

El nacimiento de un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. Una aproximación a su origen

Eligio Rodríguez Marcano*

RESUMEN:

La influencia de la informática permite hablar de nuevos derechos fundamentales. Uno de ellos es el derecho a la protección de datos de carácter personal, concebido como ese poder y disposición sobre la información personal y su control. Estados Unidos y Europa permiten revisar la evolución y consolidación de ese derecho, así como los avances de Alemania y España, quienes han planteado una rica discusión desde la doctrina y la jurisprudencia.

Palabras Clave:

Protección de datos, libertad informática, habeas data, derechos fundamentales.

ABSTRACT: The influence and effects of cyber technology calls for a study of new fundamental rights. One of these rights is the right to protect personal data. This right is conceived as a prerogative to protect and control data that relates to personal information. Jurisdictions in the United States and Europe permits a comprehensive study on the origins and evolution of this right. As well, Germany and Spain have rich contributions on this subjects, both on its academic doctrine and jurisprudence.

Key Words:

Data Protection, cyber freedom, habeas data, fundamental laws.

* Director de la Escuela de Derecho de la Ucab-Guayana.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

El desarrollo del derecho constitucional tanto en el siglo XX como en el transcurso del XXI, se ha gestado principalmente ante la marcada vigencia del principio de progresividad¹ que como bastión plantean los derechos fundamentales. Pero, además, es necesario agregar que a ello se ha sumado:

1. La formación de diversas Cortes Constitucionales en Europa Occidental (fundamentalmente entre 1920 y 1978). De hecho, algunos ejemplos se presentan en Austria, con la creación de la Corte Constitucional en 1920, o países como Italia, la ex República Federal de Alemania, Grecia y España, con la apertura de los tribunales constitucionales, en los años 1949, 1968 y 1978, respectivamente. ²

El auge del derecho internacional de los derechos humanos, debido a la creación de instancias intergubernamentales, como son: a) la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, b) en el caso Europeo, bajo una doble dimensión. Por una parte, con la creación del Consejo de Europa³, en cuyo seno nace el Convenio Europeo de Derechos Humanos,⁴ y el

1 Principio previsto en la Constitución de Venezuela, en el artículo 19, como garantía del ejercicio de los derechos humanos, pero a la vez contenido en el artículo 22 del mismo texto Constitucional, a través del cual se establece una cláusula abierta de garantías y derechos humanos, aunque tales derechos no figuren expresamente en el texto constitucional o en los tratados internacionales suscritos por Venezuela. Finalmente, ese mismo principio se desprende del artículo 23, también de la Constitución, al brindarle a los tratados, pactos y convenios internacionales, en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, jerarquía constitucional y con aplicación inmediata en el orden interno, incluso de forma preferente a cualquier norma constitucional, siempre que sea más favorable.

2 Gozaíni, O. *La Justicia Constitucional*. Depalma. Buenos Aires. 1994. Pág. 7.

3 Esa intención se plantea de manera concreta el 5 de mayo de 1949, con el fin de revisar los asuntos de interés común y propiciar la "... adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales". (Artículo 1).

4 De hecho, como lo afirma Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Págs. 43 y 44: a partir de la Declaración de Viena del 9 de octubre de 1993, se incorporó una condición política para aquellos países que pretendieran formar parte del Consejo de Europa,

Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁵ como único ente judicial, para recibir demandas de Estados y de los ciudadanos; y en segundo término, ante la gestación de la Unión Europea, en donde se aprueba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁶ como una fórmula de integración jurídico-política, más allá de la económica, orientando la política europea hacia los derechos fundamentales.⁷

Instrumento internacional que adquiere verdadera eficacia, con el Tratado de Lisboa,⁸ toda vez que conforme a su artículo 6.1 “...La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, consolidando así una verdadera “Carta Constitucional”⁹ a nivel europeo y la existencia de un derecho comunitario, con capacidad de imponerse a los estado mismos; y c) a nivel latinoamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA), con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a comienzos del año 1948.

Todo lo anterior, ha permitido el reconocimiento por parte de los Estados de la existencia de nuevos derechos, así como, de nuevas ramas en la esfera jurídica, como es el caso del derecho procesal constitucional, como garantía efectiva de una verdadera justicia constitucional y una plena vigencia de los derechos fundamentales, así como, de todo aquello que deriva del espectro tecnológico.

Ese desarrollo de la tecnología y especialmente la “técnica de la informática”, han facilitado la conformación de grandes bancos y bases de datos, en los sectores públicos y privados, incluso de aquellos que conforman la esfera personal, constituyendo la tecnología una enorme

debiendo firmar y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos también. De hecho, así lo hicieron España y Portugal, aun sin existir dicha condición.

5 Tribunal que se permitido integrar en sus sentencias no sólo el Convenio de Derechos Humanos, sino las normas de las Naciones Unidas y de la Unión Europea.

6 Proclamada en la Cumbre de Niza del 7 de diciembre del año 2000.

7 Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección...* Pág. 202.

8 Del 17 de diciembre de 2007, mediante el cual se modifican el tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

9 Véase la obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección....* Pág. 218.

ventaja para la sociedad. Allí podemos ubicar a los “bancos, seguros, productoras de bienes y servicios en general”. Para ello, se han servido de la telemática, la conformación de redes de información, con las cuales son enviadas a grandes cantidades de datos a cualquier parte del mundo a gran velocidad y “desde cualquier parte del mundo”.¹⁰ Sin embargo, el reto es que ante esa ventaja, cómo lograr someterla a los límites jurídicos.

Frente a ese avance, ha nacido el derecho procesal informático, el derecho de autor, avances en el derecho penal y “la tutela de los derechos fundamentales de las personas (tanto las personas jurídica como las personas naturales) frente a la injerencia en su esfera de derechos”, reputación, propiedad, honra e intimidad.¹¹

Sin embargo, la tecnología por el gran impacto que produce en el ser humano de hoy y de antes, y frente a la extensión y avances agigantados en la que se desenvuelve, muta y se integra a todas y cada una de las partes de nuestra vida (desde ante de nuestro nacimiento, hasta que morimos e incluso después de nuestra muerte); todo ello ha venido permitiendo que hagamos un alto o se establezcan alertas, en las disposiciones de los diversos países y continentes en la búsqueda de alternativas y opciones hacia una verdadera limitación de dicho impacto, pero a la vez, de permitir el ejercicio de las libertades y especialmente el ejercicio del nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales.¹²

Ello tiene cabida ante la transmisión de información que ya no solo se desarrolla dentro de un país, sino de un país a otro, entre los diversos

10 Casal, J. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas. 2001. Pág. 196.

11 Ortiz-Ortiz, R. *Hábeas data, derecho fundamental y garantía de protección de los derechos humanos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Editorial Frónesis. Caracas. 2001. Pág. 20.

12 En todo caso tenemos que aclarar, que aunque esa es siempre la intención y preocupación, no siempre la respuesta a la necesidad y exigencia social es inmediata o se construye a la par. De modo que, como afirma en la Herrán Ortiz, A. *El derecho a la intimidad en la nueva LOPD*. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 87 “primero surge el fenómeno en la realidad social y después el ordenamiento jurídico facilita instrumentos o medios de respuesta, regulando aquellos aspectos que mayor incidencia revisten respecto a las relaciones humanas. En el caso del avance y desarrollo de las nuevas tecnologías, el proceso no difiere del descrito”.

continentes, que se expresa en flujo constante incontenible e increíble de información viajando a escala mundial, que incluso puede ser manipulada, alterada, suprimida y violentada.¹³

Así las cosas, hoy Europa y algunos países en Latinoamérica reconocen y legislan sobre uno de los ejemplos inequívocos de la progresividad de los derechos fundamentales, nos referimos, al derecho a la libertad informática, autodeterminación informativa, o derecho a la protección de datos de carácter personal (último término seguido por los europeos).

Este nuevo derecho, ha recogido un largo camino en su formación, confundiendo incluso con la intimidad y la privacidad o colocándose como parte del derecho a la personalidad. El asunto es, de dónde nace dicho derecho? Cuál ha sido su tratamiento? y cómo se diferencia de otros derechos?

De modo que, aunque en su etiología no podemos ubicar a la libertad informativa en un espacio concreto y determinado, por lo que debemos aceptar que su nacimiento es producto de la realidad y desarrollo informático, recogeremos algunas pistas en Estados Unidos, Alemania y España, que pueden darnos respuestas a las interrogantes mencionadas, para finalmente diferenciarlo de otros derechos y establecer una aproximación a su concepción.

II. EL PUNTO DE PARTIDA. LA PRIVACY NORTEAMERICANA

Su nacimiento en Norteamérica

Los antecedentes sobre el derecho a la protección de datos personales y su nacimiento radicaron en el concepto de la llamada “privacy”

13 Incluso como afirma Velázquez Bautista, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Colex. 1993. Pág. 28 y ss, se trata de las llamadas “auténticas “venas del sistema”, con flujo de datos en el país, fuera del país y con facilidad de acceso desde cualquier punto global, todo lo cual permite la “radiografía global” que puede brindar el conocimiento de nuestra vida. Todo ello, incrementa y eleva los riesgos, que han propician una enorme literatura y proyectos de ley en el contexto europeo. Sin embargo, y tal como afirma Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*. Bosh. Barcelona. 2001. Pág. 37, lo que produce el daño no es la informática, sino su uso es la que afecta los derechos fundamentales.

norteamericana, conocida también como el derecho a ser dejado sólo o “the right to be alone”.¹⁴

De este derecho nace la figura de “El right to privacy”, como el “derecho de gozar la vida, o sea el derecho de estar solo”, frente a los ataques, amenazas o asfixia producida por las interferencias de la vida privada o en la esfera íntima ante una sociedad “sometida al control de los medios de comunicación de masa”.¹⁵

A partir de allí los profesores Samuel Warren y Louis Brandeis, escriben un artículo que causó una gran polémica, por lo que es impor-

14 Como bien lo señala Serrano Pérez, M. M. en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson, Madrid, 2003, en su pág. 29, dicho concepto aparece por primera vez bajo el esquema del derecho a la protección ante la informática y específicamente frente al poder de intromisión que para la época tenía la prensa en los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo fue escrito por Warren, S. y Brandeis, L., denominado: “The Right to Privacy”, publicado en *Harvard Law Review*, Vol IV, Nro. 5, Año 1890-1891. Pág. 193 a la 220, y el cual se encuentra traducido al español, en una edición a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. obra denominada, *El derecho a la intimidad*, de Civitas, Madrid, 1995.

Merece la pena, además, referir el comentario de Piñar Mañas, J. L., en *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos*. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid 2008. Pág. 18, en el que se indica: “Sin perjuicio de construcciones doctrinales anteriores, entre las que destacan sin duda alguna Cooley, T. que en 1888 habló ya de “the right to be alone” y el tantas veces citado (que no siempre leído) artículo de Warren y Brandeis “The Right to Privacy”, lo cierto es que hasta la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo no se ponen las bases del derecho a la protección de datos tal como hoy la entendemos”.

15 Véase Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”. *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre). Pág. 21.

A este respecto, también destaca Ruiz, M. al referirse al derecho a la intimidad, en su obra: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995. Pág. 51. Donde indica que: “este aspecto ya se encontraba jurídicamente protegido en el continente europeo merced a las antiguas normas que protegían contra la difamación y el libelo, para preservar el honor y buena fama de las personas”.

Sin embargo, como nos refiere Rebollo Delgado, L., en su libro: *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008. Pág. 34. A pesar de la existencia de disposiciones jurídicas de protección, el asunto Warren y Brandeis de 1890 en los Estados Unidos, “configura un nuevo derecho que pasará en primer lugar a formar parte del ordenamiento norteamericano a través de la jurisprudencia. Con posterioridad dará el salto a las declaraciones internacionales de derechos, para poco después pasar a los textos constitucionales, fundamentalmente a los europeos”.

tante comentar las circunstancias que rodearon su publicación y luego poder recoger sus consideraciones, toda vez que como afirma Frosini¹⁶ el asunto surge frente a un episodio de la vida privada de Warren, alentado por su imaginación jurídica.

Bajo lo dicho, Herrero-Tejedor¹⁷ citando a Prosser, relata elementos interesantes del origen del artículo escrito por los dos autores:

Prosser las relata así: la Sra. Warren, hija del Senador Bayard, de Delaware, casada con un joven y adinerado empresario del papel, que sólo un año antes había abandonado la práctica del derecho para dedicarse a los negocios, acostumbrada a dar en su casa de Boston frecuentes fiestas sociales. Los periódicos locales, y en especial la revista “Saturday Evening Gazette”, especializada en asuntos de la alta sociedad, cubrieron la información de las mismas con detalles altamente personales y desagradables. El asunto llegó a su colmo con ocasión de la boda de una de sus hijas, y Warren se molestó seriamente. Fue una molestia –continúa Prosser– por la que la prensa, los anunciantes y la industria del entretenimiento de América tuvieron que pagar costosamente en los siguientes años.

Warren acudió a su compañero de estudios en Harvard, Brandeis, que más tarde llegaría a ser Juez del Tribunal Supremo Americano. Ambos publicaron el artículo de referencia, que ha sido considerado como el más sobresaliente ejemplo de la influencia de un trabajo jurídico sobre la Ley americana.

Como bien lo indica Herrero-Tejedor,¹⁸ los autores no pretendían realizar un simple estudio teórico, sino buscaban llevar el conocimiento de estos asuntos de la protección de la *privacy* ante los tribunales. En ese sentido, y ante una nueva era tecnológica, la “privacy” permitiría el cambio y una nueva forma de libertad personal –superando su visión inicial de libertad negativa–, colocándose como una libertad positiva a través del control sobre los datos concernientes a la propia persona y almacenados en archivos públicos o privados.¹⁹

16 Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”... Pág. 21.

17 Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2da Edición. Madrid. 1994. Pág. 37.

18 *Ibidem*. Pág. 39.

19 Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la persona”... Pág. 24. Aquí plantea el autor la llamada “libertad informática, como derecho de autotutela de la propia

De manera que, los autores Warren y Brandeis, se plantearon la necesidad que bajo el imperio del Common Law, se ofreciera respuesta a un asunto de su intimidad y la posibilidad de su extensión ante las prácticas seguidas para la época, es decir, ¿cómo las soluciones tradicionales resolverían el conflicto ante la existencia de nuevas situaciones y principalmente ante la alteración de las bases jurídicas sobre las cuales se tutelan derechos de la personalidad? y especialmente “trasladando el centro de gravedad de la cuestión desde una tutela construida sobre los cimientos de la propiedad privada a una nueva construcción cuyo fundamento es la dignidad del hombre y la inviolabilidad de la personalidad humana”.²⁰

Lo afirmado se desprende de las palabras de Warren y Brandeis, cuando disponen que este era un “principio viejo del *commun law* que el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes; sin embargo, resulta necesario, de vez en cuando, redefinir con precisión la naturaleza y la extensión de esta protección”.²¹

De manera que, al no existir un reconocimiento constitucional expreso y detallado de la *privacy*, ello no sirvió de obstáculo para que

identidad informática”, esto es, el poder controlar los datos personales que consten en bases de datos electrónicas. Se trata de un derecho de disposición sobre sus datos, asemejándolos al derecho que poseemos sobre el mismo cuerpo o el pensamiento o las diversas formas de expresión. Por otro lado, afirma que el derecho a la intimidad no abarca sólo la esfera del derecho privado y del interés patrimonial, sino que también tiene forma parte del derecho político.

Véase también Pérez Luño, A. La tercera generación de derechos humanos. Aranzadi. Navarra. Pág. 32. Aquí el autor describe que “los efectos de uso de la informática sobre la identidad y dignidad humana, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad”.

20 Véase Martínez Martínez, R. Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa. Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Págs. 66 a la 68. Se advierte que lo colocado en comillas pertenece a la cita realizada a Westin, A. en *Privacy and freedom* Atheneum, New York. Págs. 336-337.

21 Obra cit. Traducción a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad*. Pág. 21.

Véase también la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 32., cuando afirma que ese concepto tan amplio y poco preciso es lo que permite ampliar su contenido ante los cambios e innovaciones de la tecnología o cualquier otra forma de atentar contra los derechos fundamentales, así como, presenta una mejor solución ante el asunto de la esfera de la persona.

su original concepción fuera trasladada del ámbito del derecho civil (propiedad) a nuevas áreas (personalidad), en los Estados Unidos.²²

Bajo lo comentado, la nueva visión de la *privacy* y su composición original, colocaba a los ciudadanos a ser protegidos en esferas distintas a las previstas y ante situaciones que en principios no estaban contempladas, pero basado en la IV Enmienda, el camino era el que tenía que definir la jurisprudencia hacia la consolidación de un nuevo derecho.²³ Por ello, esa es la construcción, que el *right to privacy*, no representa sólo el derecho de proteger la esfera personal de intimidad, sino que hoy abarca la posibilidad de disponer libremente sobre la información que procesan otros y almacenan, independientemente si son particulares o la misma administración.²⁴

Con todo lo dicho la protección de datos se plantea como una innovación, en el contexto y marco del derecho anglosajón, cuya existencia lo permite el Sistema Constitucional Americano, aun sin estar expresado en

22 *Ibidem*. Págs. 30 al 32. Aquí afirma la autora que al no existir ninguna barrera jurídico-constitucional para continuar ampliándola, es posible agregar nuevos contenidos de acuerdo al contexto social.

23 De hecho, sus planteamientos y configuración como nuevo derecho no fueron aceptadas de manera inmediata y unánime, sino que dieron origen a un debate doctrinal y jurisprudencial importante. En el caso doctrinal, Prosser, no vio a la *privacy* como un fenómeno unitario, sino que lo planteó como un ente complejo con cuatro distintos agravios [*tort*]. También se distingue la teoría de Westin, quien aplica la *privacy* como facultad de control sobre la información personal [*informational privacy*]. Lo mismo ocurrió en la jurisprudencia norteamericana sobre la *privacy*, donde resaltan su paso por casi medio siglo, periodo que culminó con el reconocimiento constitucional del derecho a la *privacy*, bajo el esquema de “las sombras y penumbras”, y de distintas enmiendas a la Constitución y la cláusula de apertura a la incorporación de nuevos derechos. Este comentario parte de la obra citada de Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Págs. 73-133.

Véase también Murillo, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos. Madrid, 1990. Pág. 65. Aquí se expone que no fue sino hasta 1965 en la sentencia *Griswold v. Connecticut* cuando se concibe de manera específica, la existencia del derecho a la intimidad, y ya aquí no se apoyan en las “afirmaciones textuales de las enmiendas constitucionales, sino en un derecho a la intimidad genérico, deducible, por vía interpretativa, de la propia Constitución”.

24 Así lo afirma Frosini, V. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio (Los derechos humanos en la era tecnológica)*. Monografías jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid, 1996. Pág. 94.

él, pero sí dentro de su espíritu, propósito y razón de ser, cuyo espectro se circunscribe en la *privacy*²⁵, entendiéndola como un concepto amplio de protección que va más allá incluso que la intimidad.

Sin embargo, al hacer la traslación de la *privacy* al entorno europeo nos encontramos con límites y restricciones ante una visión discutida sobre su traducción o alcance. De hecho, el asunto de la intimidad y la vida privada en Estado Unidos, a diferencia de Europa -como el caso de España-, no dispone de un texto legislativo sino que son normas que nacen de la jurisprudencia o de normas de los Estados o de la Federación.

De manera que, en el caso Europeo al tratar de asimilar el concepto de la *privacy* y trasladarlo, se asume como paralelo de la intimidad o vida privada, siendo un error, toda vez que la *privacy* no corresponde (en Estados Unidos) a un concepto unitario, razón por lo cual se puede incluir hasta la protección de datos o cualquier otro derecho relacionado con la personalidad, mientras que los conceptos de intimidad y vida privada -en el contexto Europeo- limitan a priori tal situación, haciendo sumamente difícil la tarea.²⁶

25 De hecho, como opina Orti Vallejo, A. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Comares. 1994. Págs. 45 y ss: el asunto no se agota allí, porque dentro del mismo contexto americano se ha planteado la llamada teoría de la *privacy* y sus diversas vertientes, a saber: la ya indicada y sostenida por Warren y Brandeis; la segunda, la cual utiliza la fórmula de *information control*, para así caracterizar el concepto de *privacy* (sostenida por Westin), quien se encarga de definirla como “el derecho de los individuos”, grupos o instituciones para determinar por sí mismo cuándo, cómo y con qué extensión la información acerca de ellos es comunicada a otros” (la cual presenta el problema de su extensión, además se plantea a los grupos e instituciones); y la tercera, conocida como la fórmula económica de la *privacy* (sostenida por Posner), es decir, la retención de información dependiendo del contexto comercial y personal, enfoque que dependerá de la condición económica, escapando del valor personal. En esa base se sitúa su crítica.

26 Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*. Págs. 34 y 36. De acuerdo a Serrano Pérez, no es el trasladar la *privacy* a nuestros derechos, sino que su asimilación es inexacta en el derecho europeo, porque en dicho continente no existe un derecho de amplitud igual a la *privacy*, por lo cual todo ello generó o produjo dos soluciones: Una nueva categoría para la protección de datos, lo cual no siempre posee una previsión constitucional, y la segunda extiende la idea de la intimidad y privacidad del mismo modo que se amplió la *privacy*, lo cual es un error -de acuerdo a la autora-. Así mismo, como bien afirma la autora al citar

Por ello, una vez incorporada y ante un sistema distinto al common law, no existe un acuerdo entre lo que entendemos por intimidad, vida privada y esfera privada, ámbito íntimo o privacidad, empleándolas de forma indistinta, incluso. De modo que, en el ámbito anglosajón con facilidad se emplean términos como la *privacy* para referirse al derecho de la privacidad, y al mismo tiempo se ha extendido su aplicación al ámbito de lo íntimo tratando de evitar la intromisión de la esfera personal,²⁷ que no es así en el ámbito europeo.

Sin embargo, si bien la visión anglosajona marcó el punto de partida y el inicio hacia la nueva construcción del derecho a la protección de datos de carácter personal, el hecho es que también a nivel judicial existen antecedentes que van a marcar el futuro del derecho y que permiten su discusión a nivel constitucional.²⁸ Tal es el caso de la sentencia sobre la Ley del Censo de 1982, en Alemania, que a continuación revisaremos.

a Martinotti, G. (pág. 36), “la *privacy* en versión americana agrupa una variedad y complejidad de contenidos que no son asimilables a ninguna única figura existente en el idioma latino”.

Véase también López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Dykinson. Madrid. 1996. Pags. 169 a 178;

También, el artículo publicado por Rebollo Delgado, L. en Torres del Moral, A. (Coord.) y otros. *Libertades informativas*. “El derecho a la intimidad”. Colex, Madrid, 2009. Págs. 257-261.

27 Martínez de Pisón Cavero, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Madrid, 2005, Págs. 27-35.

28 Véase Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L., en *El derecho a la autodeterminación informativa* (“La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”, escrito por Murillo de la Cueva, Pablo Lucas). Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 17. Aquí indica el autor que: “la construcción del derecho que nos ocupa ha sido fruto también de varios factores. No son otros que los vinculados a una suerte de diálogo entre la doctrina, los legisladores internacionales, comunitario y estatal y la jurisprudencia [...] Así, de las iniciales elaboraciones teóricas que buscaban extender los confines del derecho a la intimidad a toda información personal, se pasó a identificar un bien jurídico autónomo –denominado intimidad informativa, *privacy*, libertad informativa o autodeterminación informativa– sólo en parte coincidente con aquella, al menos en la noción que de la misma o de la vida privada ha prevalecido en los distintos ordenamientos”.

III. ALEMANIA Y LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA

La Sentencia sobre el Censo.

Al hablar del derecho a la protección de datos de carácter personal, y poder apreciar su incorporación en el ordenamiento Europeo, es esencial conocer el caso Alemán, a través del cual se establece el derecho a la autodeterminación informativa ("*informationelle Selbstbestimmungsrecht*"). Dicha construcción permite afirmar, que si bien no existe un expreso reconocimiento en Alemania de un derecho autónomo a la protección de datos de carácter personal, un derecho autónomo de la vida privada o a la íntima, lo cierto es que todos ellos forman parte de otro derecho fundamental reconocido en el texto constitucional, como es el derecho a la personalidad.²⁹

Para lograr dicha construcción, el Tribunal Constitucional Alemán se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley de Censo (*Volkszählungsgesetz*) de la población de Alemania, aprobada por el Bundestag el 4 de marzo de 1982 y publicada el 31 de marzo. Y nótese, a pesar de considerarse una ley que no planteaba mayor relevancia e interés en el seno parlamentario, dados los acontecimientos en Alemania para la época³⁰ y la iniciativa de una operación censal gigantesca que exigía de los ciudadanos información personal exhaustiva, el 5 de marzo de 1983 fue presentado un recurso de amparo constitucional, contra la Ley del Censo, invocando que la misma lesionaba los artículos 1, 2, 5, y 19 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) de 1949, es decir, el derecho

29 Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 382.

Véase también la obra citada: Murillo de la Cueva, P. L. y Piñar Mañas, José Luis, en *El derecho a la autodeterminación informativa* ("Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro", escrito por Piñar Mañas, José Luis). Pág. 90. Aquí afirma el autor que "A partir de la sentencia, que incorpora a los principios esenciales del derecho a la privacidad el del consentimiento, tal derecho y el derecho a la protección de datos ya no fueron lo mismo en Europa. Aunque todavía faltaba mucho por andar".

30 La llamada crisis de los misiles y la manera inconsistente como el Estado ocultaba su ubicación, de acuerdo a lo indicado por Herrero Higuera, M. La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del Censo de Población de 1983. *Documentación Administrativa*, Nro. 198. Pág. 41.

al libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad, la libertad de expresión y las garantías procesales.³¹

Ante dicha solicitud, el Tribunal Alemán no sólo admite dicho recurso sino que dicta una sentencia cautelar de suspensión provisional de la Ley vigente hasta la resolución definitiva, y el 15 de diciembre de 1983³² procede a dictar la sentencia de fondo acogiendo en buena parte la argumentación de los recurrentes y anulando parcialmente la ley que se impugnaba. En ese orden, la sentencia es sumamente rica, toda vez que plantea el derecho a la *autodeterminación informativa* como derecho vinculado con el derecho a la personalidad previsto en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn³³, en concordancia con el artículo 1.1. de la misma.³⁴

Lo mencionado se va a desprender de las líneas directrices de la sentencia, la cual va a establecer:

1. En las condiciones de la elaboración moderna de datos, la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión ilimitada de sus datos personales quedan englobada en el derecho general de protección de la persona del artículo 2º, párrafo 1, en relación con el artículo 1º, párrafo 1, de la Ley Fundamental. El derecho constitucional garantiza en esta medida la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y la utilización de los datos referentes a su persona.³⁵

De acuerdo con las palabras de Arenas Ramiro, la mencionada sentencia pone el punto final a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal

31 Principalmente, porque con ella se obligaba a los ciudadanos a contestar enormes cuestionarios y la obligación de su respuesta (aproximadamente unas 160 preguntas), bajo la amenaza de imponerles sanciones de carácter pecuniario (que podían alcanzar los 10.000 marcos).

32 La mencionada sentencia, se encuentra traducida al español por Daranas, *M. Boletín de Jurisprudencia Constitucional (IV Jurisprudencia Constitucional Extranjera)*, número 33. 1984. Págs. 126 a la 170.

33 La *Grundgesetz* en el artículo 2.1 establece que: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuanto no lesionen los derechos ajenos y no contravengan el orden constitucional establecido o las buenas costumbres".

34 La *Grundgesetz* en el artículo 1.1 dispone que: "La dignidad del ser humano es inviolable y es obligación de todos los poderes estatales respetarla y protegerla".

35 Ob. cit. Daranas, *M. Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

Constitucional Alemán –hasta la fecha–, iniciada con el caso *Elfes* y que continuó con los casos *Mikrozensus* y *Eppler*, en donde se fue abandonando la Teoría de las Esferas,³⁶ transitando hacia el tronco común, basado en el derecho a la personalidad.

Así lo ratifica la sentencia en las mismas líneas directrices, cuando se indica que: “5. Las normas de transmisión prevenidas en el artículo 9º, párrafos 1 a 3, de la Ley del Censo de 1983 contravienen el derecho general a la personalidad...”.³⁷

En ese mismo orden, existen aspectos que incidieron en la posición del Tribunal, que corresponden a un orden social y político, como a un orden legislativo. Y es que el contexto en el cual emerge la sentencia, es en un ambiente de una nueva ley de censo dentro de una sociedad sensible en estos asuntos, tanto en la elaboración y participación en censos, el manejo de sus datos, su información personal y principalmente el uso dado por los poderes públicos, lo cual denotaba que para la época, la sociedad alemana ya percibía un profundo temor y desconfianza ante la evolución tecnológica y su impacto en el ámbito personal, así como, la manipulación que sobre los mismos podrían hacer las entidades públicas, lo cual constituían temores seguros de la población y suficientes para cuestionar la Ley.³⁸

36 Véase obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 396. En la obra se reflejan el inicio de la teoría de las esferas (*Die Sphärentheorie*) a través del caso *Elfes*, donde se concibe un “*ámbito intangible de la vida humana*”. En dicha teoría se distinguía: 1) La esfera más interna, la que representa la parte interna o íntima de la vida privada, 2) la esfera privada amplia, la cual no pertenece a la esfera interna, y 3) la esfera social, que comprende los comportamientos y actividades no comprendidos en la esfera privada. De acuerdo a dicha teoría, el Tribunal Alemán defendió la graduación de la protección de las esferas acorde al ámbito relacionado. Ahora, el asunto de la determinación de las esferas y las garantías permiten el abandono progresivo de la misma y la incorporación de otras visiones como era volver al núcleo o tronco común, esto es, el derecho a la personalidad. Esa superación se inició con el caso *Mikrozensus*, donde el Tribunal Alemán derivó del derecho a la personalidad general, el derecho al respeto de la esfera íntima; o el caso *Eppler*, donde se establece que el derecho a la esfera privada como integrante del derecho general de la personalidad derivaba del artículo 2.1 y 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn. (Véase también las págs. 390-395).

37 Obra citada: traducción de Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

38 Véase obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de*

Pero además, otro asunto es la base sobre la cual se sustenta la concepción del nuevo derecho. Nos referimos a que fue la Constitución, o la Ley Fundamental, muy a pesar de la existencia de leyes vigentes en materia de datos en Alemania (como era el caso de la Ley sobre la protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales), que pudo brindar el verdadero soporte jurídico, debido a la inutilidad de la ley. Ello lleva a Alemania a volver la mirada al tronco constitucional y sobre él fundamentar la existencia del nuevo derecho.³⁹

Es así, como el Tribunal Constitucional Alemán –como ya lo hemos afirmado– se desplaza y abandona la teoría de las esferas para hacer frente al asunto planteado mediante al tronco común de la personalidad, y luego establecer desde allí la interpretación de los datos personales.⁴⁰

Por ello, más allá de la terminología o la propia discusión doctrinal que se ha generado, lo que sí es innegable es que tanto la construcción del derecho a la autodeterminación informativa, que desarrolla el Tribunal Constitucional Alemán, como el proceso vivido en Norteamérica con la *privacy*, ambos guardan cierta relación o existe allí un paralelismo,⁴¹ en el enfoque y construcción del derecho a través de un tronco común. En el caso norteamericana, sirve la *privacy* –bajo lo influencia del *common law*– para ampliar el derecho existente, llevando dicha visión hasta la influencia de las nuevas tecnologías; y en el caso alemán, la sentencia

datos personales en Europa... Pág. 396. Así mismo, la finalidad de los datos no era meramente estadísticos, sino que podían ser utilizados por cualquier Administración, siempre que le fuera útil a sus funciones.

Véase también, Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. Introducción a la protección de datos. Dykinson, Madrid. 2006. Pág. 25

39 Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 63.

Véase también, Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la persona”. Págs... 26-28. Aquí se hace alusión al Land de Hesse del 7 de octubre de 1970, como la primera Ley sobre protección de los datos (Datenschutzgesetz), principalmente referida a la “esfera del control sobre los acuerdos y procedimientos de la administración pública del Land”, Ley que se proliferó en toda Alemania Federal. Pero también se habla de la Ley sobre protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales, compuesta por 47 artículos y sus anexos, la cual fue seguida por unas 10 leyes análogas de algunos Lander y de Berlín Oeste.

40 Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 64.

41 Ídem... Pág. 69.

asume y busca enclavar el fundamento del nuevo derecho en la Constitución, mediante la utilización del derecho de la personalidad.

Además, es necesario precisar que el nuevo derecho va a rebasar el contenido de los derechos hasta ahora expresados, tratándose de una nueva categoría,⁴² lo que reclama un ámbito de protección distinto o necesario adaptar a su especificidad.⁴³

Gracias a dichos antecedentes, el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal se va perfilando de forma distinta en los diversos países, ante su expresión o ausencia en las diversas constituciones o su nacimiento por la vía judicial. De hecho, no es sino hasta la década de los años setenta cuando se produce una innovación en la historia de la legislación tanto europea como norteamericana, respeto a las personas y el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a través del “proceso de positivación de los derechos integrantes de la tercera generación, en particular de la libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa”..⁴⁴

42 *Ibidem*. Págs. 68 y 71. La autora, coincidiendo con Pérez Luño, A. cuando afirma que: “negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, para englobarlo en el libre desarrollo de la personalidad, dificulta la relación directa de aquél con otros derechos fundamentales”.

43 Véase la edición y traducción de Gutiérrez Gutiérrez, I. en *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Denninger, Erhard y Grimm, Dieter. Trotta. Madrid, 2007. Págs. 22-23. Aquí afirma el editor (en palabras Grimm y López Pina), que los derechos fundamentales son esa base permanente de la integración social, ante los diversos conflictos jurídicos, de modo que, tenemos que estar abierto a los nuevos retos en cuanto a su posibilidad y límites que ofrecen, pero al mismo tiempo “como fronteras para la represión”, es decir, son esa puerta abierta por el Estado constitucional a la multiculturalidad, pero a la vez ese espacio individual frente a cualquier cultura. Bajo esa idea se establece que: “...la proyección institucional de los derechos es capaz de abrir espacios nuevos de autodeterminación que quizá merezcan ser explorados”, citando a la Häberle.

44 Pérez Luño, A. “Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)”. Edición a cargo de Losano, M., Pérez Luño, A. y Guerrero Mateus, M. *Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid. 1989. Págs. 145 y ss. Aquí se habla de tres generaciones, en las cuales se crean: las leyes de primera generación, donde es el parlamento del Land de Hesse de la República Federal de Alemania, quien tiene el mérito de promulgar lo que sería el primer texto de protección de datos o el caso de la Data Lag sueca del 11 de mayo de 1973. Una segunda generación se da con la promulgación de la Privacy Act norteamericana, el 31 de diciembre de 1974, y la incorporación de la libertad

En el caso de Europa, se afirma⁴⁵ que según como sea reconocido el derecho a la protección de datos personales, se puede atender a la siguiente clasificación: 1) Aquellos países que reconocen el derecho expresamente en sus textos constitucionales, caso de Portugal, Suecia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría y Polonia. Aquí también se incluyen aquellos que han reformados sus constituciones y han incorporado el derecho (tal es el caso de Alemania); 2) Aquellos países que el texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la protección de datos personales, pero poseen disposiciones sobre la materia que han permitido a los Tribunales Constitucionales reconocer dicho derecho fundamental. Aquí se evidencian los casos de España, Finlandia, Países Bajos y Lituania; y 3) Aquellos países que no establecen el nuevo derecho, pero el Tribunal Constitucional los ha reconocido al formar parte integrante del contenido de otro derecho ya establecido expresamente en la Constitución, como es el caso de la intimidad, vida privada, libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana. Es el caso de Italia con el “*diritto a la riservatezza*”.

A continuación, analizaremos –dentro del segundo grupo de países– el caso de España, donde nos interesa conocer cómo a partir del artículo 18.4 de la Constitución Española (en lo adelante CE) se admite la existencia del derecho –a pesar de no tener una expresión clara e inequívoca–, pero además nos interesa apreciar la visión de la doctrina española desde la óptica de Pablo Lucas Murillo y Antonio Pérez Luño, para finalmente apreciar las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Español (en lo adelante TC) que permiten y dan vida al nuevo derecho fundamental.

informática en las Constituciones de Portugal en 1976 y de España en 1978, en sus artículos 35 y 18.4, respectivamente. Y la tercera generación de leyes de protección de datos personales, nace con la promulgación del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el 28 de enero de 1981.

45 Véase Arenas Ramiro, M. en la obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Págs. 378-379.

IV. EL DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS EN ESPAÑA

1. El artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978: Aspectos generales.

En esta mirada hacia la protección de datos personales y su configuración como nuevo derecho, además de poder apreciar la influencia y trabajo aportado por el Tribunal Constitucional Alemán, quien reconoció un nuevo derecho a la protección de datos y constituye un antecedente de obligada cita,⁴⁶ no cabe duda que el tema de la informática y su influencia e impacto en los derechos fundamentales, así como al entender nuevas facultades en los ciudadanos desde la llamada autodeterminación informativa o libertad informática durante el siglo XX, permitió que la mayoría de los países europeos avanzaran y elaboraran normas constitucionales teniendo en cuenta dicho desarrollo.

En ese orden y sentido, abre el camino la Constitución de Portugal,⁴⁷ al reconocer de manera expresa un nuevo derecho a la protección de datos y lo separa del derecho a la vida privada.

46 Aunque según Denninger, Erhard., en "El derecho a la autodeterminación informativa, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica". *Actas del Coloquio internacional celebrado en Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*. Tecnos. 1987. Pág. 271, la denominación autodeterminación informativa no es nueva, ni se trata de una creación del Tribunal Constitucional Alemán, por lo que mucho menos representa a partir de allí el nacimiento de un derecho fundamental.

47 De hecho, se trata de la primera evidencia sobre la libertad informática a nivel constitucional en el contexto europeo. Fue aprobada en el año 1976, y específicamente en su artículo 35 se destaca: el derecho de los ciudadanos al acceso de la información que le interese y que esté contenida en registros, incluyendo su consentimiento para el uso y su rectificación, además, de las prohibiciones en materia de convicciones políticas, vida privada o creencias religiosas y la prohibición de establecer a los ciudadanos un número nacional único. El texto expresa que: "1) Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registro mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización; 2) No se podrá utilizar la información para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos, y 3) Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos".

Un segundo caso es el ejemplo Español, que aunque no establece expresamente dicho derecho fundamental –como la Constitución portuguesa-, al igual que en ésta se anuncia la posibilidad de atender el asunto de la informática y su impacto en el campo de los derechos fundamentales –y como se podrá apreciar-, será en los ojos del TC, que el nuevo derecho poco a poco se diferenciará del derecho a la intimidad.⁴⁸

De ésta manera, podemos aceptar que la CE⁴⁹, se constituye en uno de los ejemplos de los textos más modernos en el ámbito europeo –dictados para la época⁵⁰, en el cual evidentemente se refleja la incorporación inequívoca y palpable de “*la informática*” y la posibilidad de establecer límites concretos ante su uso, por el impacto que produce.⁵¹

48 Sin embargo, el asunto ha sido objeto de largos debates por la determinación, esto es, si la protección de datos personales corresponde a un derecho fundamental autónomo, o por el contrario una faceta del derecho a la intimidad, como ya hemos señalado. Aspectos que hasta la fecha no están absolutamente claros.

49 Constitución aprobada en octubre de 1978, por las Cámaras de Diputados y el Senado, que luego fue sometida a referéndum el 6 de diciembre y que entró en vigencia el 30 de diciembre de 1978. Proceso constituyente que contó con un elevado consenso –salvo el caso del grupo parlamentario de nacionalismo vasco-, mediante el cual se pudo vivir la transición que se seguía en España luego del fallecimiento del General Franco en noviembre de 1975.

Véase Prad Fernández, J. L. Revista de Derecho Político, Nro 65, UNED. Madrid, 2006. Pág. 216.

También Pais Rodríguez, R. y Rebollo Delgado, L. Introducción al Derecho I (Derecho Público). 2da edición. Manuales Jurídicos Dykinson. Madrid, 2009. Pág. 73 y 74. Aquí se distingue como en la parte dogmática, la CE, tuvo la influencia de la Constitución portuguesa de 1976, así como, en la definición de Estado como Social y Democrático de Derecho en la Ley de Bonn de 1949, la distinción entre Ley Orgánica y ordinaria por influencia de la Constitución francesa de 1958, y el Consejo General del Poder Judicial, inspirado en la Constitución italiana de 1947.

50 Siendo el segundo texto en regular dicha realidad después de la Constitución de Portugal de 1976.

51 Otros ejemplos, como afirma Frosini, T. E., en “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”. *Revista de Estudios Políticos* 124. (Nueva Época), abril/junio, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, Págs. 134 -136, son las Constituciones de la República de Sudáfrica de 1993 que prevé tres artículos de la libertad informática, entre los que se encuentra el derecho a la privacy; o el de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, modificada en el 1993, que lo ha asociado a la vida privada, libertad de prensa o derecho a la información; o los casos latinoamericanos donde las constituciones han avanzado hacia la protección explícita de situaciones subjetivas derivadas de la tecnología informática, como es el caso de el habeas data. Aquí vemos los países que lo han incorporado de manera directa a sus constituciones (caso:

De manera que, el constituyente español, decidió dar un salto importante en el marco de la protección de datos, al incorporarla en el conjunto de derechos fundamentales de la carta magna,⁵² estableciendo en el artículo 18⁵³ de la CE, lo siguiente:

1. Se garantiza el derecho al honor, 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.

Así mismo, el artículo 18 va a elevar a un rango constitucional, todos aquellos derechos que hasta la fecha eran parte del derecho civil, pero que ahora se van a nuclear en los que hoy se conoce como derechos a la personalidad, donde existe una línea conductora que es la dignidad

Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina y Venezuela), otros la garantía la prevé la legislación en forma indirecta mediante el amparo constitucional (casos: Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, y Honduras), y otros prevé una tutela indirecta del habeas data (casos: Panamá, México, Uruguay y El Salvador).

Sin embargo, Serrano Pérez, M. M. en la obra cit. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 124. Plantea una opinión distinta a la nuestra, toda vez que establece que la CE pudo redactarse con mayor claridad y la misma adolece de algunas insuficiencias.

52 Cámara Villar, G. "Caracteres generales del reconocimiento constitucional de los derechos y libertades y Eficacia y límites de los derechos y libertades fundamentales". Balager Callejón, Francisco (Coord.): *Derecho Constitucional (vol. II)*. Tecnos, Madrid 1999. Pág. 52.

53 Las bases para la redacción del referido artículo fue el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso del último aparte en el artículo 35 de la Constitución de Portugal. De hecho la inclusión del último aparte fue lo que produjo el mayor debate, considerando –algunos diputados– que su inclusión era innecesaria, mientras que otros alertaban su influencia. Véase Arenas Ramiro, M. Obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 445.

de las personas, porque se basan en la propia esencia o carácter esencial del ser humano.⁵⁴

Como se aprecia, el descrito artículo va a proteger un conjunto de derechos diferentes, como son: el derecho a la intimidad, el honor, y la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones y además incorpora una orden al legislador para que regulara el uso de la informática, con el objeto de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y el pleno ejercicio de los derechos.

Así mismo, es importante destacar, que el artículo 18.4 no es la única referencia que existe en la CE acerca de la utilización de la informática, debido a que también en el artículo 105 b) se regula el acceso a los ciudadanos a los registros administrativos, salvo que afecten la seguridad, la defensa del Estado o las averiguaciones delictivas o la intimidad.⁵⁵ Sin embargo, existen aquí diversas vertientes porque algunos autores opinan que dichos artículos forman parte del sistema constitucional de la libertad informativa o autodeterminación informativa,⁵⁶ mientras otros opinan que no son el artículo 18.4 y 105 b) preceptos constitucionales que se complementen, porque el 105 no está concebido para preservar ningún derecho fundamental, sino que se trata del control de la información, además de referirse únicamente a la Administración y su actuación.⁵⁷

Ahora, al comparar el texto de la Constitución portuguesa y la española, si bien la CE, permite el avance sobre la materia al haberle dado rango constitucional, lo cierto es que “resulta evidente la mejor elabo-

54 Véase Rebollo D, L. “Derechos de la personalidad y datos personales”. *Revista de Derecho Político*, N° 44, 1998. Págs. 143 y ss.

55 Davara Rodríguez, M. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993. Pág. 55.

56 Obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Pág. 159. Afirma el autor que la autodeterminación informativa o libertad informática halla su reconocimiento inmediato en ambos artículos.

Véase también, Pérez Luño, A. “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 9, mayo-junio 1979. Págs. 62-63.

57 Para tener argumento e información detallada, véase la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*... Págs. 127-130. Tesis que además compartimos.

ración técnica del texto portugués, que engloba en un solo artículo los problemas más acuciantes que suscitan las relaciones entre intimidad e informática”.⁵⁸ De modo que, plantea la redacción del artículo 18.4 de la CE, una visión de protección ante el impacto informático, pero a la vez limitativo y restrictivo del fenómeno. Perdiendo así de vista los diversos aspectos que consideró la Constitución portuguesa, pero además, colocando en un plano desigual a la informática ante los derechos de los individuos, lo cual complica el problema de la determinación del bien jurídico que protege.⁵⁹

Bajo lo dicho, interesa rescatar algunos de los aspectos que se describen y establecen en el artículo 18.4 de la CE, a los fines de poder apreciar –desde la doctrina– cuál es el bien jurídico protegido, así como, presentar las dificultades que derivan de su redacción y luego examinar cómo la jurisprudencia española ha servido de punta de lanza en su configuración. El interés que ello merece es la manera como se perfila la incorporación en el artículo 18.4 de la CE, la prohibición en el uso de la informática y a partir de allí caben las preguntas: ¿fue incorporado el artículo 18.4 de la CE con la finalidad de garantizar el pleno ejercicio y vigencia del derecho al honor, intimidad? o por el contrario ¿se trata de un agregado al artículo 18 de la CE del cual deriva un nuevo derecho fundamental?

2. La doctrina

Como bien hemos indicado, son los profesores Antonio Pérez Luño y Pablo Lucas Murillo, aquellos que –a nuestro modo de ver–, comprenden las opiniones calificadas y especialmente quienes –en España– poseen la

58 Pérez Luño, A. *Derechos humanos, estado de Derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 338.

Véase también la Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 124.

59 *Ibidem*. Págs. 125 -127.

Así también véase Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Aspectos teóricos y prácticos*. Bosch. Barcelona. 2001. Pág. 34. Quien afirma que: “La Constitución Española tiene una participación activa en lo que se refiere al control de la informática, de hecho que supone una actitud progresista y activa frente a otras constituciones europeas, a pesar de que la redacción del artículo donde se regula esta cuestión no es afortunada”..

voz primaria en cuanto al estudio sistemático y doctrinal del derecho a la protección de datos de carácter personal. Ahora bien, ambos autores no comparten dicha calificación de derecho a la protección de datos de carácter personal,⁶⁰ sino que han sido unánimes en denominarlas libertad informática o autodeterminación informativa, según veremos.

En ese orden de ideas, creemos prudente conocer del por qué de sus acepciones, la fundamentación de sus ideas y de manera sencilla presentar sus consideraciones acerca del tema.

Para ello, no referiremos a la libertad informática, en primer término, teoría que considera Antonio Pérez Luño, y que recoge en varias de sus obras.

2.1. La libertad informática de acuerdo a Antonio Pérez Luño

Bajo un esquema preliminar y ante la promulgación de la CE de 1978, Pérez Luño, inicia su estudio⁶¹ –que luego denominará la libertad informática– bajo la concepción de que la informática representa una amenaza al derecho a la intimidad, y basado en ello plantea una nueva dimensión y configuración de la intimidad, siendo su integración al esquema constitucional muestra de esto.

Pero además, al referirse al artículo 18 y especialmente al hacer el énfasis en el numeral cuarto, se permite concluir que el derecho que se protege o bien jurídico que se protege es el derecho a la intimidad, esto es, no forma parte de su argumentación, ni la libertad informática, ni la autodeterminación informativa y mucho menos la protección de datos, criticando que la concepción o consideración de la intimidad sólo fue concebida únicamente bajo una visión individual, dejando de lado el ámbito social que van a nacer ante las nuevas tendencias y posibilidades tecnológicas, por lo que era necesario incluir dicho matiz a nivel constitucional”.⁶²

60 O por lo menos no la asume *a priori*.

61 Sin embargo, podemos encontrar sus obras desde 1971, como es el caso de “La juscibernética en España”, en la *Revista Jurídica de Cataluña*, n° 2. Págs. 303-327; o “Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico”. *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia.

62 Pérez Luño, A. “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 9, mayo-junio 1979. Pág. 62-63.

Por esa razón, plantea el autor una relación directa entre el artículo 18.4 y 105, b) de la CE, como una suerte de complemento al primero de los nombrados, independientemente que en el artículo 105, b) no se plantee el asunto de la informática ni se coloca en el título de los derechos, sin embargo, en dicho artículo 105, b) se incluye claramente a la intimidad y su garantía antes los registros administrativos. En todo caso, a pesar de que parte de la base de que el tratamiento constitucional no fue el más afortunado y que posee defectos prácticos, el asunto es que la previsión fragmentada (en los artículos 18.4 y 105, b), constituye el derecho a la intimidad y es su incorporación en la CE lo que trata de garantizar y proteger el constituyente frente a la amenaza de la informática.

Pero, a tal punto de análisis preliminar y erróneo parte el aludido autor, que además de sólo ver el derecho a la intimidad como la previsión o derecho contenido en el artículo 18.4 de la CE, también al analizar su desarrollo y evolución, termina por asemejarla o igualarla con la configuración de la *privacy* norteamericana, esto es, estableciendo que la intimidad y la *privacy* son lo mismo.

De manera que, su enfoque original no toma en cuenta ni a la protección de datos, libertad informática ni a la autodeterminación informativa, sino al derecho a la intimidad y sobre él la amenaza constante y creciente de la informática, como concepto que frente a su desarrollo se asemeja al de la *privacy*, convicción que más adelante abandonará y centrará su estudio en la libertad informática.

En ese orden y dirección, al análisis preliminar que realiza Pérez Luño del artículo 18.4 de la CE, en 1981 –dos años después de la primera obra-, elabora un conjunto de principios necesarios, que deben tomarse en cuenta en la construcción de una ley española que regulara el asunto de la informática. Por lo que utiliza el término *libertad informática* al incorporarlo dentro del conjunto de principios enumerados.⁶³

De esto modo, la *libertad informática*, bajo la tesis de Pérez Luño, comprende la *información sobre* los bancos de datos existentes, así como su titularidad y finalidad, su *control*, que comprende el *acceso* (mediante el *habeas data* que permitirá: la *corrección*, *cancelación* de los datos, el *olvido*), y finalmente la *tutela* por medios o recursos oportunos.

63 Obra cit. Pérez Luño, A. "Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24, noviembre-diciembre. 1981. Pág. 50.

Esa visión es la que permitirá luego desarrollar la concepción del nuevo derecho, bajo los contenidos planteados, concepción que luego se apartará del derecho de la intimidad como eje central o determinante, construyendo así un nuevo concepto o derecho, denominado *la libertad informática*.

Toda esa construcción o redimensionamiento que hace Pérez Luño del derecho a la libertad informática, va a tener su génesis en el desarrollo generacional de los derechos humanos. Bajo esa visión nos habla de una primera generación (basada en las libertades individuales), en la cual se exige la autolimitación y la no intromisión de los poderes públicos en la esfera individual; la segunda generación (basada en los derechos económicos, sociales y culturales), y cristalizada jurídica y política en el Estado Social de Derecho, en la que se exige una actuación activa de los poderes públicos y garantizada a través de ellos; y la creación de una nueva categoría o nueva generación (la tercera), en la cual se encuentran las nuevas tendencias universales, como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, la calidad de vida, o la *libertad informática*. En ese orden, indica el autor que el mismo desarrollo de los derechos humanos ha llevado a que el concepto de intimidad se vincule con el libre desarrollo de la personalidad (caso el artículo 2.1 de la República Federal de Alemania, o el caso del artículo 10.1 de la Constitución Española: identidad, dignidad, libertad e igualdad), y de allí la creación del concepto de autodeterminación informativa, como una construcción de la doctrina y jurisprudencia germana, que debe entenderse como un equivalente a la libertad informática.⁶⁴

De modo que, Pérez Luño aboga por la Libertad Informática, que es sinónimo de la Autodeterminación Informativa, plantea una de las garantías especiales del nuevo derecho (habeas data), y a la vez lo concibe como un nuevo derecho, autónomo, que incluso va más allá del derecho a la personalidad, y que se relaciona con la intimidad, pero no de manera decisiva, sino también con otros derechos y especialmente con la identidad, dignidad, libertad e igualdad, cuya base constitucional está en los artículos 18.4 y 105, b) de la CE, derecho que le permite a

64 Véase Pérez Luño, Antonio. "Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data". Edición a cargo de Luis García San Miguel Rodríguez-Arango (*Estudios sobre el derecho a la intimidad*). Tecnos. Madrid. 1992. Pág. 36 -39.

cualquier ciudadano (individual o colectivo) conocer, acceder, controlar, corregir, rectificar, destruir, los datos personales inscritos en programas electrónicos, bajo un apoyo estructural y normas de organización y bajo la existencia de garantías que permitan su existencia real y efectiva.

Bajo lo afirmado, no cabe duda que Pérez Luño inicia el estudio del nuevo derecho y avanza en su determinación y contenido, aunque al hacer una especie de separación o subdividirlo, deja de lado el asunto nuclear y fundamental a abordar y dilucidar, es decir, su verdadera autonomía y su contenido esencial.

2.2. *La autodeterminación informativa de Pablo Lucas Murillo*

Desde otro planteamiento a Pablo Lucas Murillo de la Cueva, se le atribuye la concepción de la Autodeterminación Informativa en España (que deriva de la concepción alemana).

En el caso de Lucas Murillo, además de tomar como punto de partida el texto de la Constitución española (18.4), que le llevará a la construcción de un nuevo derecho constitucional –a partir de la limitación del uso de la informática–, lo cierto, es que necesariamente avanza desde la visión de la intimidad, a los fines de poder determinar si con ella se construye el nuevo derecho. De hecho, lo expresa así:

Ahora bien, el llamamiento que efectúa el artículo 18.4 de la Constitución es meridiano y, dejando ahora las consideraciones relativas a la urgencia con que es preciso atenderlo, sitúa claramente el debate en torno a la regulación de la informática en el terreno del derecho a la intimidad, aunque no haya que excluir que otros derechos se vean también implicados. 6 Esta conexión constitucional intimidad-informática obviamente no es casual y justifica que, a tenor de lo dicho, nos preguntemos si es posible construir, a partir de esta premisa normativa, un derecho fundamental a la autodeterminación informativa. 65

En ese recorrido, el autor deja claro que si bien la visión ha sido vincular el derecho a la autodeterminación informativa al de la intimidad,

65 Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *El Derecho a la autodeterminación informativa...* 1990. Pág. 30.

incluso partiendo del desarrollo histórico, lo cierto es que la intimidad constituye un concepto preinformático (que se coloca en el ámbito de la persona, con un primer ámbito o noción restringida y hoy día bajo un ámbito más extenso o ampliado), sin embargo, la protección de los datos y su técnica se nos presenta con mayor complejidad que rebasa incluso la intimidad, porque atenderá a los poderes del individuo con las limitaciones de los terceros, así como las diferentes garantías necesarias, donde incluso los datos que se protegerán no necesariamente serán íntimos, esto es, pueden ser del conocimiento de otros, o incluso insignificantes, siendo por tanto un ámbito mucho más amplio que el de la propia intimidad (concepto incluso impreciso por su constante movimiento), donde su punto de partida será la influencia de la informática y su incidencia en la esfera de los individuos y el valor que se le otorga en el artículo 18.4 de la CE. De acuerdo a lo expresado, Lucas Murillo diferencia la autodeterminación informativa del derecho a la intimidad, puesto que al tener ámbitos materiales distintos o no coincidentes, el primero con una concepción preinformática y el otro bajo un sector especializado y cada vez más articulado. Por lo que afirma que se trata de un nuevo derecho que es producto de la informática y aunque la idea de su existencia es preservar la información individual, sea ella íntima o no, el bien que se tutela no es la intimidad, sino la autodeterminación informativa que claramente se diferencia de aquella.⁶⁶

Bajo la concepción y construcción del nuevo derecho a la autodeterminación informativa, de cara al artículo 18.4 de la CE y el bien jurídico protegido, el autor distingue entre éste y el derecho al honor, estableciendo su escasa vinculación ante la poca amenaza que representa para él la informática. También, indica su desvinculación con la propia imagen, la cual olvidó el constituyente nombrar en el propio 18.4 y en el 105. b). En cuanto a la intimidad, si bien reconoce que su protección se inicia a partir de allí, ésta posee una suerte esfera personalísima o restringida integrada por las convicciones, sentimientos y recuerdos, relaciones sexuales, familiares y de salud, en las cuales no se plantean los problemas.

En ese sentido y orden de ideas, Lucas Murillo plantea que la solución de formulación del nuevo derecho, debe atenderse no desde la formulación textual del nuevo derecho, prevista en el artículo 18.4 de la

66 *Ibidem*. Págs. 88-124.

CE, sino hacer su deducción a partir de su propio contenido, para así poderle dar una fundamentación constitucional satisfactoria⁶⁷

Por esa razón, indica que el artículo 18.4, crea la suerte –bajo la concepción de un nuevo catálogo de derechos– de facultades que superan los mecanismos típicos (incluyendo el de la intimidad), y que van a asegurar el control que sobre ella se dispone o utilizan los terceros, evitando perjuicios, con un sistema instrumental, garantías, procedimientos y sanciones, es por tanto: “...el control que cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad.”⁶⁸

Así mismo, dispone el autor que ante la existencia del artículo 10.2 de la CE, mediante el cual se eleva el nivel interpretativo de los derechos fundamentales, los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, ello permite que el artículo 18.4 se interprete a la luz del Convenio 108 de Consejo de Europa y con ello darle el verdadero contenido al nuevo derecho fundamental.

Bajo lo revisado, dicha posición doctrinaria presenta mayor aceptación y claridad en torno al nuevo derecho y un acercamiento a la configuración que viene a desarrollar el TC, a través del cual –tardía-, pero finalmente concibe el nuevo derecho frente a la concepción del derecho a la protección de datos de carácter personal, después de casi 22 años y de una larga revisión –principalmente doctrinal-, lo cual comentaremos a continuación y representa la consolidación de un nuevo derecho fundamental que hoy se exporta o sigue en desarrollo en Latinoamérica.

2.3. El Tribunal Constitucional Español y la interpretación del artículo 18.4. CE.

Como ya hemos indicado, en el desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, si bien la doctrina ha emprendido

67 Murillo de la Cueva, L. “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”, col. 43 *Cuadernos y Debates*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. *Informática y protección de datos personales*. Págs. 27 y ss.

68 *Ibidem*. Pág. 33.

un desarrollo constante en la concepción del derecho y algunos países realizaron incorporaciones inequívocas sobre éste (como el caso de Portugal), el TC no siguió la misma suerte, debatiendo poco sobre la materia y finalmente estableciendo el derecho a partir del año 2000, esto es, incluso después de los 2 instrumentos legislativos principales en España.⁶⁹

De acuerdo a ello, si bien en sus inicios el TC aborda la influencia por el uso de la informática, así como, reconoce los grandes peligros que suponen las nuevas tecnologías, todo desde la óptica del derecho a la intimidad, posteriormente, se plantea una segunda etapa, donde reconoce la existencia de un nuevo derecho, la *“libertad informativa”*, pero sin abandonar la concepción y su argumentación desde el derecho a la intimidad. Va a resultar –luego de la aprobación de la Directiva 95/46 del Consejo y las leyes Orgánicas Españolas, que el TC reconoce expresamente el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, de manera autónoma, separándolo del derecho a la intimidad (su objeto y contenido).⁷⁰

69 Nos referimos a la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), y la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Como posición en contrario a la expuesta por la mayoría de la doctrina, puede verse la obra cit. Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Págs. 328 y ss. Aquí el autor se plantea: Existe: ¿Una fundamentación autónoma del derecho a la protección de datos? o es una creación ex-novo de un derecho fundamental. Tal indicación la hace a partir de su visión, que se expresa así: “si se hubiese acudido a la voluntad del constituyente como criterio del que inferir el sentido último del precepto no puede asegurarse con certeza que pudiera probarse sin ninguna duda que éste quisiera atribuir al artículo 18.4 CE los mismos efectos que el Tribunal Constitucional Federal Alemán otorga a la categoría del derecho a la autodeterminación informativa, ni tampoco exactamente el mismo fundamento, o al menos el empleo de una técnica equivalente. Lo que sí resulta en cambio plenamente demostrable es la voluntad expresa de integrar el precepto en los derechos que tutelan la vida privada en sus distintas facetas. [...]”

El Alto Tribunal, ha optado por una tercera vía consistente en hacer residir el derecho a la protección de datos en el artículo 18.4 CE probablemente ante el reto de dar un pequeño salto en el vacío y crear jurisprudencialmente ex-novo un derecho fundamental cuya fundamentación real no debiera haber sido otra que la garantía de la personalidad y del ser humano que contiene el artículo 10.1 CE tomando como referente interpretativo el derecho a la vida privada que implícitamente consagra el artículo 18 CE visto a la luz de los convenios internacionales sobre la materia”.

70 Véase la Obra cit. Arenas, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 445. Sin embargo, con las sentencias 159/2009 del 29

La principal sentencia será la 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, donde se resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, sobre la Protección de Datos de Carácter Personal, esto es, ante la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales, por lo que se solicita la nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica.⁷¹

Para resolver dicho recurso y sus implicaciones, que lleva consigo la constitucionalidad de expresiones de dichos artículos, el TC va a reconocer el nuevo derecho previsto en el artículo 18.4 de la CE, procederá a diferenciarlo del derecho a la intimidad, así como, establecerá su contenido esencial.

Con lo dicho, diferencia claramente el TC el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos, aludiendo a que poseen distintas funciones y distintos contenidos, aunque comparten el objetivo de proteger la vida privada de las personas, al expresar que:

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 C.E. debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 C.E.), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 C.E.). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran. (F.J. 5).

de junio y la 173/2011 del 07 de noviembre, pareciera el TC luego de la sentencia 291/2000 volver al tronco común de la intimidad, como más adelante comentaremos.

71 Nos referimos a los arts. 21.1 (Comunicación de datos entre Administraciones Públicas) y 24.1 y 2 (otras excepciones a los derechos de los afectados) de la Ley Orgánica 15/1999, por vulneración de los arts. 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

Por eso, el contenido y el objeto de la intimidad y el derecho a la protección de datos serán distinto, colocando el TC a la intimidad bajo una visión restringida, que corresponderá sólo al ámbito de no injerencia o aspecto negativo de exclusión frente a mi vida privada, imponiendo a otros el que se abstengan de interferir en el ámbito de lo íntimo o hacer uso de lo conocido. En cambio, el derecho a la protección de datos con una visión ampliada, otorgando a los ciudadanos un conjunto de facultades que impondrán a otros y que no las posee el derecho a la intimidad, esto es, el poder de disponer sobre los datos personales.

Como consecuencia de lo antes dicho y comentado, es que derivará en el nuevo derecho a la protección de datos un contenido esencial ante el poder de disposición y control sobre los datos de las personas.

Aquí establece la sentencia las facultades de: "...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso". De manera que, los ciudadanos ante tal poder de disposición y control van a poseer un conjunto de facultades que se expresan en: "consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular". Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: "saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos". De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se "informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele" (F.J. 7).

Es lo que el propio TC ha denominado el poder o control, esto es, el poder de disposición que poseen los ciudadanos sobre sus datos, cuyas facultades que derivan de dicho poder permiten una plena actuación para que los intereses jurídicos que se tutelan tengan una vigencia o existencia real, efectiva y concreta.⁷²

72 Ello se sustenta en la sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril (F.J. 8), donde el TC afirmó que "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho

Entera así el derecho un conjunto de facultades que atiende a la defensa frente al conocimiento de los datos, sean éstos del ámbito íntimo o no, pero a la vez comprenden facultades que permitirán un conjunto de acciones sobre el manejo, seguimiento y destino de los datos de las personas, estén en manos del Estado o de los particulares, conjugando y manteniendo en su titular ese poder de consentimiento –expresado en las diversas facultades- de amalgamamiento sobre los datos que lo acompañará a donde quiera que vaya.

La sentencia también plantea que no se puede pretender y entender la concepción ilimitada de los derechos fundamentales, sino que ellos como tal presentan límites. Ese también es el caso del derecho a la protección de datos, claro está que esa limitación se plantea de manera directa o indirecta por la propia Constitución. Ello lo afirma el TC al establecer que:

este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución... (F.J. 11).

Bajo lo afirmado, el derecho a la protección de datos, encontrará sus límites en el propio derecho como tal, así como en los otros derechos, todos como parte de una misma Constitución, pero además cuidando siempre la legitimidad en el fin y el contenido esencial del derecho a la protección de datos, debido a que en palabras del TC: “Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido”. (F.J. 11).

En ese sentido, dicha limitación debe guardar consigo lo previsto en el artículo 53.1 de la CE⁷³, o la reserva legal, esto es, como afirma el

queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

73 En el entendido que ella plantea unas garantías mínimas cuando indica que (artículo

TC “la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental”, (FJ. 11), limitación que será inconstitucional si se hace “prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 C.E.)”. (FJ. 10).

En definitiva, el hecho de que el derecho a la protección de datos, pueda ser objeto de límites, ello no quiere decir que estará desprovisto de las garantías y facultades que plantea el propio derecho, tomando en cuenta que la finalidad sea legítima y además adecuadamente proporcional. Por lo que el TC, construye y acepta una nueva concepción “el derecho a la protección de datos”, lo concibe como un poder de control y disposición, le atribuye un contenido esencial (consentimiento, finalidad, uso, seguimiento en la recogida y en su utilización: corrección, cancelación, actualización), además de brindarle las garantías necesarias (*habeas data*). Cuyo derecho se diferencia del derecho a la intimidad e incluso lo rebasa, además de concebirlo como un derecho no absoluto, sino objeto de límites bajo la previsión de su contenido esencial y mediante la reserva legal.

Sin embargo, y a pesar de lo comentado, no podemos decir que existe un criterio constante y uniforme del TC, porque con posterioridad y mediante dos sentencias, el TC pareciera haber dado un giro a la autonomía del reconocido derecho a la protección de datos de carácter

53.1): “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a. Además de la previsión del artículo 81.1 de la CE, como afirma el TC en su FJ 11. Dicho artículo expresa que: “1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

personal, volviendo al tronco común de la intimidad. Nos referimos a las sentencias 159/2009 del 29 de junio⁷⁴ y la 173/2011 del 07 de noviembre.⁷⁵

En la primera sentencia –la 159/2009–, al resolver el caso planteado el TC establece que:

a) Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento...

[...]

c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre,

74 Aquí se resuelve el Recurso de amparo 9914-2006, promovido por don Jon Osa Larrarte ante la la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sobre exclusión del procedimiento de selección de agentes de la Guardia municipal; alegando que se había vulnerado el derecho a la intimidad personal: por parte de la resolución administrativa que cesa a un policía municipal en prácticas, tras haber superado el concurso de selección, con apoyo en un intercambio de datos sobre su estado de salud entre Administraciones sin cobertura legal y al margen de todo procedimiento.

75 Con ella se resuelve el Recurso de amparo 5928-2009, promovido por don Carlos Trabajo Rueda frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito de corrupción de menores. Se alega la supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la intimidad: acceso constitucionalmente justificado a los archivos informáticos sin contar con el consentimiento de su titular.

FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho... (FJ 3).

El asunto es que conoce el TC sobre la utilización de datos personales relativos a la salud física y psíquica de la persona, sin embargo, a diferencia de lo ya plasmado con anterioridad y a través de la sentencia de 292/2000, en vez de abordar su revisión sobre el nuevo derecho reconocido, “el derecho a la protección de datos personales” encausa su revisión y estudio sobre la estructura del derecho a la intimidad, sin ninguna distinción o separación, por lo que vincula nuevamente el nuevo derecho con el derecho a la intimidad.

En la segunda sentencia –la nro. 173/2011–, el TC mantiene ese mismo criterio, porque al resolver la supuesta utilización de archivos informáticos sin el consentimiento del titular, olvida nuevamente lo establecido en la sentencia 292/2000 y ampara al titular bajo el derecho a la intimidad desconociendo la existencia de un nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, esto es, ese poder de disposición y control de las personas sobre sus datos, utilización y finalidad. Ello se aprecia cuando se expresa que:

Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) –por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica–, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. [...] Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de

correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o *email*, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información... (FJ3).

De modo que, olvida el TC lo que ya había expresado en la sentencia 292/2000, cuando afirmó que el derecho a la protección de datos de carácter personal comprende los datos relativos a la vida privada o íntimos de las personas, pero también que los datos "... amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo".. (FJ. 6). Es decir, con esos mismos argumentos se diferenciò el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos de carácter personal y se estableció su autonomía.

Atendiendo a lo indicado, si bien es notable el avance y reconocimiento dado por el TC –principalmente a partir del año 2000–, al darle nacimiento al derecho a la protección de datos de carácter personal, no es menos cierto que aun no puede verse una posición sostenida y constante de éste en cuanto a la autonomía del derecho a la protección de datos y su separación del derecho a la intimidad, porque las descritas sentencias 159/2009 y 173/2011, evidencian la vuelta del TC al tronco común de la intimidad y la confusión nuevamente de ella con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Sin embargo, conviene tomar postura y plantear nuestra visión sobre el nuevo derecho, a modo de conclusiones.

V. NUESTRA VISIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Partiendo de lo ya comentado, el asunto es, estamos hablando de un derecho fundamental que debe denominarse libertad informática, autodeterminación informativa o por el contrario protección de datos personales.⁷⁶

Ciertamente, y tal como hemos visto Lucas Murillo asume la tesis de autodeterminación informativa, Pérez Luño la libertad informática, y el TC la tesis indistinta entre Libertad Informática y el derecho a la protección de datos. Algunos incluso han criticado éste último concepto.⁷⁷

El asunto es que la autodeterminación informativa alude fundamentalmente al derecho subjetivo, es decir, a aquella facultad de decidir sobre la información relacionada con la persona, que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, lo cual se traduce en el consentimiento.⁷⁸ Sin embargo, cuando nos referimos a la libertad informática, ella plantea algo más, que incluso comprende a la propia au-

76 Recordemos que también Ruiz, C., ha utilizada la terminología intimidad informática, como ya antes señalábamos, término que ciertamente genera confusión y se aleja incluso de la diferenciación que realiza el propio TC en la citada sentencia 292/2000, donde no solo diferencia la protección de datos (o libertad informática) de la intimidad, sino que además otorga el carácter positivo a la informática y no a la intimidad.

77 Véase obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Págs. 137-183. Para Pérez Luño no puede hablarse de protección de datos, porque lo que se protege es la persona y no los datos. Ver también Davara Rodríguez, M. *Normativa para la protección de la intimidad: Planteamiento General*. Vol. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Fundación CI-TEMA. Madrid. 1992. Pág. 11 y ss. Sin embargo, la protección se ha entendido por el mismo autor como “el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

También, se puede consultar Davara Rodríguez, M. A. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993. Pág. 47.

78 Véase obra cit. Lucas Murillo, P. Informática... Pág 56.

todeterminación informativa, esto es, atiende tanto a la libertad, como a la informática, de modo que permite la protección de nuestra libertad frente al uso de la tecnología (dicho concepto se asimila al derecho de protección de datos personales).⁷⁹ Ahora, en el caso del derecho a la protección de datos de carácter personal, éste se concibe como un verdadero poder de disposición y control sobre los datos personales, a través del cual se faculta a las personas a decidir cuáles datos proporciona o proporcionará, o cuáles puedes recabar el tercero, cuya facultad no se agota allí sino que se extiende al destino y uso que se le dará a los datos personales y ante ello solicitar su cancelación, rectificación o modificación.⁸⁰ De modo que, se protege realmente a los sujetos como portadores físicos y por ende al dato como elemento objetivo, pues el interés es que éste último se pueda mantener al día, bajo resguardo, seguridad y protección –que no se modifique–, entendiéndose con ello que el fin real es la protección de las personas a través de la protección de datos.

La idea es la protección de ese almacenamiento, su acceso, uso, finalidad. Ahora, si bien ha sido criticado el asunto, esto es, qué se protege al dato o a la persona, frente a ello y aunque “...en realidad, se protege a un sujeto que es la persona titular de los datos y no los datos; sin embargo, la deducción lógica de la identificación del sujeto que se pretende proteger, es consecuencia de la naturaleza de esta protección y no es necesaria mayor aclaración, que podía ser propia de un estudio del lenguaje o de la semántica –como componente de la gramática que indica el significado de las formaciones sintácticas- y que, en este caso concreto, no tendría demasiada utilidad”.⁸¹

79 Véase Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 175-178.

80 Véase la sentencia del TC 292/2000.

81 Obra. Cit. Davara Rodríguez, M. *Manual de derecho informático*. Págs. 45, 46, 48, y 49. Además, como agrega dicho autor, así lo recoge el Convenio 1981 del Consejo de Europa en el primer apartado de su introducción: “El presente Convenio tiene por objeto reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que les conciernen”. o el caso de la Directiva 95/46 de la Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual se concibe como Directiva sobre protección de datos. Así mismo, establece Davara que “No cabe duda que se protege a la persona titular de los datos; no obstante, el término protección de datos es adecuado, universalmente reconocido”. Pág 50.

De modo que, utilizar el término protección de datos no parece reclamar mayores consideraciones, ni genera mayor confusión y menos aun el término libertad informática.

Bajo lo dicho, asumiremos el derecho a la protección de datos de carácter personal, como término digno de seguir, entendiéndolo como: “el derecho a controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal”.⁸²

De esta manera el derecho a la protección de datos lo entendemos como un derecho fundamental, autónomo, que se traduce en un poder de control y disposición sobre los datos personales, que comprende la facultad para los ciudadanos de decidir a quién los proporcionará, independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares, estableciéndoles cuáles puede recoger, entendiéndose que su contenido es lo más importante.

Dicha capacidad de control o decisión permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, teniendo el derecho a oponerse a su posesión y a su uso. Por lo que, el derecho a la protección de datos comprende desde el consentimiento en la recogida que hagan los terceros, pasando por el conocimiento y acceso a los mismos -su almacenamiento, tratamiento, uso y destino-, hasta el poder ejercer la oposición, cancelación, rectificación o actualización, si lo afectan.

Otro aspecto, tiene que ver con los conceptos de intimidad y privacidad, toda vez que como bien se indicó, en la sentencia 292/2000, se plantea que aunque los datos de los cuales se trate sean de carácter personal, ello “...no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.. (F.J. 6).

En ese orden y dirección, el TC resuelve de manera clara la original vinculación del derecho a la intimidad y la protección de datos,

82 *Ibidem*. Págs. 176-177.

diferenciando ambas figuras (en su contenido y función), otorgando la autonomía al derecho a la protección de datos, aunque conectando a ambos derechos en cuanto comparten el objetivo de proteger la vida privada de las personas.

En todo caso, eso genera algunos escollos porque se habla de la intimidad, confidencialidad, secreto, vida privada, esfera privada, entre otros, utilizándose como conceptos idénticos, ello sin dejar de lado el anglicismo que deriva de la traslación de la *privacy*, que es el término privacidad –comentado–. En todo caso, en el ordenamiento Español, “... no existe distinción legislativa ni jurisprudencial entre los conceptos de vida privada e intimidad. Ambos se identifican, acogen el significado de una esfera en la que sólo cada persona tiene potestad para decidir lo que le afecta, evitar las intromisiones no deseadas, y en definitiva, tener control al respecto de lo que se quiere que otros conozcan, o de lo que se quiere dar a conocer. Ambos conceptos se identifican con soberanía interna”. De modo que, aunque a nivel Europeo se distinguen –bajo la teoría de las esferas–, y no cabe duda que aunque pueden verse como dos niveles de la personalidad, el asunto es lo difícil de establecer los límites entre uno y otro, porque “los contenidos son idénticos, las posibilidades de lesión son las mismas, y el bien jurídico protegido también, al igual que los sistemas de garantía”.⁸³

En todo caso, sea un caso u otro, no es igual el derecho a la intimidad y vida privada con respecto al derecho fundamental a la protección de datos. El derecho a protección de datos como el derecho a la intimidad actúan en función de tener el mismo objetivo “proteger la vida privada de las personas”, pero comprendiendo a su vez que la vida privada comprende una ampliación del concepto de intimidad.

De modo que, ante lo planteado y en el marco del recorrido establecido resulta claro que Europa ha transitado y asumido desde la progresividad de los derechos fundamentales la existencia de un nuevo derecho, y sobre el mismo queda mucho por andar, ya los cimientos se han establecido y la construcción ha comenzado a apreciarse, por lo

83 Obra cit. Rebollo Delgado, L. *Vida privada...* Págs. 37 y ss. En todo caso, no pretendemos dar por terminada la discusión, sino abrir la discusión, que como hemos dicho presenta enormes dilemas y vertientes.

que merece la pena que podamos tomar en consideración su tránsito, desarrollo y construcción.

En el caso Latinoamericano, la evolución y desarrollo del derecho ha sido distinta, porque se ha asumido desde la figura del habeas data, bajo una riqueza garantista que ha planteado un avance netamente procesal, lo cual –a nuestro modo de ver–, ha retrasado el florecimiento del nuevo derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.⁸⁴

De hecho, en el contexto venezolano, la Constitución de 1999 incorporó (incluso sin saberlo) en su artículo 60 dicho derecho, derecho que ha sido reconocido tímidamente por el propio Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional (véase sentencia del 08 de mayo de 2012, Expediente 11-0855, caso JOSÉ RAFAEL CASTAÑARES FERNÁNDEZ), y decimos que tímidamente, porque se ha olvidado que parte de su contenido esencial está en el artículo 28⁸⁵, es decir, dicho artículo más allá de concebir el habeas data (que es la garantía), concibe el conjunto de facultades que tenemos los venezolanos para poder ejercer el poder de control y disposición sobre nuestros datos de carácter personal.

En todo caso, conviene seguir estudiando este nuevo derecho desde Latinoamérica, el habeas data como fórmula para su existencia y la necesidad del reconocimiento desde los diversos Tribunales Constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.
- Casal, J. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas. 2001. Pág. 196.
- Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (IV Jurisprudencia Constitucional Extranjera)*. Nro 33. 1984.

84 De hecho, sostenemos que en Latinoamérica, el desarrollo no se ha dado desde la óptica del nuevo derecho fundamental, sino desde su garantía (habeas data), confundiendo e incluso suplantándolo. Pero ello, lo desarrollaremos en otra oportunidad.

85 Artículo denominado *babeas data*.

- Davara Rodríguez, M. A. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993.
- *Normativa para la protección de la intimidad: Planteamiento General*. Vol. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Fundación CI-TEMA. Madrid. 1992.
- Denninger, E. “El derecho a la autodeterminación informativa, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica”. *Actas del Coloquio internacional celebrado en Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*. Tecnos. 1987.
- *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural* (Traducción de Gutiérrez Gutiérrez I.). Trotta. Madrid. 2007.
- Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*. Bosh. Barcelona. 2001.
- Frosini, T. E. “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”. *Revista de Estudios Políticos* 124. (Nueva Época), abril/junio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004
- Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”. *Revista de Estudios Políticos*. Vol. 30. Nueva Época. (Noviembre-Diciembre). 1982.
- *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio (Los derechos humanos en la era tecnológica)*. Monografías jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid. 1996.
- Gozaíni, O. *La Justicia Constitucional*. Depalma. Buenos Aires. 1994.
- Herrero Higuera, M. “La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del Censo de Población de 1983”. *Documentación Administrativa*. Nro. 198.
- Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2da Edición. Madrid. 1994.
- Herrán Ortiz, A. *El derecho a la intimidad en la nueva LOPD*. Dykinson. Madrid. 2002.
- López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Dykinson. Madrid. 1996.
- Martínez de Pisón Cavero, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Madrid. 2005.

- Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.
- Murillo, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos. Madrid. 1990.
- “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”, col. 43 *Cuadernos y Debates*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Murillo y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.
- Orti Vallejo, A. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Comares. Granada. 1994
- Ortiz-Ortiz, R. *Hábeas data, derecho fundamental y garantía de protección de los derechos humanos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Editorial Frónesis. Caracas. 2001.
- Pais Rodríguez, R. y Rebollo Delgado, L. *Introducción al Derecho I (Derecho Público)*. 2da edición. Manuales Jurídicos. Dykinson. Madrid. 2009.
- Piñar Mañas, J. *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos. Legislación de Protección de Datos*. Iustel. Madrid. 2008
- Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad*. Civitas. Madrid. 1995.
- Pérez Luño. A. *Derechos humanos, estado de Derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1984.
- “Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24, noviembre-diciembre. 1981
- “Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data”. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1992.

- “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 9., mayo-junio 1979.
- *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. Navarra. 2006.
- “Libertad informática y leyes de protección de datos personales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989.
- Prad Fernández, J. L. *Revista de Derecho Político*. Nro 65. UNED. Madrid. 2006.
- Ruiz, M. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995.
- Rebollo Delgado, L. “El derecho a la intimidad”. *Libertades informativas*. Colex. Madrid. 2009.
- “Derechos de la personalidad y datos personales”. *Revista de Derecho Político*. Nº 44. 1998.
- *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008.
- Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2. “La juscibernética en España”, o “Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico”. *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia.
- Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson. Madrid. 2003.
- Velázquez Bautista, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Colex. 1993.
- Villar, G. “Caracteres generales del reconocimiento constitucional de los derechos y libertades y Eficacia y límites de los derechos y libertades fundamentales”. *Derecho Constitucional (vol. II)*. Tecnos. Madrid 1999.