).

ducir, tuvo su plasmación en el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa. Este texto establece una serie de principios básicos para la protección de datos, señala criterios que regulan su flujo y crean un Comité Consultivo, a quien se encomienda la formulación de propuestas para mejorar la aplicación del Convenio.

Su contenido puede resumirse con base en los principios que establece, los cuales se entienden como imperativos para aquellos Estados que lo ratifican. Tienen la genérica pretensión, como indica la Introducción del propio Convenio, de “reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal que les conciernen”.

Vista la pretensión final del Convenio, analizamos los principios en los cuales se resume su contenido.<sup>48</sup>

1. Principio finalista: la finalidad justificativa de la creación del banco de datos debe estar definida y habrá de darse antes de ponerse en funcionamiento, con objeto de que sea constatable en todo momento:

a) Si los datos recogidos y registrados tienen relación con el objetivo por el que fue creado el fichero (pertinencia de los datos).

b) Si la información se utiliza para un fin distinto del propio banco de datos (principio de utilización no abusiva).

c) Si el tiempo durante el que se conservan los datos no excede del que normalmente se necesita para conseguir la finalidad para la cual fueron registrados (principio del derecho de olvido).

2. Principio de lealtad: La recopilación de información ha de realizarse por medios lícitos.

3. Principio de exactitud: Todo responsable de un banco de datos tiene la obligación de comprobar la exactitud de los datos registrados, a la vez que es responsable de su actualización.

4. Principio de publicidad: Ha de existir un registro público de los ficheros automatizados.

<sup>48</sup> Seguimos en este resumen de principios la exposición de Joinet, Louis, *Informatique et droits de l'homme. Recueil des Cours*, Estrasburgo, Institute International des Droits de l'Homme, 2-27 de julio de 1984, pp. 6 y ss.

5. Principio de acceso individual: Cualquier persona tiene derecho a conocer si los datos que le conciernen son objeto de tratamiento informatizado y, si así fuera, a obtener copia de ellos. También cabe la posibilidad de rectificación si los datos fueran erróneos o inexactos.

6. Principio de seguridad: Las bases de datos han de estar protegidas en todos sus ámbitos.

A estos principios recogidos en el Capítulo II del Convenio hay que añadir el contenido en el artículo 6o. que especifica que:

Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las condiciones religiosas u otras convicciones así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.

Además de todo lo manifestado, el texto expresa el compromiso de las partes contratantes de establecer un régimen de recursos y sanciones que hagan efectivos estos principios.

Con el contenido del Convenio que analizamos, quedaba ya en 1981 establecido el marco genérico de protección de la persona frente a las posibles intromisiones en su intimidad, o la lesión de derechos de la personalidad de forma más genérica, por parte de la informática. Pese a todo, la evolución en este aspecto tan significativo de las relaciones sociales necesita de más desarrollos normativos, tanto en el ámbito internacional como europeo, y en el de cada uno de los Estados.

#### *B. Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985<sup>49</sup>*

El citado Acuerdo tiene como centro de su contenido disposiciones de los órganos de la Unión Europea relativos a la su-

<sup>49</sup> BOE núm. 181, de 30 de junio de 1991.

presión gradual de los controles en las fronteras comunes. No obstante, los artículos 7o. y 9o. del citado texto pretenden la coordinación entre Estados, al efecto de controlar y facilitar “los datos que puedan ser de interés para las otras partes en la lucha contra la criminalidad” (artículo 9o.). En definitiva, el Acuerdo de 1985 es un elemento de coordinación interestatal, que afecta al tratamiento y protección de datos, aunque no tenga un carácter concreto como lo tiene el Convenio de 1981 o la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, respecto al tratamiento de datos personales.

El Acuerdo de Schengen no deja de ser un paso más en el contenido del artículo 12 del Convenio de 1981, en virtud del cual se regula el flujo transfronterizo de datos de carácter personal. Con posterioridad, en 1995, la Directiva 95/46/CE establecerá en su artículo 25 idéntico contenido al respecto de la cesión internacional de datos a terceros países no integrantes de la Unión Europea.

### *C. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*

Con fecha 24 de octubre de 1995, se aprueba la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de personas físicas en lo referido al tratamiento de datos personales y a su libre circulación. La Directiva establece la necesidad de cumplir en un plazo de tres años (artículo 32) la acomodación de las normativas nacionales al contenido de la misma.

Parece claro que la norma viene a ampliar y concretar el ámbito que al respecto de la protección de datos ya había delimitado el Convenio de 1981. La disparidad legislativa de los Estados miembros, así como el desfase o la generalidad del Convenio hacían necesaria una normativa más concreta y detallada, un tratado común en cuanto a la protección de datos y la preservación de los derechos fundamentales con un ámbito europeo.

En 1995, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea pretenden que los Estados miembros garanticen “la protección de la libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, el derecho a la intimidad, en lo relacionado con el tratamiento de datos personales”.<sup>50</sup> Nótese que la Directiva establece como eje central de su contenido el derecho a la intimidad, sin que ello excluya la entrada en juego de otros derechos fundamentales.

La Directiva dedica su artículo 2o. a las definiciones de términos clave en la protección de datos, no pudiendo deducirse variación alguna en cuanto a los contenidos esenciales ni a la interpretación de los términos con respecto al Convenio 108.

En lo referente al ámbito de aplicación, el artículo 3o. de la Directiva establece con carácter general, que sus disposiciones se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. De esta forma, la Directiva regula los datos personales tanto automatizados como manuales, y existe la previsión (Disposición final segunda) de que el Gobierno, previo informe del director de la Agencia de Protección de Datos pueda extender la protección de la Ley Orgánica a los ficheros que contengan datos almacenados de forma convencional y que no hayan sido sometidos aún a tratamiento automatizado. La Directiva, en su artículo 32.2, establece un plazo de 12 años, de esta forma el legislador, o el ejecutivo en España, tenía de plazo hasta 2007, para someter a la LORTAD los denominados ficheros manuales, esta circunstancia se cumple con la entrada en vigor de la LOPD en 1999.

La Directiva, además de excluir el tratamiento efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, se refiere a las disposiciones establecidas en los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea, y en cualquier caso, cuando el tratamiento tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del

<sup>50</sup> Artículo 1o. Directiva 95/46/CE.

Estado en materia penal. Parece lógico deducir que los contenidos del artículo 3.2, apartado primero de la Directiva, originarán considerables problemas de interpretación y aplicación. También lo es que la solución habrá de venir por la vía de la interpretación jurisprudencial tanto nacional como de la Unión Europea.

Dos aspectos nos quedan por analizar en la Directiva para dejar visto su ámbito de aplicación. El primero hace referencia al Considerando 24, en virtud del cual se entienden bajo la aplicación de la Directiva todos los datos que tradicionalmente se han considerado datos personales. Aquí habría que entender que se trata de una remisión al Convenio de 1981.

Un segundo aspecto relacionado con el ámbito de protección lo encontramos en una apertura de las lindes del derecho a la vida privada. De esta forma, el Considerando 14 de la Directiva establece que “habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afecten a dichos datos”.

En relación con los principios de la Directiva, hemos de distinguir, porque así lo hacen los artículos 6o. y 7o., entre principios relativos a la calidad de los datos y los relativos a la legitimación del tratamiento de los mismos. Al respecto de los primeros, observamos que el artículo 6o. de la Directiva recoge en esencia y casi con literalidad el contenido del artículo 5o. del Convenio de 1981. Establece la Directiva cinco principios esenciales con respecto a la calidad de los datos.

1) Los datos han de ser tratados de manera leal y lícita.

2) Los *finés* a que obedece la recogida de datos habrán de ser determinados, explícitos y legítimos. Estas limitaciones afectan también su tratamiento posterior. Se exceptúa del tratamiento posterior, los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas.

3) Los datos han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente.

4) También habrán de ser los datos exactos y, cuando sea necesario, actualizados. Los datos inexactos o incompletos serán suprimidos o rectificadas.

5) Por último, se establece como principio, el que los datos han de ser conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten posteriormente.

## VII. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA

### 1. *La Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal*

El objeto de la Ley Orgánica 15/1999 (en adelante LOPD), tal y como se establece en su artículo 1o., es la garantía y protección, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, de las libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente su honor, intimidad personal y familiar. Parece claro que el artículo citado hace referencia más a la pretensión última del legislador que al propio objeto de la ley, que no es otro que la protección de datos. Se aleja con ello la norma de la precisión de la derogada Ley Orgánica 5/1992 (LORTAD), cuyo artículo 1o. establecía como objeto el de “limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Es cierto que la nueva ley no parte de una perspectiva negativa respecto a las nuevas tecnologías como instrumento lesivo de los derechos del individuo. La informática, mecanismo esencial

del progreso social, no debe ser limitada, sino que ha de coexistir con la necesaria garantía y protección de los derechos fundamentales.

El artículo 2.1 de la LOPD establece que “será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior por los sectores público y privado”.

No cabe duda alguna que el artículo citado ha introducido ostensibles modificaciones respecto a su antecesora, examinemos sumariamente éstas:

- Los datos pueden encontrarse registrados en cualquier soporte físico. La LORTAD ceñía su ámbito de aplicación “a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados”.
- Tal soporte debe posibilitar su tratamiento independientemente de que éste se efectúe de manera automatizada o no. Desaparece de esta forma, la exigencia de la automatización en el tratamiento de los datos.

Es en suma la susceptibilidad de su tratamiento lo que determina la incardinación de una información de carácter personal en el ámbito de cobertura normativa. De esta forma, los datos podrán ser objeto de tratamiento siempre que “se encuentren organizados en atención a alguna plantilla o esquema fijo que permita su inclusión en un fichero mediante sistemas, ya sean automatizados o manuales”.

## *2. Derechos de los titulares de los datos*

El Título III de la LOPD regula los derechos de los titulares de los datos, cuyo contenido resumimos:

1. Derecho a no soportar valoraciones automáticas. El artículo 13 de la LOPD consagra al derecho, a la manera del artículo 15 de la Directiva 95/46 CE, a que las decisiones con efectos jurídi-

cos sobre las personas o que les afecten de manera significativa, no sean tomadas sobre la base únicamente del perfil obtenido tras su tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad.

El apartado 2 del artículo 13, tras reconocer el derecho, establece que “el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad”. Se deduce que la omisión de la norma respecto a plazos, órganos y procedimiento, deberá ser suplida mediante el oportuno desarrollo reglamentario.

2. Derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos. Consagrado en el artículo 14 de la LOPD, este derecho implica la consulta pública y gratuita para cualquier interesado del Registro en el cual se inscriben las características esenciales del tratamiento (identidad del responsable, lugar de ejecución, finalidad, cesiones, etcétera).

3. Derecho de acceso. “El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos” (artículo 15).

El desarrollo del contenido de este artículo, ya previsto en la LORTAD, se llevó a cabo mediante el Real Decreto 1332/1994 y en las Instrucciones 1/1998 de la Agencia de Protección de Datos, de 19 de enero, en las que se prescriben las reglas para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en ficheros automatizados.

Resumimos el contenido de ambos textos normativos:

- Se trata de un derecho personalísimo, tan sólo el interesado o su representante legal pueden ejercerlo.
- Se materializará mediante solicitud o petición dirigida al responsable del fichero, formulada por cualquier medio que garantice la identificación del afectado y el fichero o

ficheros a consultar. La Instrucción 1/1998 especifica que el interesado deberá emplear cualquier medio que permita certificar la emisión y recepción de la instancia.

- El responsable del tratamiento deberá resolver la solicitud en el transcurso de un mes. La denegación del derecho de acceso tan solo podrá suscitarse en el caso de que no haya transcurrido el plazo de doce meses, desde la última vez que se solicitó y no se acredite la concurrencia de un interés legítimo que exima de este requisito temporal. El responsable podrá solicitar asimismo una aclaración del interesado en el supuesto de que su petición no resulte suficientemente precisa. Una vez autorizado el ejercicio del derecho, el acceso deberá hacerse efectivo en los diez días siguientes a que el responsable asienta.
- El derecho de acceso se materializará, a elección del interesado, a través de los siguientes sistemas de consulta de fichero:
  - a) Visualización en pantalla.
  - b) Escrito, copia o fotocopia remitida por correo o telecopia.
  - c) Cualquier otro procedimiento que sea adecuado a la configuración e implantación material del fichero, ofrecido por el responsable del mismo.
- Determinados tratamientos de titularidad pública (en los que exista un interés en mantener secreto su contenido o por razones de interés y orden público) permanecerán ajenos a este genérico derecho de acceso.

4. Derecho de rectificación y cancelación. El derecho de rectificación implica que el interesado puede exigir que se modifiquen las informaciones personales erróneas o incompletas.

El derecho de cancelación posibilita la exclusión de determinados datos del proceso de tratamiento, por ser erróneos o por mera voluntad del interesado de sustraer a éste concretas informaciones.

La cancelación puede referirse a aspectos parciales o a la totalidad de los datos, lo que supone en suma que al interesado le asiste el derecho a romper unilateralmente la relación jurídica establecida con el responsable del tratamiento, siempre y cuando “exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos” (artículo 6.3).

En aquellos supuestos en los que el tratamiento dimana de una autorización legal o de una relación contractual principal que haya de resolverse antes de proceder a la cancelación, podrá oponerse el responsable al ejercicio de este derecho.

En cuanto al procedimiento para su ejercicio y atención, también vienen desarrollados en el Real Decreto 1332/1994 y en la Instrucción 1/1998. Ejercitado el derecho, el responsable tiene un plazo de 10 días para materializar la pretensión del interesado.

5. Derecho de oposición. Dos preceptos de la Ley acogen este derecho no recogido en la LORTAD. El artículo 6.4 establece que “en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal”. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado. El artículo 30.4, referido a los tratamientos de datos con fines de prospección comercial y publicitaria directa, prescribe que “los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”.

Por lo expuesto, si bien el legislador no ha definido específicamente el derecho de oposición, podemos entenderlo como la posibilidad del interesado de impedir el tratamiento de sus datos de carácter personal cuando no sea necesario su consentimiento, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que una ley no disponga lo contrario.

b) Que existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal.

6. Derecho a indemnización. Los interesados que sufran daños —como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley— por el responsable o encargado del tratamiento, tienen derecho a ser indemnizados (artículo 19).

En suma, este precepto acoge la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, ya que en aquellos supuestos en los que exista una previa relación jurídica entre el interesado y el responsable o encargado, la obligación de indemnizar dimanará del propio contrato, en cuanto se hayan incumplido las obligaciones en él estipuladas.

### 3. *Movimiento internacional de datos*

La preocupación respecto a las transferencias internacionales fue pronto denominador común en los diversos textos legislativos europeos en materia de protección de datos. La Directiva 95/46/CE, que acoge la cuestión como uno de sus caballos de batalla fundamentales, consagra el principio general, reiterado posteriormente en la LOPD, de la prohibición de realizar transferencias temporales o definitivas de datos con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al de la Unión Europea.

En tanto que los datos constituyen bienes integrados en el sistema de libertad de circulación de la Unión, el concepto de transferencia internacional se refiere en exclusiva a los supuestos en los que el país de destino sea un tercer Estado no miembro de la Unión.

El artículo 1.2 de la Directiva prescribe que “los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1o.”.

La LOPD, paralelamente a lo dispuesto en el artículo 25 de la Directiva, consagra el principio general de la “permisividad de la transferencia”, en aquellos supuestos en los que el país de

destino proporcione un nivel de protección equiparable al de la LOPD, salvo que “además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas” (artículo 33.1). También se establecen los elementos a valorar por la Agencia a la hora de estimar si concurren las garantías adecuadas:

En particular se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho generales o sectoriales vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países (artículo 33.2).

Pese a todo, la regulación de la LOPD resulta cuestionable, dado que deja en manos del responsable del tratamiento la decisión final de qué Estados pueden ser receptores de los datos de carácter personal transferidos. No se atribuye a la Agencia o a otra autoridad administrativa la competencia para determinar qué países no alcanzan los referidos niveles mínimos, y por ende a prohibir las exportaciones de datos.

La exigencia de la obtención de autorización de la Agencia de Protección de Datos se exime cuando (artículo 34):

- La transferencia internacional resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.
- Se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.
- En casos en los que sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de la asistencia sanitaria o tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios.
- Se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

- El afectado dé su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.
- Cuando sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.
- Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un trato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.
- Sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.
- Sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.
- Cuando se efectúe, a petición de la persona con interés legítimo, desde un registro público y aquélla sea acorde con la finalidad del mismo.
- Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.